

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SÃO CARLOS  
CENTRO DE EDUCAÇÃO E CIÊNCIAS HUMANAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM EDUCAÇÃO**

**JOSÉ EDUARDO BALIKIAN**

**Direito: mitos, invenções e perspectivas para o ensino jurídico**

**São Carlos  
2015**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SÃO CARLOS**  
**CENTRO DE EDUCAÇÃO E CIÊNCIAS HUMANAS**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM EDUCAÇÃO**

**JOSÉ EDUARDO BALIKIAN**

**Direito: mitos, invenções e perspectivas para o ensino jurídico**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Educação da Universidade Federal de São Carlos, como parte integrante dos requisitos para a obtenção do título de doutor em educação.

*Orientação: Prof. Dr. Luiz Roberto Gomes*

**São Carlos**  
**2015**

**Ficha catalográfica elaborada pelo DePT da  
Biblioteca Comunitária/UFSCar**

B186dm

Balikian, José Eduardo.

Direito : mitos, invenções e perspectivas para o ensino jurídico / José Eduardo Balikian. -- São Carlos : UFSCar, 2015.

147 f.

Tese (Doutorado) -- Universidade Federal de São Carlos, 2015.

1. Direito - estudo e ensino. 2. Educação. 3. Educação emancipadora. I. Título.

CDD: 344.07 (20<sup>a</sup>)



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SÃO CARLOS

Centro de Educação e Ciências Humanas  
Programa de Pós-Graduação em Educação

---

Folha de Aprovação

---

Assinaturas dos membros da comissão examinadora que avaliou e aprovou a Defesa de Tese de Doutorado do candidato José Eduardo Balikian, realizada em 23/02/2015:

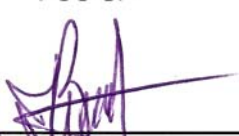


---

Prof. Dr. Luiz Roberto Gomes  
UFSCar

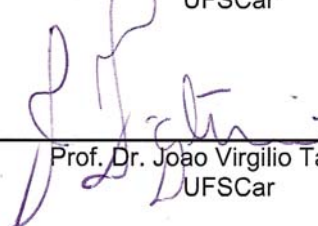
---

Prof. Dr. Plinio Antonio Britto Gentil  
PUC-SP



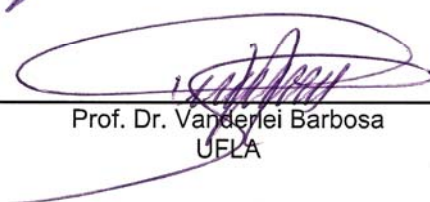
---

Prof. Dr. Luiz Bezerra Neto  
UFSCar



---

Prof. Dr. Joao Virgilio Tagliavini  
UFSCar



---

Prof. Dr. Vanderlei Barbosa  
UFLA

Esta tese é dedicada  
**a Thaiza,**  
amiga, companheira e esposa,  
que participou ativamente de todo o processo  
da construção de meu doutorado e da confecção desta tese,  
pela cumplicidade, pela parceria e por todo incondicional amor.

## **Agradecimentos**

Graças ao Programa de Pós-Graduação em Educação, professores, funcionários e colegas de estudo que me oportunizaram a realização deste doutorado.

Graças a meus alunos, razão de minha pesquisa e de minha atividade.

Graças a Elvis Furquim, companheiro de pesquisa,  
que preparou os exemplares da qualificação  
e da defesa desta tese.

Graças a Luiz Roberto Gomes, pela amizade constante,  
pela orientação segura e pelo incentivo fundamental.

Graças aos professores Plínio Gentil, João Taglivini e Luiz Bezerra,  
pelas contribuições corretivas, incisivas e decisivas  
no momento da qualificação e após essa.

Graças ao Pedrinho, da Viação Motta, que financiou muitas viagens  
para meus estudos na cidade de São Carlos.

Graças à minha mãe, Virgínia, e à minha sogra, Silvânia,  
que por diversas ocasiões me possibilitaram tempo  
para estudar e redigir este texto.

Graças a meus irmãos, Max e Pedro, pela união de valores e de vida  
que nos liga desde o mesmo ventre.

Graças à minha família: Thaiza (a quem dedico esta tese), Daniele e Samuel,  
que vivenciaram intensamente todos os momentos  
do processo deste doutorado e desta tese.

Graças a Deus!

*Só existe saber na invenção, na reinvenção, na busca inquieta,  
impaciente, permanente, que os homens fazem  
no mundo, com o mundo e com os outros.*

*Busca esperançosa também.*

Paulo Freire  
Pedagogia do oprimido, p. 58

## Resumo

Pesquisa teórico-conceitual, embasada no levantamento de dados históricos, no estabelecimento de marcos teóricos e na construção de uma linha argumentativa que possibilite analisar o fenômeno do ensino jurídico em crise e acenar para perspectivas nesse campo da educação. No primeiro capítulo, o cabedal teórico é constituído a partir de três perspectivas: 1) o direito como fetiche – Marx e Engels, 2) o direito como mito – Adorno e Horkheimer, 3) o direito como invenção – Nietzsche e Foucault. A partir desse marco teórico, analisa-se como o direito, invenção humana, fenomenizou-se histórica e culturalmente como técnica de solução de conflitos e braço do poder, tanto no Ocidente como nas terras brasileiras. O fio condutor dessa investigação teórico-conceitual se estende do jusnaturalismo (e o jusnaturalismo moderno), passando pelo iluminismo, até desembocar no positivismo jurídico. O segundo capítulo, analisa a invenção do direito no Brasil, a criação das primeiras faculdades e o processo histórico-legislativo que conduziu o direito, de modo geral, e o ensino jurídico, de modo específico, nas terras brasileiras. A questão da possibilidade de alguma emancipação dentro do sistema analisado, bem como da possibilidade de um ensino de direito que encaminhe para a emancipação e por qual viés, ocupa o terceiro capítulo, crítico-propositivo, a postular uma microfísica da resistência, como instrumento de resgate da educação emancipadora raptada pelo neoliberalismo capitalista.

**Palavras-chave:** Direito. Educação. Ensino do direito. Educação emancipadora.



## **Abstract**

A theoretical and conceptual research of, based on historical survey data, the establishment of theoretical frameworks and the building of a line of arguments that allows the analysis of the circumstances of legal education in crisis and, points towards prospects in such field of education. In the first chapter, the theoretical collection is constituted upon three perspectives: 1) Law as fetish - Marx and Engels; 2) Law as myth - Adorno and Horkheimer; and 3) Law as creation - Nietzsche and Foucault. From this theoretical perspective, we look at how, the Law, - a human creation -, unfold historically and culturally as conflict resolution techniques and as the upper-hand for Western sovereignties, Brazilian included. The thread of this theoretical and conceptual research extends from Jusnaturalism (and modern natural law), through the Enlightenment, culminating into the legal Positivism. The second chapter analyzes the formation of Law in Brazil, the creation of the first Law schools and the historical and legislative process that lead Law in general and legal teachings, specifically, in Brazilian lands. The question of the possibility of any emancipation within the analyzed system and, the possibility of a teaching of Law that leads towards emancipation and for such tendency, occupies the critic-proactive third chapter, to postulate a microphysical resistance, as a tool for the rescuing of the emancipatory education abducted by capitalist neoliberalism.

**Keys words:** Law. Education. Teaching of Law. Emancipatory education.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>1 O DIREITO COMO FETICHISMO, MITO E INVENÇÃO .....</b>	<b>14</b>
<b>1.1 A ligação entre a forma jurídica, a forma mercadoria e a relação-capital .....</b>	<b>14</b>
<b>1.2 A relação dialética entre mito e esclarecimento .....</b>	<b>18</b>
<b>1.3 A Escola de Frankfurt e o contexto da crise .....</b>	<b>20</b>
<b>1.4 As contribuições de Michel Foucault .....</b>	<b>28</b>
<b>1.5 As invenções do direito e seus mitos .....</b>	<b>34</b>
1.5.1 O jusnaturalismo .....	37
1.5.2 O jusnaturalismo moderno .....	42
1.5.3 O iluminismo .....	50
1.5.4 O positivismo jurídico .....	56
<b>2 A INVENÇÃO DOS CURSOS DE DIREITO NO BRASIL .....</b>	<b>63</b>
<b>2.1 As diretrizes curriculares para os cursos de direito no Brasil .....</b>	<b>73</b>
<b>2.2 A evolução da legislação brasileira e os cursos de direito no Brasil .....</b>	<b>76</b>
<b>2.3 Os cursos de direito no Brasil, de 1827 a 1962 .....</b>	<b>78</b>
<b>2.4 Os cursos de direito no Brasil e as mudanças até 1972 .....</b>	<b>93</b>
<b>2.5 Os cursos de direito no Brasil e as tentativas de mudanças de 1980 .....</b>	<b>96</b>
<b>2.6 Os cursos de direito no Brasil, de 1996 aos dias atuais .....</b>	<b>99</b>
<b>2.7 As atuais diretrizes curriculares para os cursos de direito no Brasil .....</b>	<b>103</b>
<b>3 PERSPECTIVAS PARA UMA REINVENÇÃO NO ENSINO JURÍDICO .....</b>	<b>107</b>
<b>3.1 Pós-positivismo: as novas invenções do direito e os caminhos que se descortinam .....</b>	<b>107</b>
<b>3.2 O direito alternativo – invenção brasileira, prática teorizada .....</b>	<b>111</b>
3.2.1 O surgimento do direito alternativo na Europa .....	113
3.2.2 O direito alternativo no Brasil – antes a prática depois o movimento .....	116
3.2.3 Direito alternativo – ideias centrais .....	119
<b>3.3 Por um ensino jurídico emancipador – crítica e resistência .....</b>	<b>124</b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>135</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>139</b>

## INTRODUÇÃO

Brasil, século XIX, Império.

Decisão nº 229<sup>1</sup> – IMPERIO. Em 5 de agosto de 1831.

*Sobre a incúria e desleixo de alguns Lentes do Curso Juridico de S. Paulo indifferentes á falta de frequencia de seus discipulos e approvações immeritas.*

Illm. e Exm. Sr. – Havendo chegado ao conhecimento da Regencia a incuria e desleixo com que se têm portado alguns Lentes do Curso Juridico da Cidade de S. Paulo, no desempenho de suas obrigações magistraes, sendo indifferentes não só ás faltas de frequencia de seus discipulos, como ainda mais ao bom ou mau quilate de seus estudos e exercicios litterarios, approvando indiscreta e perniciosamente a todos que se apresentam aos exames, com manifesta offensa dos beneméritos, violação dos estatutos, e descredito de tão util estabelecimento, apenas creado (...).

Os professores da Faculdade de Direito de São Paulo aprovavam os alunos mesmo que eles não tivessem frequentado as aulas e indiferentes aos resultados de seus exames. A situação era tão calamitosa que a “incúria” e o “desleixo” chegaram ao conhecimento das altas esferas do Império, o que moveu a tomada da decisão acima, exortando aos professores que fossem mais criteriosos.

Agreguemos mais um exemplo introdutório:

Decisão nº 404<sup>2</sup> – IMPERIO. Em 17 de dezembro de 1832.

*Manda estranhar aos Lentes do Curso Juridico de S. Paulo pela indulgencia com que se houveram nos exames dos annos lectivos.*

Illm. e Exm. Sr. – Foi-me presente á Regencia o officio de V. Ex., de 30 de Novembro passado, acompanhando o mappa dos estudantes, que frequentaram o Curso Juridico dessa cidade no corrente anno; e informando que todos os lentes e empregados cumpriram os seus deveres, tendo só a notar em alguns demasiada indulgencia nos exames; e a mesma Regencia, em Nome do Imperador. Desaprova e estranha muito severamente essa indulgencia, que tende a desacreditar a escola, (...).

Os alunos da Faculdade de Direito de São Paulo seguem sendo tratados com indulgência, não em um caso isolado, mas em algo que moveu o Império a tomar uma decisão oficial de estranhamento.

Brasil. Século XXI. República.

Em 1º de junho de 2011<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Disponível em: <<https://docs.google.com/file/d/0B5YvPrLYuLt-R3NwOGktS0ozejQ/edit?pli=1>>. Acesso em: 17 out. 2014. Nos textos de época mantevesse a grafia original.

<sup>2</sup> Disponível em: <<https://docs.google.com/file/d/0B5YvPrLYuLt-all6UjJsOTJIX2M/edit?pli=1>>. Acesso em: 17 out. 2014.

INTERESSADO: INSTITUIÇÕES DE ENSINO SUPERIOR CUJOS CURSOS DE DIREITO OBTIVERAM RESULTADO INSATISFATÓRIO NO CONCEITO PRELIMINAR DE CURSO - CPC - 2009.

EMENTA: Medida Cautelar. Redução de vagas de Cursos de Direito - bacharelado - de instituições de educação superior com resultados insatisfatórios no CPC referente ao ciclo 2007-2009.

Sim, no Diário Oficial da União (DOU) de 02 de junho de 2011, página 50, como primeiro ato da recém-criada Secretaria de Regulação e Supervisão da Educação Superior do Ministério da Educação, foram suspensas 11 mil vagas para cursos de direito que tiveram resultados insatisfatórios nas avaliações a que foram submetidos. E isso após quase um ano em que não se efetivou qualquer abertura de vaga na área. O motivo: resultados insatisfatórios.

Olhando para o ingresso, para o processo ou para os resultados, o ensino do direito sempre esteve em crise. Ou porque o ensino era para pouquíssimos e a exclusão era muito grande por critérios econômicos e até racistas; ou porque os resultados são desastrosos (TAGLIAVINI, 2013a, p. 37).

Ora, o tema desta pesquisa são os cursos jurídicos no Brasil e, da análise histórica de tais cursos, o estado da arte pode ser assim resumido: *há uma crise no ensino do direito*, uma crise que se estende da origem dos cursos jurídicos no Brasil aos dias atuais e esta tese, desde esta introdução, quer ser um brado de alento, na linha de Tagliavini (2013a, p. 87), pois:

para que os atuais estudantes, docentes e coordenadores de cursos de direito não desanimem, lembro-lhes que a crise da educação jurídica não é um privilégio atual nem culpa dos pobres que foram incluídos no ensino superior. Pois **Rui Barbosa**, que estudou na Faculdade de Direito de Recife e de São Paulo, na segunda metade do século XIX, disse que *aquele que existe entre nós não é um método de ensinar, é, ao contrário, o método de não aprender*. E **Tobias Barreto** também critica as duas Academias de Direito do país, onde *a ignorância era ensinada como método e ainda mais metodicamente aprendida*.

Quanto à metodologia, as argumentações que preenchem estas páginas são todas decorrentes ou em função da reflexão sobre o ensino do direito, em uma pesquisa teórico-conceitual, embasada no levantamento de dados históricos, no estabelecimento de marcos teóricos e na construção de uma linha argumentativa que possibilite analisar o fenômeno do ensino jurídico em crise e acenar para perspectivas nesse campo da educação.

---

<sup>3</sup> Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/27363088/pg-50-secao-1-diario-oficial-da-uniao-dou-de-02-06-2011>>. Acesso em: 17 out. 2014.

Entretanto, é mister que me situe, que diga de onde venho e com o que sou comprometido: desde os tempos da graduação em filosofia, em meados dos anos 80, exerci o papel de monitor no curso de direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas, e dava aulas particulares para alunos concluintes absolutamente perdidos com a disciplina de Filosofia do Direito que não conseguiam superar. Não sei bem se tinha ciência da amplitude do que sentia, mas impressionava-me o tecnicismo daqueles alunos e sua dificuldade de reflexão crítica, de argumentação, enfim, a falta maturidade acadêmica após cinco anos de faculdade. Exerci o ministério sacerdotal na Igreja Católica de 1994 a 2004 e sempre estudei, com avidez, a questão da justiça e do direito. Por aquela época, Roberto Aguiar já denunciava que

se olharmos sob o ângulo das demandas sociais emergentes, das mudanças da sociedade brasileira, se encararmos a questão com os olhos do desenvolvimento da produção e dos problemas daí advindos, se percebermos a questão sob o ponto de vista das macrorrelações políticas e econômicas advindas da modernidade, veremos que o advogado formado nesses cursos é um desqualificado e um incompetente (AGUIAR, 1999, p. 82).

Em 2005, como escrevi em minha dissertação de mestrado,

a reflexão se tornou imperativa quando vivi a concretude e a dor do processo jurídico no interior de um tribunal, local onde a justiça deveria ser administrada. Ao descer na esfera da prática, a teoria jurídica apresenta seus verdadeiros contornos e se revela toda tensão existente entre o Direito Material (de um lado) e a Justiça demandada (de outro). Busca-se a Justiça pelo Direito e o próprio Direito, que deveria satisfazer tal demanda, dificulta o acesso nas filigranas do processo e na frieza da lei. Vai-se com sede de justiça na fonte do Direito e eis que um gosto amargo toma conta do ser sedento. O formalismo, o tecnicismo e o ritualismo do processo jurídico levaram-me a questionar a Ciência Jurídica, [...] e como educador, tornou-se imperativo refletir sobre o ensino do direito. Mais: tornei-me docente de futuros bacharéis! Acredito na *Educação!* (BALIKIAN, 2008, p. 16).

E por acreditar na educação continuei minhas pesquisas enquanto exercia (e ainda exerço) o papel de docente nos cursos de direito. A mais-valia que ronda o docente de direito em uma faculdade norteadas pela economia de mercado, desde então, sinto-a na pele. Mas, na linha de Amilton Bueno de Carvalho (2004, p. 12), “meu olhar não é neutro, é comprometido, não creio em teoria que veja o direito como ‘puro’, mas sim em teoria ‘suja’ do saber, aquela vinculada às nossas condições sociais e que possa dar respostas democráticas às questões levantadas”. Como procuraremos deixar explícito, logo no primeiro capítulo, apesar de alguns avanços de ordem liberal burguesa, o direito vigente e ensinado na academia foi forjado a serviço do sistema capitalista, seja no conteúdo, seja na forma.

Assim, o primeiro capítulo desta tese é o esforço de construir um cabedal teórico, de cunho histórico-filosófico, que lance luz sobre a temática do direito, de modo

geral, e do ensino do direito, de modo específico. São três horizontes a incitar o caminho. A primeira perspectiva teórica propõe a análise do **direito como fetiche**, embasada em Marx e Engels, verificando como, em contraposição a outros modos de produção da história, o capitalismo demandou de uma forma jurídica que lhe servisse de suporte, o que fez surgir o caráter fetichista da mercadoria, uma vez que passaram a se efetivar “relações reificadas entre pessoas e relações sociais entre coisas” (MARX, 1988, p. 71). Trocando em miúdos: o direito que hoje vige foi inventado a serviço do capitalismo. A segunda perspectiva teórica propõe a análise do **direito como mito**, partindo da relação dialética entre mito e esclarecimento da lavra de Adorno e Horkheimer, em busca de explicitar como “o esclarecimento é a radicalização da angústia mítica” (ADORNO; HORKHEIMER, 1985, p. 29) e, ainda, de que forma “o esclarecimento regride à mitologia da qual jamais soube escapar” (ADORNO; HORKHEIMER, 1985, p. 39), temas que foram desenvolvidos pelos autores em um contexto de crise que também a pesquisa busca explicitar. A terceira perspectiva propõe a análise do **direito como invenção**, fundamentada nas reflexões de Michel Foucault – que, por sua vez, retoma Friedrich Nietzsche –, possibilitando uma nova compreensão fenomênica do direito, com a análise das práticas concretas e periféricas que, para além dos formalismos juspositivistas, são as que estabelecem os saberes do direito, e revelam os mecanismos polimorfos de dominação.

Ainda no primeiro capítulo, analisa-se como o direito, invenção humana, fenomenizou-se histórica e culturalmente como técnica de solução de conflitos e braço do poder, tanto no Ocidente como nas terras brasileiras. O fio condutor dessa investigação teórico-conceitual se estende do jusnaturalismo (e o jusnaturalismo moderno), passando pelo iluminismo, até desembocar no positivismo jurídico.

No segundo capítulo, analisamos a invenção do direito no Brasil, a criação das primeiras faculdades e o processo histórico-legislativo que conduziu o direito, de modo geral, e o ensino jurídico, de modo específico, nas terras brasileiras. Munidos das perspectivas dos teóricos anteriormente apresentados (Marx e Engels, Adorno e Horkheimer, Nietzsche e Foucault), à medida que descrevemos o processo histórico-legislativo, vamos estabelecendo uma reflexão crítica sobre este, comprovando a continuidade da crise que ainda perdura.

Qual o problema que norteia a pesquisa? A questão de saber se é possível alguma emancipação dentro do sistema analisado. Mais: é possível um ensino de direito que encaminhe para a emancipação? Por qual viés?

Diante dessa situação [de crise], há os que agem como avestruzes e não querem ver nada; há os que lamentam e acham impossível erguer a bandeira de qualquer renovação; há também os que se lançam em aventuras

quixotescas sem fundamentos e sem estratégias bem definidas. Nenhum desses grupos estará colaborando pela mudança da situação (TAGLIAVINI, 2013a, p. 37).

No intuito de colaborar, o terceiro capítulo quer ser crítico propositivo na busca de enfrentar diretamente o problema da possibilidade de emancipação no interior do atual sistema jurídico. Para tanto, em um primeiro momento, dá-se fecho à trajetória histórica das invenções do direito ocidental e acena-se para os horizontes que se descortinam; depois, explana-se um exemplo de invenção jurídica em viés emancipador: o direito alternativo praticado e teorizado no Brasil; e, por fim, ousa-se apresentar por quais caminhos e sobre quais bases pode ser construída uma educação jurídica emancipadora.

Qual a justificativa da pesquisa? Por que pesquisar tal tema? Porque – *o que fazer?* – a pergunta inevitável de todos aqueles que se sentem incomodados está distante de ter sua resposta. Na constatação de Tagliavini (2013a, p. 37):

Como respostas têm-se desde receitas prontas, com algumas soluções simplistas oferecidas como panaceias para todos os males, até uma chamada mais profunda à reflexão, ao debate prudente, mas ao mesmo tempo, aberto, ousado, corajoso, na busca de saídas fecundas.

O que justifica a pesquisa é trazer elementos para o debate, é aprofundar a reflexão que tantos intelectuais vêm fazendo em torno do tema, porém, a partir de uma leitura específica do sistema no qual se insere o direito e seu ensino, qual seja: o do capitalismo neoliberal, que tem o direito como chanceler de injustiças sociais, alienações e conservadorismos, a demandar um enfrentamento respaldado na crítica, engajado na vida e munido de resistência, rumo à sua superação.

Reflexão é ação. Reflitamos, pois.

## 1 O DIREITO COMO FETICHISMO, MITO E INVENÇÃO

Para a compreensão do encaminhamento de nossa pesquisa três premissas precisam ser apresentadas, uma vez que constituem o ponto de vista para abordar a problemática esboçada na introdução. **Primeira:** a ligação estabelecida por Marx e Engels entre a forma jurídica, a forma-mercadoria e a relação-capital; **segunda:** a relação dialética entre mito e esclarecimento, da lavra de Adorno e Horkheimer; **terceira:** a ideia do conhecimento como invenção, de Nietzsche e Foucault. Em um primeiro momento, tais premissas serão como uma guia a orientar nosso olhar no repasse histórico que nos propomos fazer, de modo específico sobre a construção do ensino jurídico brasileiro, que, por sua vez, estabelece uma determinada concepção do direito.

Apresentemos, então, os elementos teóricos de Marx, Engels, Adorno, Horkheimer, Nietzsche e Foucault.

### 1.1 A ligação entre a forma jurídica, a forma-mercadoria e a relação-capital

No *Prefácio à “Contribuição à crítica da economia política”*, Marx (s/d, v. 1, p. 301) esculpiu a lapidar frase cuja compreensão elucidada a construção crítico-analítica que efetivou: “não é a consciência do homem que determina o seu ser, mas, pelo contrário, o seu ser social é que determina a sua consciência”. Colocava-se em xeque toda uma tradição do pensamento ocidental em busca de uma “essência” humana e de valores ideais fundamentais, para assumir que a produção da vida material condiciona as outras relações sociais humanas. Se instâncias como a política e o direito eram tomadas como fundantes do próprio ser humano, Marx, em seu lugar, coloca as condições materiais de vida, como resume ainda no “*prefácio*”:

O resultado geral a que cheguei e que, uma vez obtido, serviu de fio condutor aos meus estudos, pode resumir-se assim: na produção social da sua vida, os homens contraem determinadas relações necessárias e independentes de sua vontade, relações de produção que correspondem a uma determinada fase do desenvolvimento das suas forças produtivas materiais. O conjunto dessas relações de produção forma a estrutura econômica da sociedade, a base real sobre a qual se levanta a superestrutura jurídica e política e à qual correspondem determinadas formas de consciência social. O modo de produção da vida material condiciona o processo da vida social, política e espiritual em geral.

E o direito? Ora, as pesquisas de Marx o levam a afirmar que as relações jurídicas também só podem ser compreendidas se enraizadas nas relações materiais da vida, ou seja, no modo de produção da vida material. Aliás, desde muito jovem, Karl Marx (1818-



1883) teve contato com o direito (seu pai era advogado e direito foi seu primeiro curso nas Universidades de Bonn e, depois, de Berlim), e, já em 1843, publica a *Crítica da filosofia do direito de Hegel* no qual repassa o mais importante texto hegeliano de questões políticas e jurídicas, atacando seu caráter idealista e burguês, bem como afirmando a importância da crítica:

É certo que a arma da crítica não pode substituir a crítica das armas, que o poder material tem de ser derrubado pelo poder material, mas a teoria converte-se em força material quando penetra nas massas. A teoria é capaz de se apossar das massas ao demonstrar-se *ad hominem*, e demonstra-se *ad hominem* logo que se torna radical. Ser radical e agarrar as coisas pela raiz. Mas, para o homem, a raiz é o próprio homem (MARX, 2005, p. 151).

Porém, antes de buscar uma natureza humana abstrata, Marx entende o ser humano em sua relação objetiva com a natureza, na produção material da vida, nas relações sociais, de trabalho, como se depreende, com Engels, d'*A ideologia alemã*:

Pode-se distinguir os homens dos animais pela consciência, pela religião ou pelo que se queira. Mas eles mesmos começam a se distinguir dos animais tão logo começam a produzir seus meios de vida, passo que é condicionado por sua organização corporal. Ao produzir seus meios de vida, os homens produzem, indiretamente, sua própria vida material. [...] Tal como os indivíduos exteriorizam sua vida, assim são eles. O que eles são coincide, pois, com sua produção, tanto como o *que* produzem como também com o *modo como* produzem. O que os indivíduos são, portanto, depende das condições materiais de sua produção (MARX; ENGELS, 2007, p. 87).

A partir desses pressupostos analíticos, enquanto Kant e Hegel, de acordo com a tradição moderna, postulavam o Estado para o bem-comum, originado do contrato social, Marx, por sua vez, denuncia que a vida social apenas pode ser explicitada pelo antagonismo de classes, posto que a burguesia não é um estamento, é uma classe que se organiza para dar a seus interesses uma forma geral:

Por meio da emancipação da propriedade privada em relação à comunidade, o Estado se tornou uma existência particular ao lado de fora da sociedade civil; mas esse Estado não é mais do que a forma de organização que os burgueses se dão necessariamente, tanto no exterior como no interior, para a garantia recíproca de sua propriedade e de seus interesses (MARX; ENGELS, 2007, p. 75).

Ora, no começo de *O Capital*, Marx pontuara que, no modo de produção capitalista, a riqueza aparece como uma “imensa coleção de mercadorias” e

as mercadorias não podem por si mesmas ir ao mercado e se trocar. Devemos, portanto, voltar a vista para seus guardiões, os possuidores de mercadorias. As mercadorias são coisas e, conseqüentemente, não opõem resistência ao homem. Se elas não se submetem a ele de boa vontade, ele pode usar a violência, em outras palavras, tomá-las. Para que essas coisas se refiram umas às outras como mercadorias, é necessário que os seus guardiões se relacionem entre si como pessoas, cuja vontade reside nessas

coisas, de tal modo que um, somente de acordo com a vontade do outro, portanto, apenas mediante um ato de vontade comum a ambos, se aproprie da mercadoria alheia enquanto aliena a própria. Eles devem, portanto, reconhecer-se reciprocamente como proprietários privados. Essa relação jurídica, cuja forma é o contrato, desenvolvida legalmente ou não, é uma relação de vontade, em que se reflete uma relação econômica. O conteúdo dessa relação jurídica ou de vontade é dado por meio da relação econômica mesma (MARX, 1988, p. 79).

Eis a novidade específica da forma jurídica, da forma-mercadoria e da relação-capital trazida por Marx: diferente de outros modos de produção da história, o capitalismo necessita de uma forma jurídica que lhe sirva de suporte e, ao mesmo tempo, que cria o caráter fetichista da mercadoria uma vez que se efetivam “relações reificadas entre pessoas e relações sociais entre coisas” (MARX, 1988, p. 71). Como comenta Sartori (2011, p. 172-173):

Sob as relações jurídicas que se desenvolvem na sociedade civil-burguesa, aquele que parece ter vontade não é o homem, mas a mercadoria; ao mesmo tempo, porém, a própria circulação de mercadorias precisa da manifestação de vontade dos homens – que se expressa no contrato – e que passa a “residir nas coisas”. A estrutura fetichista das relações econômicas capitalistas aparece indissociável da forma jurídica, ao mesmo tempo em que a violência, normalmente oposta ao Direito pela filosofia do Direito, marca a relação da forma jurídica com a forma-mercadoria.

Nesse sentido, explicita Gentil (2008, p. 172):

o advento do modo de produção capitalista forjou então um direito no conteúdo e também na forma. E curiosamente ainda na sua dinâmica operacional. A prática de um delito, ou de um dano patrimonial logo gera a contrapartida de uma pena ou de uma reparação. É, guardadas as proporções, a reprodução de uma relação de troca mercantil.

Sim, existe uma relação indissolúvel que associa a circulação mercantil e as estruturas jurídicas uma vez que

é somente na economia mercantil que nasce a forma jurídica abstrata, em outros termos, que a capacidade geral de ser titular de direitos se separa das pretensões jurídicas concretas. Somente a contínua mutação dos direitos que acontece no mercado estabelece a ideia de um portador imutável destes direitos (PACHUKANIS, 1988, p. 76).

Ora, “o vínculo profundo entre a lógica econômica capitalista e a lógica jurídica se dá, em Marx, como um jogo de espelhos, no qual o sujeito de direito é necessariamente um duplo da própria mercadoria” (MASCARO, 2013, p. 299). E o mais perverso é que tal relação desumanizadora recebe um verniz de humanismo por meio da linguagem jurídica que “não vai às raízes da desumanidade contra a qual diz protestar; antes, a própria forma jurídica não é expressão senão da irracionalidade da ‘relação econômica

mesma' que se desenvolve contraditoriamente sob a égide do capital” (SARTORI, 2011, p. 175).

Assim, Marx deixa de compreender o fenômeno jurídico a partir de uma ideia, de um conceito de justiça, de uma elaboração teórica efetivada por juristas conscienciosos, como a da filosofia do direito moderna, para afirmá-lo como uma necessidade histórica do capitalismo a demandar o estabelecimento da forma jurídica que possibilite a reprodução do sistema. N'A *questão judaica* é veemente:

Os *droits de l'homme*, os direitos humanos, distinguem-se, como tais, dos *droits du citoyen*, dos direitos civis. Qual o *homme* que aqui se distingue do *citoyen*? Simplesmente, o membro da sociedade burguesa. Por que se chama *membro da sociedade burguesa* de “homem”, homem por antonomásia, e dá-se a seus direitos o nome de *direitos humanos*? Como explicar o fato? Pelas relações entre o Estado político e a sociedade burguesa, pela essência da emancipação política. Registremos, antes de mais nada, o fato de que os chamados *direitos humanos*, os *droits de l'homme*, ao contrário dos *droits du citoyen*, nada mais são do que direitos do membro da sociedade burguesa, isto é, do homem egoísta, do homem separado do homem e da comunidade (MARX, 2000, p. 34).

Trata-se de uma perspectiva inovadora e que desencadeou o que genericamente convencionou-se denominar *teoria crítica do direito*, a enfatizar o caráter ideológico do direito, “como a institucionalização dos interesses dominantes [e] o acessório normativo da hegemonia de classe [, uma vez que] em nome da racionalidade, da ordem, da justiça, encobre-se a dominação, disfarçada por uma linguagem que a faz parecer natural e neutra” (BARROSO, 2009, p. 231). Aqui no Brasil, em 1988, ao fazer a apresentação da edição brasileira da obra de Pachukanis, *Teoria geral do direito e marxismo*, Alaôr Caffé Alves augurava:

Esta obra, cuja publicação entre nós é extremamente oportuna, destaca alguns traços fundamentais da teoria geral marxista do direito. Certamente permitirá desenvolver o estudo, a reflexão e a pesquisa das relações e formas jurídicas através de um enfoque dialético e crítico ainda em grande parte desconhecido do público brasileiro. Será uma contribuição para romper o véu ideológico mistificador que impede ver a teoria geral do direito para além de sua expressão positivista, puramente pragmática e técnica; exatamente enquanto possa fazer cumprir também uma função cognoscitiva, preenchendo assim uma das condições básicas para a transformação de nossa realidade social (PACHUKANIS, 1988, p. 6).

Porém, como constata Tarso de Melo (2007, p. 14):

Já há quase 150 anos desde que Karl Marx afirmou, na base de sua crítica da economia política que “as relações jurídicas, tais como formas de Estado, não podem ser compreendidas nem a partir de si mesmas, nem a partir do assim chamado desenvolvimento geral do espírito humano, mas, pelo contrário, elas se enraízam nas relações materiais de vida”. Passado tanto

tempo, não obstante, as pesquisas jurídicas orientadas por essa constatação nunca ocuparam, por assim dizer, o “centro das atenções”.

Nessa mesma linha, averigua Barroso (2009, p. 233): “o pensamento crítico no país alçou voos de qualidade e prestou inestimável contribuição científica. Mas não foi um sucesso de público”. E é obvio: desnuda-se o direito como braço do poder e instrumento de dominação de classe, atitude crítica que esta tese quer ressaltar, mesmo reconhecendo os limites com os quais apresenta as contribuições de Marx e Engels para a compreensão do fenômeno jurídico. Entretanto, é imprescindível não prescindir delas e apreender que

se pode haver otimismo no capitalismo, não pode ser na conversão do capitalismo em algo que nega o seu movimento desigual, assimétrico e, no limite, injusto. O otimismo apenas pode residir *para além do capital*. Se o direito, em cujo universo tão pouco se fala em transformação social (mesmo na interpretação das normas que têm fundamentalmente essa orientação), pode de alguma forma contribuir para a superação do capital, é com a radicalização de suas contradições: ao cobrar aquilo que o capital, por meio do direito, promete e não pode entregar, o coro dos descontentes pode obrigar o capital a trocar seu manto jurídico por outro. E talvez então, desfeito de sua principal feição ideológica, ele fique nu. E vulnerável. (MELO, 2011, p. 78).

Aqui, nesta tese, o otimismo não se trata de uma aposta, mas de um convite para a construção da emancipação possível dentro desse sistema. Com isso, encaminhamo-nos para outra importante perspectiva de análise, com Adorno e Horkheimer.

## 1.2 A relação dialética entre mito e esclarecimento

*A terra totalmente ordenada pelo direito  
resplandece sob o signo de uma desordem triunfal.*

Uma das ideias centrais da obra *Dialética do esclarecimento*, de Max Horkheimer e Theodor Adorno – da década de 40 do século XX –, de modo específico, do capítulo dedicado ao *Conceito de Esclarecimento*, postula que “do mesmo modo que os mitos já levam a cabo o esclarecimento, assim também o esclarecimento fica cada vez mais enredado, a cada passo que dá, na mitologia” (ADORNO; HORKHEIMER, 1985, p. 26), em outras palavras, o mito é esclarecimento e o esclarecimento é mito. Como bem interpreta Fernandez Vaz (2004, p. 117),

o projeto da *Dialética do esclarecimento* (...) traça o percurso da construção da racionalidade ocidental, do domínio da natureza, do caminho do mito ao esclarecimento e do encontro-recuo, violento, bárbaro, da racionalidade calculadora com o mito. Desse quadro muito complicado, muito

contraditório, do qual é difícil esperar alguma síntese, desenvolve-se, como medida e critério do que é considerado bem-viver, uma perspectiva unívoca de progresso, relacionada ao desenvolvimento científico e tecnológico, à técnica e seu fetichismo. Em sua repetição paranoico-compulsiva, a ciência tomada em sua expressão mais crua, assim como será com a indústria cultural, se erigiu como justificadora do existente, estruturadora do *sempre-igual* travestido de novo.

Adorno e Horkheimer dialogam em sua obra com Kant, Hegel, Marx, Nietzsche, Schopenhauer, Freud, entre outros, e denunciam que, se o objetivo buscado pelo esclarecimento é a libertação dos seres humanos do medo para posicioná-los como senhores, o que se tem é que “a terra totalmente esclarecida resplandece sob o signo de uma calamidade triunfal” (ADORNO; HORKHEIMER, 1985, p. 19) e que “o esclarecimento é a radicalização da angústia mítica” (ADORNO; HORKHEIMER, 1985, p. 29). Ainda em outra passagem, “o esclarecimento regride à mitologia da qual jamais soube escapar” (ADORNO; HORKHEIMER, 1985, p. 39). O esclarecimento também se apresenta como processo de domínio da natureza e todo fascínio pelo poder advindo desse dominar pelo saber, que leva ao progresso. Ademais, o texto todo é perpassado pelas relações dialéticas entre conhecimento e poder. De aí, em síntese da compreensão da dialética do esclarecimento, como dialética negativa, os frankfurtianos afirmam que

a adaptação ao poder do progresso envolve o progresso do poder, levando sempre de novo àquelas formações recessivas que mostram que não é o malogro do progresso, mas exatamente o progresso bem sucedido que é culpado de seu próprio oposto. A maldição do progresso irrefreável é a irrefreável regressão (ADORNO; HORKHEIMER, 1985, p. 46).

Fica patente o paradoxo, a relação dialética entre mito e esclarecimento, de tal forma que podemos afirmar que, apesar de todo desenvolvimento científico-tecnológico, do vaticínio positivista comteano de superação dos estágios teológicos e metafísicos pelo estágio positivo, a humanidade se encontra envolta em mitos, dos quais o próprio esclarecimento é um exemplar. A menção a Comte aqui é pertinente dada a influência que o positivismo terá no direito, de modo geral, e no direito brasileiro, de modo particular, como teremos oportunidade de analisar. Do ponto de filosófico, enquanto Adorno e Horkheimer verificam um quadro muito complicado e muito contraditório para se traçar o percurso da racionalidade ocidental, além de afirmar que, como vimos, “a maldição do progresso irrefreável é a irrefreável regressão”, o positivismo entende “que a ordem – princípio estático da sociedade – deve prevalecer sobre o progresso – princípio dinâmico da sociedade, ou, em outros termos, é a ordem social que produz o progresso e não o contrário” (ROCHA, 2013, p. 144). Posições antagônicas, claramente divergentes. A nosso sentir, a perspectiva de análise dos frankfurtianos é mais fecunda e instigante. Por oportuno, registre-se que a linha de pesquisa

do Programa de Pós-Graduação na qual estamos inseridos tem por nome *educação, cultura e subjetividade*, e, neste passo, cabe o comentário de Fernandes Vaz (2004, p. 119):

para Horkheimer e Adorno, esse sombrio tempo presente estaria composto também por uma subjetividade e seus desígnios, que se apresentam, segundo se lê nos textos desses frankfurtianos, muito danificada, ou, pelo menos, como resultantes de um périplo infeliz, como nos mostra a viagem de Ulisses, o protótipo do sujeito esclarecido.

Porém, a perspectiva positivista, pode-se dizer vitoriosa, especialmente no Brasil, onde o lema “ordem e progresso” tremula em nossa bandeira, conforme Bilac: “lindo pendão da esperança, símbolo augusto da paz”<sup>4</sup>.

### 1.3 A Escola de Frankfurt e o contexto de crise

Adorno e Horkheimer fazem parte do grupo de pesquisadores que se reuniu, na década de 1930, em torno do Instituto de Pesquisa Social, ligado à Universidade de Frankfurt. A origem da Escola de Frankfurt, no início da década de 20, liga-se ao legado de Félix Klein, homem abastado e progressista. Seu primeiro diretor foi Karl Grünberg, marxista austríaco, historiador da classe operária que foi sucedido por Friedrich Polloch e mais tarde, em 1931, por Max Horkheimer. Com a nomeação de Horkheimer a diretor, o Instituto passou a adquirir importância sempre maior, assumindo a fisionomia de escola, que elaborou o programa que passou para a história das ideias com o nome de *teoria crítica da sociedade*. Em 1932, Horkheimer deu vida à *Revista de pesquisa social*, que se apresentava com posicionamento certamente socialista e materialista, cuja tônica, porém, era posta na *totalidade* e na *dialética*: defendendo que a pesquisa social é a teoria da sociedade como um todo; e que não se resume ou se dissolve em investigações especializadas e setoriais, mas tende a examinar as relações que ligam reciprocamente os âmbitos econômicos com os históricos, bem como os psicológicos e culturais, a partir de uma visão global e crítica da sociedade contemporânea. O grupo produziu ideias e abriu caminhos de investigação de destaque e, pelo fato de possuírem um horizonte comum de pesquisa e pensamento, recebeu o nome de *Escola de Frankfurt*. Citemos alguns intelectuais que pertenceram ao grupo ou a ele estiveram próximos por algum momento: Max Horkheimer (1895-1973), Theodor Adorno (1903-1969), Walter Benjamin (1892-1940), Herbert Marcuse (1898-1979), Wilhelm Reich (1896-1957) e Erich Fromm

---

<sup>4</sup> O poeta Olavo Bilac (1865-1918) é o autor da letra do Hino à Bandeira do Brasil, apresentado pela primeira vez em 09 de novembro de 1906. (Cf. Hinos – Portal do Palácio do Planalto. Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br/acervo/simbolos-nacionais/hinos>>. Acesso em: 16 ago. 2014.

(1900-1980), no campo jurídico: Otto Kirchheimer (1905-1965) e Franz Neumann (1900-1954). “É ainda costume dizer que há uma segunda geração da Escola de Frankfurt, representada, fundamentalmente, por Jürgen Habermas” (MASCARO, 2013, p. 503), e discute-se a efetiva vinculação com o primeiro grupo, que entendemos como uma discussão menor.

A produção desses autores é caracterizada pelo entrelaçamento do hegelianismo, do marxismo e do freudismo de uma maneira inovadora, na busca de produzir uma teoria crítica da sociedade. Por isso, também, os teóricos ligados à Escola de Frankfurt são chamados de *teóricos críticos* e sua produção *teoria crítica*. Como explicita Horkheimer (1990, passim), a teoria crítica da sociedade surge para “encorajar uma teoria da sociedade existente considerada como um todo, mas uma teoria que fosse precisamente *crítica*, ou seja, capaz de fazer emergir a contradição fundamental da sociedade capitalista”. E continua: “Existe um posicionamento humano que tem como objeto a própria sociedade. Ele não está voltado para ‘algum inconveniente secundário’, mas se apresenta muito mais como necessariamente ligado a toda a organização da estrutura social”. E os objetivos desse posicionamento “vão além da práxis social predominante”. Em poucas palavras: o teórico crítico é “o teórico cuja única preocupação consiste no desenvolvimento que conduza à sociedade sem exploração”.

Não por acaso utilizamos também a obra de Adorno e Horkheimer para a compreensão do que se passa com o direito. Se se quer uma compreensão totalizante e dialética da nossa sociedade, o direito não pode ser posto de lado, uma vez que é sob sua égide que se constitui nossa estrutura social.

Há que se ter presente, outrossim, o contexto histórico que deu origem à teoria crítica da Escola de Frankfurt, ou seja, o pós-guerra da Primeira Guerra Mundial, a experiência do fascismo e do nazismo no Ocidente e do stalinismo na Rússia, os terríveis acontecimentos da Segunda Guerra Mundial e o impressionante desenvolvimento da sociedade tecnológica avançada. Assim, as reflexões da Escola de Frankfurt focam as questões políticas da época bem como os problemas teóricos abordados pelo marxismo ocidental (Lukács, Korsch), contrastando-os com as reflexões de Dilthey, Weber, Simmel, Husserl ou os neokantianos, contraste também ampliado ao existencialismo e ao neopositivismo. São temas presentes: o fascismo, o nazismo, o stalinismo, a guerra fria, a sociedade opulenta e a revolução não realizada, bem como a relação entre Hegel e o marxismo e entre este e as correntes filosóficas contemporâneas, como também a arte de

vanguarda, a tecnologia, a indústria cultural, a psicanálise e o problema do indivíduo na sociedade moderna.

Com a ascensão de Hitler, o grupo foi obrigado a se exilar em cidades como Genebra, Paris e Nova Iorque, sem, entretanto, parar de produzir. Finda a guerra, Marcuse, Fromm, Löenthal e Wittfogel permaneceram nos Estados Unidos, enquanto Adorno, Horkheimer e Pollock retornaram a Frankfurt. Já em 1950, dá-se o renascimento do Instituto de pesquisa social, dele saindo sociólogos e filósofos como Alfred Schmidt, Oscar Negt e Jürgen Habermas, o mais renomado de todos.

Saliente-se que o direito é abordado pela Escola de Frankfurt de maneira indireta, como clara manifestação da razão instrumental contemporânea, marcada pela repressão e pela injustiça. Conforme Mascaro (2013, p. 503-504),

houve um pensamento na Escola de Frankfurt que, ainda que menos destacado, foi diretamente jurídico. Franz Neumann e Otto Kirchheimer, advogados, foram os responsáveis pelo trabalho teórico jurídico do grupo frankfurtiano. Franz Neumann, antes de sua trajetória junto a Horkheimer e seu grupo, foi advogado trabalhista e ligado aos movimentos sociais na Alemanha ao tempo da República de Weimar. Judeu, exilou-se na Inglaterra e nos EUA, sempre enfrentando muita dificuldade econômica. Sua obra mais importante é *Behemot*, uma análise das questões jurídicas, institucionais e políticas sob o nazismo. Em toda sua produção, Neumann avalia o papel do direito a partir das circunstâncias do capitalismo do século XX. O nazismo conseguiu manter o capitalismo organizado por meio de regras jurídicas, regras estas diferentes, no entanto, da tradição liberal. Com tal diferença, então, o direito liberal apresentava, para Neumann, uma função de resistência e algum papel de emancipação. [...] Otto Kirchheimer, também judeu-alemão, de algum modo mais radical que Neumann, dedicou-se, aos tempos da República de Weimar, a analisar a decadência do Estado alemão socialdemocrata, que buscava fazer, por meio do direito, uma espécie de composição entre a burguesia e trabalhadores. Enquanto boa parte dos juristas e políticos de esquerda defendia a Constituição de Weimar mesmo quando ela se encaminhava para o seu esgarçamento (quando a classe burguesa já assumia um papel totalitário), Kirchheimer partia de uma análise crítica de tal composição de classes, ressaltando a necessidade de ruptura revolucionária por parte dos trabalhadores. [...] No exílio nos EUA, Kirchheimer se dedica ao estudo do direito penal e sua conexão íntima com a lógica do capitalismo, [de forma que aponta] o sistema penal como decorrência necessária da própria estrutura da sociedade capitalista, que se vale das formas cruentas de opressão para a manutenção da sua exploração de classe. Nessa obra, Kirchheimer considera ser inútil imaginar que o direito penal tenha alguma relação necessária com o delito. “As causas socioeconômicas são muito mais verdadeiras que as meramente jurídicas”.

Eis uma linha de análise que renderia outra profícua pesquisa no confronto com a realidade brasileira<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Para um maior aprofundamento, a conferir: RODRIGUES, José Rodrigo. Franz Neumann: o direito liberal para além de si mesmo. In: NOBRE, Marcos (Org.). **Curso livre de teoria crítica**. Campinas: Papyrus, 2008;



Aqui importa tomar a sensibilidade de Adorno e Horkheimer e repisar que se pode encarar o direito como mito e, mais, como criador de mitos (como veremos). Por que mito? Mito em sua pretensão positivista de que possui a capacidade de garantir a ordem e a segurança jurídica. Eis o esclarecimento uma vez mais regredindo à mitologia da qual jamais soube escapar. Parafraseando os autores, a terra totalmente ordenada pelo direito resplandece sob o signo de uma desordem triunfal. Não há que se falar de ordem, ou, segundo a perspectiva aqui adotada, é um mito falar de ordem diante dos graves conflitos pelas quais passa a humanidade de modo geral e o Brasil de forma particular, conflitos que envolvem questões econômicas, políticas, sociais, ecológicas, religiosas, militares, territoriais, enfim, conflitos que excluem a hipótese de que o direito, de modo efetivo, garante a ordem e a segurança. O Estado-nação, desde o século XVII até a segunda metade do século XX, consolidou-se como estrutura, estendendo de forma contínua seu alcance, seus poderes e funções, tudo sob a égide do direito. Quaisquer fossem as características dos governos – liberais, conservadores, social-democratas, fascistas ou comunistas –, como ensina Hobsbawm (1995, p. 554), “os parâmetros da vida dos cidadãos em Estados “modernos” eram quase exclusivamente determinados (a não ser em conflitos inter-Estados) pelas atividades ou inatividades desse Estado”. Além disso, o impacto das forças globais chega a cada um de nós, cidadãos, somente depois de passar pelo filtro da política e das instituições do Estado, ou seja, somente depois de filtradas pelas estruturas erigidas pelo direito. Isso é uma realidade. Já o fato do Estado-nação, com suas políticas e instituições, criadas sob o direito, ser capaz de garantir a lei e a ordem... eis o mito. Hobsbawm (1995, p. 554) é taxativo: “o fato mesmo de, na era de sua ascensão, o Estado ter assumido e centralizado tantas funções, e estabelecido para si mesmo tão ambiciosos padrões de ordem e controle públicos, tornava sua incapacidade de mantê-los duplamente dolorosa”. Sem esquecer a lição já apresentada por Marx de que o Estado capitalista é a forma da burguesia se organizar para garantir a propriedade privada e seus interesses.

Retomando os frankfurtianos, “o progresso bem sucedido que é culpado de seu próprio oposto”: as contradições da época presente se exacerbam, o esclarecimento se enreda no mito, a máscara se cola à face e é encarada como se face fosse. Um cenário de crise se agiganta. Exemplifiquemos.

Em questões econômicas, o que se tem são instituições erigidas fora de controle, incapacidade de atender os cidadãos como prometera, incompetência de manter a lei e a ordem, desde antes do início do século XXI.

No fim do século, o Estado-nação se achava na defensiva contra uma economia mundial que não podia controlar; contra as instituições que construía para remediar suas próprias fraquezas internacionais, como a União Europeia; contra sua aparente incapacidade fiscal de manter os serviços para seus cidadãos, tão confiantemente empreendidos algumas décadas atrás; contra sua incapacidade real de manter o que, pelos seus próprios critérios, era sua maior função: *a manutenção da lei e da ordem públicas* (HOBSBAWM, 1995, p. 554. Grifo nosso).

Em termos políticos, verifica-se o solapamento dos consensos e a escassez de países com um Estado forte, ativo, socialmente responsável na busca de servir ao bem-estar comum, ao lado do crescimento de países “onde o Estado era tão fraco e corrupto que os cidadãos não esperavam que produzisse bem público algum. Estes eram comuns em partes do Terceiro Mundo, mas, como mostrou a Itália na década de 1980, não desconhecidos no Primeiro” (HOBSBAWN, 1995, p. 557). Outra constatação, expressão da crise, é o grande número de cidadãos que se retirou da política e passou a considerar o processo político como irrelevante. “De um lado, a riqueza, a privatização da vida e da diversão e o egoísmo do consumo tornavam a política menos importante e menos atraente. De outro, os que achavam que pouco obtinham com as eleições davam-lhes as costas” (HOBSBAWN, 1995, p. 558), de modo que a própria identificação coletiva com o país não se mais dava através das instituições do Estado e sim por meios dos esportes nacionais, de equipes e de símbolos não políticos. Uma crise, sem precedentes, de representatividade. No Brasil, de modo específico, não fosse o voto obrigatório, reduzido seria o número dos que participariam das eleições que, de dois em dois anos, mobilizam toda uma máquina publicitária, com gastos bilionários e, muitos, fora da própria legislação, e assumidos como tal publicamente, em afronte escancarado à referida lei eleitoral. Hobsbawm constata explicitamente, e os verbos que, em seu texto, estão no passado, podem seguramente ser conjugados no presente: “autoridades que tinham elas próprias de ser eleitas iriam também, cada vez mais, ocultar-se, como um polvo, por trás de nuvens de tinta para confundir seus eleitorados” (HOBSBAWN, 1995, p. 560). No Brasil, em junho de 2013, milhares de pessoas foram às ruas, convocadas pela internet, manifestando descontentamento nas mais variadas causas, levantando as mais diferentes bandeiras. Segundo Lima e Rossato (2013),

em junho de 2013, movimentos que partiram das ruas brasileiras bradaram por direitos sociais. [...Ora,] O Brasil, anunciado nos anos 1990 e 2000 como pós-moderno, continuou mergulhado na esdrúxula e revoltante concentração de riquezas. A promessa neoliberal falhou. A população, pacata, saiu às ruas.

Em pauta: os direitos sociais, os serviços públicos, ou seja, tudo aquilo que o neoliberalismo prometeu, mas negou, anunciou, mas interditou. [...] As mobilizações surgiram de movimentos gestados a partir da *internet*. A grande imprensa brasileira, reunida em conglomerados econômicos, noticiou os fatos quando os fatos já atingiram uma dimensão estratosférica. [...] Os temas específicos volveram inicialmente para as elevadas tarifas de transporte, para depois alcançarem também as prestações de saúde, educação, os gastos com a Copa do Mundo, a impunidade e a corrupção. Algumas características podem ser identificadas nesses protestos: a) não se reúnem numa instituição ou organização específica; b) não apresentam uma estrutura normativa específica, nem se separam entre competências e papéis específicos; c) anunciam horizontes abertos, pautas flexíveis de discussão; d) focalizam-se em temas específicos. Em outras palavras, não obstante abertas, não institucionalizadas, essas manifestações populares articulam-se em torno de uma causa bem delimitada: a melhoria dos serviços públicos e o combate à corrupção.

Saliente-se, e é o que interessa das manifestações neste passo de nosso estudo, que, de forma explícita, foram colocados à margem todos e quaisquer políticos profissionais, com frases do tipo: “você não me representa!”. Inegável a frustração. Patente a crise.

Luiz Roberto Gomes, ao analisar o fenômeno da crise, toca explicitamente nessa questão da incapacidade do direito de garantir a segurança e a ordem – que em nossa leitura nada mais é do que o esclarecimento enredado no mito –, e elenca diversos acontecimentos que demonstram o referido estado de crise:

as *duas grandes guerras mundiais* com os seus importantes desdobramentos, estabelecidos pelo episódio da bomba atômica lançada pelos Estados Unidos sobre as cidades de Hiroshima e Nagasaki, em 1945 que colocam em discussão o significado do uso da tecnologia; no mesmo período a *tragédia de Auschwitz*, que demonstra, por intermédio de um dos maiores genocídios da história, as atrocidades cometidas pelo regime Nazista aos judeus; a *guerra do golfo* de 1991, que introduz um novo significado para os conflitos entre as nações e o ataque terrorista às torres gêmeas do *World Trade Center* e ao *Pentágono* do dia 11 de setembro de 2001, que é considerado o grande acontecimento deste início de século. Na América Latina, de forma especial no Brasil, possuímos vários outros exemplos que evidenciam o fenômeno da crise ao qual estamos nos referindo. Se olharmos o *genocídio dos índios* que habitavam o Brasil e que foram vítimas do processo de colonização, ou o sistema escravocrata que perdurou oficialmente até o final do século XIX, os *anos de chumbo (1964-1984)* que, de forma autoritária e em nome do desenvolvimento econômico e da segurança nacional, censurou, reprimiu e torturou a sociedade brasileira, ou ainda a *chacina da Candelária*, os *111 mortos do Carandirú*, a morte do *índio Galdino*, a *chacina dos Carajás*, o *assassinato dos Moradores de rua de São Paulo*, entre outras tantos exemplos de atrocidades cometidas a líderes políticos, religiosos e pessoas socialmente “inexpressivas”, temos representado de forma explícita a crueldade, a irracionalidade e a barbárie a que pudemos chegar. Evidentemente que esses são apenas alguns dos exemplos que nos ajudam a evidenciar os conflitos históricos-sociais do século XX e XXI (GOMES, 2007, p. 38).

E o próprio Gomes (2007, p. 38) ainda questiona:

A guerra contra o Iraque, protagonizada pelos Estados Unidos, é uma demonstração típica da falta de entendimento entre as forças imperialistas do poder hegemônico global: a opinião pública e a ONU não queriam a guerra, mas ela aconteceu, a diplomacia e o Direito Internacional perderam a sua influência e sua razão de existir?

Sim, perderam-se no seu fetiche. Repita-se a paráfrase: a terra totalmente ordenada pelo direito resplandece sob o signo de uma desordem triunfal. Confirma-se: “o esclarecimento é a radicalização da angústia mítica” (ADORNO; HORKHEIMER, 1985, p. 29).

Ora, já bem antes do início do século XXI, nos primeiros anos da década de 90, Habermas, no prefácio de *Direito e democracia*, ao apresentar essa obra, fruto de sua maturidade intelectual, não apenas detecta a crise, como também critica a timidez excessiva com que nos aproximamos dela; é seu diagnóstico:

Nas atuais sociedades ocidentais, a política perde sua autoconsciência e orientação perante o desafio iminente de uma delimitação ecológica iminente do crescimento econômico e da disparidade crescente entre as condições de vida no Norte e no Sul; perante a tarefa historicamente peculiar da reorganização de sociedades onde imperava o socialismo de Estado; perante a pressão das corrente migratórias oriundas das regiões empobrecidas do Sul e do Oriente; perante os riscos de novas guerras étnicas, nacionais e religiosas, de chantagens atômicas e de lutas internacionais de partilha. Aquém dos floreios retóricos, predomina a pusilanimidade (HABERMAS, 2010, p. 13).

É preciso ter presente que, no apogeu do movimento iluminista, explicava Kant (1985, p. 23),

a Ilustração [*Aufklärung*] é a saída do homem de sua minoridade, da qual ele é o próprio responsável. A minoridade é a incapacidade de fazer uso do entendimento sem a condução de um outro. O homem é o próprio culpado dessa minoridade quando sua causa reside não na falta de entendimento, mas na falta de resolução e coragem para usá-lo sem a condução de um outro. *Sapere aude!* “Tenha coragem de usar o seu próprio entendimento” – esse é o lema da ilustração. Preguiça e covardia são as razões pelas quais uma tão grande parcela da humanidade permanece na minoridade mesmo depois que a natureza a liberou da condução externa (*naturaliter maiorirantes*); e essas são também as razões pelas quais é tão fácil para outros manterem-se como seus guardiões. É cômodo ser menor. Se tenho um livro que substitui meu entendimento, um diretor espiritual que tem uma consciência por mim, um médico que decide sobre a minha dieta e assim por diante, não preciso me esforçar. Não preciso pensar, se pudesse pagar: outros prontamente assumirão por mim o trabalho penoso”.

Já Hobsbawm, por sua vez, encerra sua análise do breve século XX, da altura de historiador experiente e conceituado, clamando por mudança e colocando a humanidade – que Kant postulou deixar a minoridade por meio do esclarecimento (um mito!) – à deriva. É contundente:

esperanças ou temores não são previsões. Sabemos que, por trás da opaca nuvem de nossa ignorância e da incerteza de resultados detalhados, as forças históricas que moldaram o século continuam a operar. Vivemos num mundo conquistado, desenraizado e transformado pelo titânico processo econômico e tecnocientífico do desenvolvimento do capitalismo, que dominou os dois ou três últimos séculos. Sabemos, ou pelo menos é razoável supor, que ele não pode prosseguir *ad infinitum*. O futuro não pode ser uma continuação do passado, e há sinais, tanto externamente quanto internamente, de que chegamos a um ponto de crise histórica. As forças geradas pela economia tecnocientífica são agora suficientemente grandes para destruir o meio ambiente, ou seja, as fundações materiais da vida humana. As próprias estruturas das sociedades humanas, incluindo mesmo algumas fundações sociais da economia capitalista, estão na iminência de ser destruídas pela erosão do que herdamos do passado humano. Nosso mundo corre o risco de explosão e implosão. Tem de mudar (HOBSBAWN, 1995, p. 562).

O capital não pode sobreviver senão sugando a riqueza do trabalho e, para fazê-lo, contraditoriamente produz novas formas de ataque aos trabalhadores para dar respostas às crises geradas por ele próprio. Para os espoliados pelo capital uma bifurcação se abre: ou se submetem ou se levantam e lutam. Esta tese quer ser um exercício de crítica, de preparação para novas possibilidades que se descortinam, de exposição das contradições inerentes à forma-capital de produção. Na linha de Tarso de Melo (2011, p. 78),

No momento em que esses levantes não dependam mais dos ataques imediatos do capital e, muito mais que simples defesas, sejam eles mesmos os ataques, é provável que o tipo de arranjo social sobre o qual o capital se sustenta esteja severamente comprometido e possa ser reinventado, para um lado ou para outro. Neste momento, todas as possibilidades se abrirão a quem para elas estiver preparado.

Por isso, é preciso prontidão. Para além das perplexidades de nosso tempo, urge trilhar o caminho da crítica, preocupar-se em abordar da melhor maneira as problemáticas erigidas em nossa trajetória histórica, o estabelecimento de uma interpretação coerente das questões que nos são impostas, enfim, o exercício de refletir nossa realidade não pode prescindir das contribuições analíticas de teóricos comprometidos com uma sociedade emancipada. Para tanto, há que se reconhecer os vários mitos que ainda povoam o universo compreensivo, de modo geral, e o universo do direito, de modo específico, por se constituir objeto de análise desta pesquisa. Refazer, ainda que de forma breve, o caminho que levou a construção do arcabouço jurídico sobre o qual estamos firmados (ou soltos!?), servirá de base para compreender o que hoje se realiza por meio da formação jurídica em nosso Brasil.

Mas, para o momento, guardemos essa ideia do projeto da *Dialética do esclarecimento* que a sensibilidade de Adorno e Horkheimer constatou: o mito é esclarecimento e o esclarecimento é mito.

Passemos, assim, para a análise de outras contribuições analíticas.

#### 1.4 As contribuições de Michel Foucault

Outra temática para fundamentar nossa reflexão é aquela nietzschiana apresentada por Foucault na obra *A verdade e as formas jurídicas*: o conhecimento foi inventado!

Mesmo sem aclarar que se trata da obra de Nietzsche *Sobre verdade e mentira no sentido extra-moral*, apenas consignando ser datada de 1873, Foucault a cita:

Em algum ponto perdido deste universo, cujo clarão se estende a inúmeros sistemas solares, houve, uma vez, um astro sobre o qual animais inteligentes inventaram o conhecimento. Foi o instante da maior mentira e da suprema arrogância da história universal (NIETZSCHE, 1987 p. 31).

Ora, Foucault afirma considerar “de bom grado, a insolência, a desenvoltura de Nietzsche ao dizer que o conhecimento foi inventado sobre um astro e em um determinado momento”. E se explica.

Falo de insolência, nesse texto de Nietzsche, porque não devemos esquecer que em 1873 estamos, senão em pleno kantismo, pelo menos, em pleno neokantismo. E a ideia de que o tempo e o espaço não são formas de conhecimento, mas, pelo contrário, espécie de rochas primitivas sobre as quais o conhecimento vem se fixar, é para a época absolutamente inadmissível (FOUCAULT, 2002, p, 14).

Ora, o pensamento de Michel Foucault (1926-1984) é da maior relevância para a compreensão do direito. Mascaro (2013) chega a afirmar que, a partir dele, há uma nova compreensão fenomênica do direito. O apogeu de sua produção se deu entre as décadas de 1960-1980, período de maturidade intelectual na qual busca a compreensão dos nexos estruturais do poder e da dominação, desenvolvendo os mais variados temas: loucura, sexualidade, linguagem, tortura, prisão e o direito. “Em todos esses objetos de estudo, está presente a orientação em busca do entendimento dos mecanismos de poder, dos modos de estabelecimento e funcionamento das divisões, das opressões, das dominações” (MASCARO, 2013, p. 429).

Embora não dialogue de modo explícito com Marx, Engels e os autores da Escola de Frankfurt, seu pensamento é extremamente crítico, indagando a respeito dos instrumentos e formas de dominação, o *como* do poder, não posicionando o foco nas grandes questões políticas e sociais, mas, ao revés, nas pequenas questões cotidianas onde se verificam os arranjos do poder. São suas palavras:

O que tentei investigar, de 1970 até agora [o texto é de 14 de janeiro de 1976], *grosso modo*, foi o *como* do poder; tentei discernir os mecanismos

existentes entre dois pontos de referência, dois limites; por um lado, as regras do direito que delimitam formalmente o poder e, por outro, os efeitos de verdade que este poder produz, transmite e que por sua vez reproduzem-no. Um triângulo, portanto: poder, direito e verdade” (FOUCAULT, 1996, p. 179).

Como se vê, o lugar da análise do direito, na perspectiva foucaultiana é completamente novo: não se trata de analisar o campo das normas jurídicas estatais, mas analisar as práticas concretas e periféricas que, para além dos formalismos juspositivistas, são as que estabelecem os saberes do direito, e revelam os mecanismos polimorfos de dominação.

Esclarece Foucault (1996, p. 181):

Nos últimos anos, o meu projeto geral consistiu, no fundo, em inverter a direção de análise do discurso do direito a partir da Idade Média. Procurei fazer o inverso: fazer sobressair o fato da dominação no seu íntimo e em sua brutalidade e a partir daí mostrar não só como o direito é, de modo geral, o instrumento dessa dominação – o que é consenso – mas também como, até que ponto e sob que forma o direito (e quando digo direito não penso simplesmente na lei, mas no conjunto de aparelhos, instituições e regulamentos que aplicam o direito) põe em prática, veicula relações que não são relações de soberania e sim de dominação.

[...] O sistema do direito, o campo judiciário são canais permanentes de relações de dominação e técnicas de sujeição polimorfos. O direito deve ser visto como um procedimento de sujeição, que ele desencadeia, e não como uma legitimidade a ser estabelecida. Para mim, o problema é evitar a questão – central para o direito – da soberania e da obediência dos indivíduos que lhe são submetidos e fazer aparecer em seu lugar o problema da dominação e da sujeição.

Foucault apresenta, assim, cinco precauções metodológicas que, por sua vez, sintetizam sua reflexão a cerca do poder, do Estado e do direito. A **primeira** delas: mudou o lugar da análise, do centro para a periferia. Esse centro é o institucional; a periferia é onde o direito é aplicado, exerce seu poder microfísico, atinge os extremos. Ocorre o rompimento total com os métodos de análise juspositivistas, focados na arena formal das normas jurídicas, uma vez que, para Foucault, é nas últimas ramificações das relações sociais que se verifica o poder: eis a *microfísica do poder*, em oposição a uma visão macroscópica: vasta, geral e generalista. Exemplo disso é a diferença de abordagem diante do direito penal que, no centro institucional está contido no Código Penal, no Código de Processo Penal e na Lei de Execuções Penais, mas que, na periferia, são as prisões e os cárceres, nos quais haverá violência, tortura e exclusão. A tortura está proibida nas normas jurídicas, mas a realidade, na prática microfísica, é a sua existência. No dizer de Foucault:

Exemplificando: em vez de tentar saber onde e como o direito de punir se fundamenta na soberania tal como esta é apresentada pela teoria do direito monárquico ou do direito democrático, procurei examinar como a punição e o poder de punir materializavam-se em instituições locais, regionais e materiais, quer se trate do suplício ou do encarceramento, no âmbito ao

mesmo tempo institucional, físico, regulamentar e violento dos aparelhos de punição. Em outras palavras, captar o poder na extremidade cada vez menos jurídica de seu exercício (FOUCAULT, 1996, p. 182).

Está é para nós uma importante chave de leitura para abordar o que dizem os documentos oficiais que normatizam o ensino jurídico brasileiro e o que ocorre no concreto, na prática, no cotidiano dos bancos das escolas jurídicas. Uma coisa é o que apregoa o centro institucionalizado, outra é o que se verifica na periferia, nos extremos, nas últimas ramificações das relações sociais; uma coisa são as leis que normatizam os cursos jurídicos, outra é o que se dá no cotidiano nas salas de aula dos cursos de direito.

A **segunda precaução metodológica** da microfísica do poder foucaultiana é evitar compreender o poder (e, em consequência, o direito) a partir de suas intenções ou a partir de seu discurso, para compreendê-lo a partir de suas práticas reais e efetivas.

Portanto, não perguntar por que alguns querem dominar, o que procuram e qual é sua estratégia global, mas como funcionam as coisas ao nível do processo de sujeição ou dos processos contínuos e ininterruptos que sujeitam os corpos, dirigem os gestos, regem os comportamentos etc. Em outras palavras, ao invés de perguntar como o soberano aparece no topo, tentar saber como foram constituídos, pouco a pouco, progressivamente, realmente e materialmente os súditos, a partir da multiplicidade dos corpos, das forças, das energias, das matérias, dos desejos, dos pensamentos etc (FOUCAULT, 1996, p. 182-183).

A **terceira precaução** é não compreender o poder de modo homogêneo, dividido em dois lados: um que detém o poder e outro que a ele está submetido. “O poder deve ser analisado como algo que circula, ou melhor, como algo que só funciona em cadeia, nunca está localizado aqui ou ali, nunca está nas mãos de alguns” (FOUCAULT, 1996, p. 183), antes, encontra-se difuso entre os indivíduos, de modo que todos assumem a condição tanto de opressores como de oprimidos. “O poder não se aplica aos indivíduos, passa por eles” (FOUCAULT, 1996, p. 183), assim, o indivíduo é, simultaneamente, um efeito do poder e seu centro de transmissão.

Na **quarta precaução**, Foucault adverte que não se deve abordar a temática do poder de forma dedutiva, formalista, isto é, partir do centro do poder e, dedutivamente, verificar seu prolongamento, sua reprodução nas extremidades. A análise deve ser feita de modo ascendente, “partir dos mecanismos infinitesimais [...] e depois examinar como estes mecanismos de poder foram e ainda são [...] transformados, deslocados, desdobrados etc., por mecanismos cada vez mais gerais e por formas de dominação global” (FOUCAULT, 1996, p. 184). Um exemplo disso é crer que se um país possui uma constituição que prevê regras democráticas deduz-se que em tal país vige a democracia. Na explicitação de Mascaro (2013, p. 434), “a *especificidade* das relações do poder é que pode revelar o todo, e não uma dedução



formal, feita de gabinete, das normas institucionalizadas”. Para exemplificar essa quarta precaução metodológica, Foucault (1996, p. 184-186) analisa a loucura:

A análise descendente, de que se deve desconfiar, poderia dizer que a burguesia se tornou a classe dominante a partir do final do século XVI e início do século XVII; como é então possível deduzir desse fato a internação dos loucos? A dedução é sempre possível, é sempre fácil e é exatamente esta a crítica que lhe faço. Efetivamente, é fácil mostrar como se torna obrigatório desfazer-se do louco justamente porque ele é inútil na produção industrial. [...Na verdade], a burguesia não se importa com os loucos; mas os procedimentos de exclusão dos loucos puseram em evidência e produziram, a partir do século XIX, novamente devido a determinadas transformações, um lucro político, eventualmente alguma utilidade econômica, que consolidaram o sistema e fizeram-no funcionar em conjunto. A burguesia não se interessa pelos loucos mas pelo poder”.

A **quinta precaução metodológica** trata das produções ideológicas das grandes máquinas de poder, como a ideologia do poder monárquico ou a ideologia da democracia parlamentar. Diz Foucault (1996, p. 186):

Não creio que aquilo que se forma na base sejam ideologias: é muito menos e muito mais do que isso. São instrumentos reais de formação e de acumulação do saber: métodos de observação, técnicas de registro, procedimentos de inquérito e de pesquisa, aparelhos de verificação. Tudo isto significa que o poder, para exercer-se nestes sistemas sutis, é obrigado a formar, organizar e por em circulação um saber, ou melhor, aparelhos de saber que não são construções ideológicas.

Enfim, Foucault empreende uma inovação metodológica que abre perspectivas profícuas de análise. Vejamos como ele próprio sintetiza sua abordagem:

Recapitulando as cinco precauções metodológicas: em vez de orientar a pesquisa sobre o poder no sentido do edifício jurídico da soberania, dos aparelhos de Estado e das ideologias que o acompanham, deve-se orientá-la para a dominação, os operadores materiais, as formas de sujeição, os usos e conexões da sujeição pelos sistemas locais e os dispositivos estratégicos. É preciso estudar o poder colocando-se fora do modelo do Leviatã<sup>6</sup>, fora do campo delimitado pela soberania jurídica e pela instituição estatal. É preciso estudá-lo a partir das técnicas e táticas de dominação. Esta é, *grosso modo*, a linha metodológica a ser seguida e que procurei seguir nas várias pesquisas que fizemos nos últimos anos a propósito do poder psiquiátrico, da sexualidade infantil, dos sistemas políticos etc. (FOUCAULT, 1996, p. 186).

Retornando às reflexões de *A verdade e as formas jurídicas*, ressalte-se o entendimento de que o conhecimento é uma invenção, como constata Foucault:

Nietzsche afirma que, em um determinado ponto do tempo e em um determinado lugar do universo, animais inteligentes *inventaram* o conhecimento; a palavra que emprega, invenção, – o termo alemão é

---

<sup>6</sup> Referência a Hobbes: “enquanto homem construído, o Leviatã não é outra coisa senão a coagulação de um certo número de individualidades separadas, unidas por um conjunto de elementos constitutivos do Estado” (FOUCAULT, 1996, p. 183). Adiante, nossa pesquisa voltará a esse pensador.

*Erfindung* –, é frequentemente retomada em seus textos, e sempre com sentido e intenção polêmicos (FOUCAULT, 2002, p, 14, grifo nosso).

Como exemplos, temos a religião, a poesia, o ideal, todos *inventados*, ou seja, eles não possuem uma origem (*Ursprung*) e sim uma invenção (*Erfindung*). No caso da religião, é um erro procurar sua origem em um sentimento metafísico presente em todo ser humano e que, por isso mesmo, conteria o núcleo de toda religião, como se a religião já existisse implicitamente nesse sentimento metafísico. Alerta Foucault: “A religião não tem origem, não tem *Ursprung*, ela foi inventada, houve uma *Erfindung* da religião. Em dado momento, algo aconteceu que fez aparecer a religião. A religião foi fabricada. Ela não existia anteriormente” (FOUCAULT, 2002, p. 15). Já no caso da poesia se dá o mesmo, ela não possui uma origem (*Ursprung*), antes, “um dia alguém teve a ideia bastante curiosa de utilizar um certo número de propriedades rítmicas ou musicais da linguagem para falar, para impor suas palavras [...]. Também a poesia foi inventada (FOUCAULT, 2002, p. 15). E no que diz respeito ao ideal, Foucault remete a obra *A genealogia da moral*, de Nietzsche, na qual detecta “esta oficina onde se fabricam ideais – [e acrescenta] minha impressão é de que está fedendo de tanta mentira” (NIETZSCHE, 2009, p. 15)<sup>7</sup>; isso porque “o ideal não tem origem. Ele também foi inventado, fabricado, produzido por uma série de mecanismos, de pequenos mecanismos” (FOUCAULT, 2002, p. 15).

Explicita Foucault:

A invenção – *Erfindung* – para Nietzsche é, por um lado, uma ruptura, por outro, algo que possui um pequeno começo, baixo, mesquinho, inconfessável. Este ponto crucial da *Erfindung*. Foi por obscuras relações de

---

<sup>7</sup> Reproduz-se o texto de *A genealogia da moral* como ilustração da peculiar forma de reflexão nietzschiana: “Alguém quer descer o olhar sobre o segredo de como se fabricam ideais na terra? Quem tem a coragem para isso?... Muito bem! Aqui se abre a vista a essa negra oficina. Espere ainda um instante, senhor Curioso e Temerário: seu olho deve primeiro se acostumar a essa luz falsa e cambiante... Certo! Basta! Fale agora! Que sucede ali embaixo? Diga o que vê, homem da curiosidade perigosa – agora sou eu quem escuta. – ‘Eu nada vejo, mas por isso ouço muito bem. É um cochichar e sussurrar cautelosos, sonso, manso, vindo de todos os cantos e quinas. Parece-me que mentem; uma suavidade visguenta escorre de cada som. A fraqueza é mentirosamente mudada em mérito, não há dúvida – é como você disse’ – Prossiga! – ‘e a impotência que não acerta contas é mudada em ‘bondade’; a baixeza medrosa, em ‘humildade’, a submissão àqueles que se odeia em ‘obediência’ (há alguém que dizem impor esta submissão – chamam-no Deus). O que há de inofensivo no fraco, a própria covardia na qual é pródigo, seu aguardar-na-porta, seu inevitável ter-de-esperar, recebe aqui o bom nome de ‘paciência’, mesmo perdão (‘pois eles não sabem o que fazem – somente nós sabemos o que eles fazem!’) Falam também do ‘amor aos inimigos’ – e suam ao falar disso.’ – Prossiga! – ‘São miseráveis, não há dúvida, esse falsificadores e cochichadores dos cantos, embora se mantenham aquecidos agachando-se apertados – mas eles me dizem que sua miséria é uma eleição e distinção por parte de Deus, que batemos nos cães que mais amamos; talvez essa miséria seja uma preparação, uma prova, um treino, talvez ainda mais – algo que um dia será recompensado e pago com juros enormes, em ouro, não! em felicidade. A isto chamam de ‘bem-aventurança’, ‘beatitude’. – Prossiga! – ‘Agora me dão a entender que não apenas são melhores que os poderosos, os senhores da terra cujo escarro têm de lamber (não por temor, de modo algum por temor! e sim porque Deus ordena que seja honrada a autoridade) – que não apenas são melhores, mas também ‘estão melhores’, ou de qualquer modo estarão um dia. Mas basta, basta! Não aguento mais. O ar ruim! O ar ruim! Esta oficina onde se fabricam ideais – minha impressão é de que está fedendo de tanta mentira!’” (NIETZSCHE, 2009, p. 15).

poder que a poesia foi inventada. Foi igualmente por puras obscuras relações de poder que a religião foi inventada. Vilania portanto de todos estes começos quando são opostos à solenidade da origem tal como é vista pelos filósofos (FOUCAULT, 2002, p. 15-16).

Aqui há outra dimensão nietzschiana, ressaltada por Foucault, fundamental para nossa análise: se a invenção é uma ruptura, por um lado, por outro – como vimos – “possui um pequeno começo, baixo, mesquinho, inconfessável” (FOUCAULT, 2002, p, 15), que busca ocultar as obscuras relações de poder que a inventaram. E frisa:

o historiador não deve temer as mesquinhas, pois foi de mesquinhas em mesquinhas, de pequena em pequena coisa, que finalmente as grandes coisas se formaram. À solenidade de origem, é necessário opor, em bom método histórico, a pequenez meticulosa e inconfessável dessas fabricações, dessas invenções (FOUCAULT, 2002, p, 16).

Nossa pesquisa busca precisamente detectar como, na construção das estruturas jurídicas nacionais, de modo geral, e nas determinações estatais para o ensino jurídico, de modo específico, se apresenta essa “pequenez meticulosa e inconfessável”.

Ainda referindo-se a Nietzsche, Foucault resalta que ele “coloca no cerne, na raiz do conhecimento, algo como o ódio, a luta, a relação de poder” (FOUCAULT, 2002, p, 22), ideia que também sustenta e orienta nossa reflexão. Aliás,

se quisermos realmente conhecer o conhecimento, saber o que ele é, apreendê-lo em sua raiz, em sua fabricação, devemos nos aproximar, não dos filósofos mas dos políticos, devemos compreender quais as relações de luta e de poder. E é somente nessas relações de luta e de poder – na maneira como as coisas entre si, os homens entre si se odeiam, lutam, procuram dominar uns aos outros, querem exercer, uns sobre os outros, relações de poder – que compreendemos em que consiste o conhecimento (FOUCAULT, 2002, p. 23).

Todos esses elementos são apresentados por Foucault com o intuito de analisar práticas judiciárias, formas jurídicas, que inventaram modelos de verdade comumente aceitos e são considerados válidos seja no âmbito da política, como no do cotidiano e, até mesmo, no da ciência. Entendemos ser esta uma oportuna chave de leitura para analisar a problemática em torno do direito definida em nossa pesquisa, jamais deixando de ter presente que

o conhecimento é sempre uma certa relação estratégica em que o homem se encontra situado. É essa relação estratégica que vai definir o efeito de conhecimento e por isso seria totalmente contraditório imaginar um conhecimento que não fosse em sua natureza obrigatoriamente parcial, oblíquo, perspectivo. O caráter perspectivo do conhecimento não deriva da natureza humana, mas sempre do caráter polêmico e estratégico do conhecimento. Pode-se falar do caráter perspectivo do conhecimento porque há batalha e porque o conhecimento é o efeito dessa batalha (FOUCAULT, 2002, p. 25).

Ora, nas conferências que compõem *A verdade e as formas jurídicas*, Foucault se propõe a “fazer aparecer o que na história de nossa cultura permaneceu até agora escondido, mais oculto, mais profundamente investido; as relações de poder” (FOUCAULT, 2002, p. 30), que, por curioso que seja, foram menos estudadas e conhecidas que as estruturas econômicas de nossa sociedade, contributo dado por Marx. Nesse passo, Foucault também fala de mito: o mito da cegueira do poder político, o mito do conflito entre saber e poder, mitos que precisam ser vencidos, superados. *Ipsis litteris*:

O Ocidente vai ser dominado pelo grande mito de que a verdade nunca pertence ao poder político, de que o poder político é cego, de que o verdadeiro saber é o que se possui quando se está em contacto com os deuses ou nos recordamos das coisas, quando olhamos o grande sol eterno ou abrimos os olhos para o que se passou. Com Platão, se inicia um grande mito ocidental: o de que há antinomia entre saber e poder. Se há o saber, é preciso que ele renuncie ao poder. Onde se encontra saber e ciência em sua verdade pura, não pode mais haver poder político.

Esse grande mito precisa ser liquidado. Foi esse mito que Nietzsche começou a demolir ao mostrar [...] que por trás de todo saber, de todo conhecimento, o que está em jogo é uma luta de poder. O poder político não está ausente do saber, ele é tramado com o saber (FOUCAULT, 2002, p. 50-51).

Nossa pesquisa busca mostrar como essa relação saber–poder se deu na história da formação jurídica nacional. Porém, antes, vamos verificar como essa relação saber–poder se deu na própria invenção do direito ocidental, de modo específico na tradição europeia que é, via colonização, a que aportou no Brasil e forjou nosso direito pátrio. Analisemos, assim, o direito tomado como fetiche, mito e invenção.

#### 1.4 As invenções do direito e seus mitos

Se, como afirma Nietzsche, o próprio conhecimento é uma invenção, o direito também o é, como propugna Luís Roberto Barroso<sup>8</sup>, pesquisador da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, um dos grandes nomes do direito constitucional brasileiro:

O Direito é uma *invenção humana*, um fenômeno histórico e cultural, concebido como técnica de solução de conflitos e instrumento de pacificação social. Onde quer que haja um agrupamento humano, normas de organização e conduta tendem a desenvolver-se, ainda que de forma tácita e precária (BARROSO, 2009, p. 229. Grifo nosso).

---

<sup>8</sup> Hoje Barroso é ministro do Supremo Tribunal Federal, indicado pela Presidente Dilma Rousseff, em 23 de maio de 2013. No início de nossa pesquisa era, ainda, pesquisador da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, expoente do direito constitucional brasileiro e referência acadêmica da maior relevância. Cf. Plataforma Lattes. Disponível em: <<http://lattes.cnpq.br/2430424576721113>>. Acesso em: 02 ago. 2014.

Analisar o direito como fetiche, mito e invenção auxilia na desmistificação do modo como o direito se estabeleceu na cultura ocidental, que o estudo de Gentil (2008, p. 198) ensina: “o direito é, para a burguesia, o Deus que justificava o poder dos soberanos”. Um dos aspectos de nossa pesquisa visa, justamente, identificar de que forma o direito foi “inventado” em nosso país, quais as raízes que sustentam sua estrutura, quais as relações de força e de poder conceberam o arcabouço jurídico vigente em nosso Brasil, embasados no argumento de que

aquilo que aparece com o Direito são relações capitalistas marcadas pelo fetichismo. Se a divisão do trabalho, fruto do desenvolvimento histórico das relações sociais, leva na sociedade civil-burguesa à aparência de autonomia da esfera jurídica, isso ocorre porque a forma jurídica é indissociável das relações fetichistas componentes das relações capitalistas que trazem consigo o Direito como conhecemos (SARTORI, 2011, p. 179-180).

Historicamente,

o Direito praticado em Roma – que vicejou em torno das relações privadas, com o direito civil no centro do sistema – espalha-se pelos vastos territórios conquistados, sobrevivendo como base jurídica comum mesmo após a decadência do Império. Desenvolvido em seus conceitos pelos comentadores, sobretudo pela chamada escola de Pandectas, de origem germânica, daria origem à família jurídica romano-germânica, dominantes na Europa continental e posteriormente exportada para os domínios sob sua influência (BARROSO, 2009, p. 229).

Note-se a comprovação da premissa: as relações de luta e de poder forjam o conhecimento, ou seja, os dominantes da Europa continental impõem sua concepção de direito e a exportam. Por óbvio que a apresentação de Barroso é por demais simplificadora e vamos aprofundar essa argumentação.

Entretanto, por ora, avancemos.

O Estado moderno surge no século XVI, ao final da Idade Média, sobre as ruínas do feudalismo e fundado no direito divino dos reis. Na prática jurídica, predomina a herança comum do direito romano, ainda não reunido em diplomas legislativos sistemáticos. Na passagem do Estado absolutista para o Estado liberal, o Direito incorpora o jusnaturalismo racionalista dos séculos XVII e XVIII, matéria prima das revoluções francesa e americana. Começa a era das codificações, inaugurada pelo Código Napoleônico, de 1804, que espelha a pretensão racionalista da época. O Direito moderno, em suas categorias principais, consolida-se no século XIX, já arrebatado pela onda positivista, com *status* e ambição de ciência. *Surgem os mitos*. (BARROSO, 2009, p. 229. Grifo nosso).

Eis o surgimento de mitos que definem a compreensão do direito hodierno: a lei como expressão superior da razão, a dogmática jurídica como garantia da segurança e da justiça, o Estado como fonte única do direito e do poder, e o sistema jurídico entendendo-se como completo e autossuficiente. Pior, pois

separada da filosofia do Direito por incisão profunda, a dogmática jurídica volta seu conhecimento apenas para a sua própria estrutura, para a lei e ordenamento positivo, sem qualquer reflexão sobre seu próprio saber e seus fundamentos de legitimidade (BARROSO, 2009, p. 230).

Como posteriormente verificaremos, o direito pátrio será “inventado” precisamente sobre essas características, as clássicas. Assim apresentadas por Barroso (2009, p. 230):

Em síntese simplificadora, estas algumas das principais características do Direito na perspectiva clássica: a) caráter científico; b) emprego da lógica formal; c) pretensão de completude; d) pureza científica; e) racionalidade da lei e neutralidade do intérprete. Tudo regido por um ritual solene, que abandonou a peruca, mas conservou a tradição e o formalismo. Têmis, vendada, balança na mão, é o símbolo maior, musa de muitas gerações: o Direito produz ordem e justiça, com equilíbrio e igualdade.

Eis outra sorte de invenções travestidas de conhecimento e verdade: o direito como produtor da ordem, dispensador da justiça, atuando sempre com equilíbrio, em busca de proporcionar a igualdade, sem levar em conta que

o Direito [...] é uma forma irracional: não se sustenta por si. Não se pode compreendê-lo efetivamente sem referência à forma-mercadoria e à relação-capital, sendo os rumos do Direito dependentes dos rumos e das contradições da própria economia capitalista (SARTORI, 2011, p. 180).

Porém, de onde veio essa concepção idealista e quais relações de luta e de poder estão na invenção dessa concepção de direito? Encaminhamos nossa análise, assim, percorrendo as principais invenções (concepções) do direito, bem como alguns de seus principais expoentes. Por óbvio, não é escopo desta pesquisa perpassar toda a amplitude da filosofia do direito ocidental, de modo que, como tarefa argumentativa, propomo-nos tão somente analisar o jusnaturalismo, o juspositivismo e tentativas de superação do juspositivismo, uma vez que essa análise, a nosso sentir, é suficiente para dar sustentação às perspectivas críticas que apresentaremos.

Ora, o que se afirma – claro que de forma ideológica – é que, “muitas vezes o direito foi responsável por sacrificar um de seus grandes objetivos – a justiça – em nome da segurança jurídica” (FERNANDES; BICALHO, 2011, p. 106). E isso se explica na busca de limites ao poder arbitrário e ilimitado dos reis absolutistas, já que

a sociedade necessitava *afastar* a abertura do sistema jurídico *aos valores jusnaturalis*, uma vez que muitas atrocidades eram realizadas em nome do Direito e de seus princípios naturais (religiosos ou não). Nesse contexto, buscava-se *segurança jurídica e objetividade do sistema* (FERNANDES; BICALHO, 2011, p. 106).

Aprofundemos, então, o entendimento do que foi o jusnaturalismo, como se deu sua superação e como ocorreu a consolidação do positivismo jurídico, marca característica da formação jurídica brasileira.

#### 1.4.1 O jusnaturalismo

O jusnaturalismo é uma forma de concepção do direito que defende a existência de um direito natural.

Sua ideia básica consiste no reconhecimento de que há, na sociedade, um conjunto de valores e de pretensões humanas legítimas que não decorrem de uma norma jurídica emanada do Estado, isto é, independem do direito positivo. Esse direito natural tem validade em si, legitimado por uma ética superior, e estabelece limites à própria norma estatal (BARROSO, 2009, p. 235).

A generalização do termo *jusnaturalismo* foi aplicada a diferentes fases históricas, com conteúdos também diversos, que parte da Antiguidade Clássica grega, passa pela Idade Média e atinge nossos dias, apresentando-se, “fundamentalmente, em duas versões: a) a de uma lei estabelecida pela vontade de Deus; b) a de uma lei ditada pela razão” (BARROSO, 2009, p. 236). Façamos o caminho histórico.

Remonta aos gregos, de modo geral, e a Platão, mais especificamente, a noção de uma justiça inata, universal e necessária. Para Platão, a Ideia da justiça é sentida por cada indivíduo, mesmo que distante dos olhos do comum dos homens. Mais, para além da justiça humana, ineficaz e relativa (tanto que condenou Sócrates à morte), há uma justiça absoluta, infalível, governanta do *kósmos* e da qual nenhum infrator pode se esquivar. Assim, a justiça deve ser abordada no plano metafísico, e não meramente no plano terreno, humano e transitório, uma vez que, em Platão, a justiça tem raízes no Hades e o homem justo participa da ideia do justo e, por essa razão, é virtuoso. E mais, “Platão reconhece a obrigatoriedade do direito positivo, embora acredite na existência de uma justiça absoluta e, assim, na vigência de um direito natural” (KELSEN, 2000, p. 504).

Tal perspectiva, por sua vez, foi divulgada em Roma por Marcus Tullius Cícero (106-43 a.C.), penetrando fortemente depois no pensamento cristão que será hegemônico no período medieval. Cícero deixou uma vasta obra, marcada pelo sincretismo das influências de filosofias que o antecederam, advindas dos sofistas, de Sócrates, de Platão, de Aristóteles e de Epicuro. Em sua obra *Das leis* explicita:

Temos de explicar a natureza do Direito e buscaremos a explicação no estudo da natureza do homem. (...) a lei é a razão suprema da Natureza, que ordena o que se deve fazer e proíbe o contrário. Esta mesma razão, uma vez confirmada e desenvolvida pela mente humana, se transforma em lei. Se

tudo isto é certo, como creio que é, de um modo geral, então para falar de Direito devemos começar pela lei; e a lei é a força da Natureza, é o espírito e a razão do homem dotado de sabedoria prática, é o critério do justo e do injusto. [...] Sem dúvida, para definir Direito, nosso ponto de partida será a lei suprema que pertence a todos os séculos e já era vigente quando não havia lei escrita nem estado constituído. Por isso buscarei a fonte do Direito na Natureza, que há de ser nosso guia no curso de toda essa discussão (CÍCERO, 1967, p. 40-41)

Assim, temos a distinção, advinda da cultura grega, entre o direito positivo e o direito natural, melhor dizendo, entre o justo por natureza e o justo por lei ou convenção. Reale (1962, p. 530) afirma que na obra de Cícero há passagens de “invulgar beleza” a apresentar a lei como expressão da razão natural, a mesma em toda parte e eterna. “Bem poucas vezes a consciência da lei natural como momento essencial da ética atingiu tamanha beleza e precisão como na obra ciceroniana”. Porém, a beleza do discurso de forma alguma autoriza a crer que o direito romano se constituísse em instrumento ideal de controle social. Fiéis à precaução metodológica de Foucault que nos convoca a olhar as práticas e não as intenções, temos que o direito praticado em Roma se reveste das características de um forte individualismo, é promotor de desigualdades, além de ser acentuadamente patriarcal. Ariés e Duby (1990, p. 165), em sua *História da vida privada: do Império Romano ao ano mil*, são esclarecedores:

Em época normal, os costumes romanos são traduzidos com bastante exatidão pelo direito civil, cujo cordão umbilical com a moral vigente nunca foi realmente cortado; a técnica desse direito, mais verbal que conceptual e ainda menos dedutiva, permitia a seus profissionais entregarem-se a exercícios de virtuosismo. Tal direito realmente permitia obter justiça? Fazia respeitar as regras do jogo quando os indivíduos as violavam para oprimir o próximo? Numa sociedade tão desigual, desigualitária e atravessada por redes de clientelas, não é necessário dizer que os direitos mais formais não eram reais e que um fraco pouco tinha a ganhar processando os poderosos. E mais: mesmo quando não era violada, a justiça abria vias legais eficazes para obter o cumprimento do direito? Bastará um exemplo, no qual veremos que o poder público organiza a vendeta privada e não faz nada para impedir.

Foi a leitura de Cícero que despertou o jovem Agostinho para a filosofia e este, influenciado pelo neoplatonismo de Plotino, desenvolveu uma influente e significativa obra, que teve decisiva presença nos primeiros anos do período medieval. Nascido em 354, na cidade de Tagaste, norte da África, a obra de Agostinho estabelece o elo de transição entre a filosofia grega e a medieval. No início de sua atividade intelectual, seguiu a seita maniqueísta, a postular uma constante batalha entre os princípios do bem e do mal. O contato com Ambrósio, em Milão, e a leitura de Plotino levaram-no ao abandono do maniqueísmo e à conversão ao cristianismo, no qual foi ordenado sacerdote e, após quatro anos, sagrado bispo em Hipona, antiga cidade Numídia, onde veio a falecer, em 430. A dicotomia do pensamento



platônico norteou o pensamento agostiniano, com os polos corpo/alma, terreno/divino, temporal/eterno e, no tocante às leis, lei temporal/lei eterna, lei escrita/lei inscrita, lei humana/lei divina. A lei humana se ocupa do homem em sociedade e tem por fim a paz social, temporal, enquanto a lei eterna visa a realização da paz eterna.

Influenciado pelo pensamento das cartas de Paulo, Agostinho defende que a lei natural está inscrita por Deus no coração dos homens e a justiça não pode ser medida pelo que o homem faz e sim pelo dizer divino, já que o justo é dádiva divina. Explicita Agostinho (2001a, p. 388):

Está escrito: *o justo vive da fé*. Porque, como ainda não vemos nosso bem, é preciso que o busquemos pela fé. O próprio bem-viver não o obtemos com nossas próprias forças, se quem nos deu a fé, que nos leva a crer em nossa debilidade, não nos auxilia a crer em nossa debilidade, não nos auxilia a crer e a suplicar.

Patente o jusnaturalismo. Acrescente-se que a finalidade da lei humana, em Agostinho, não é outra senão a ordem, definida para dispor coisas iguais e desiguais, dando a cada qual o seu devido lugar.

Porventura a justiça é desigual e mutável? Não. Os tempos a que ela preside é que não correm a par, pois são tempos. [...] Não reparava que a justiça, a que os homens retos e santos se sujeitaram, formava nos seus preceitos um todo muito mais belo e sublime. Não varia na sua parte essencial, nem distribui e determina, para as diversas épocas, tudo simultaneamente, mas o que é próprio a cada uma delas (AGOSTINHO, 2001b, p. 67-68).

Quando da morte de Agostinho, os germanos já estão realizando a derrocada do Império Romano do Ocidente e trazendo sua própria concepção de direito que dará fundamento para a invenção do direito romano-germânico que, por sua vez, será a base do direito que aportará e será reinventado nas terras tropicais brasileiras, através do pacto colonial, como veremos.

Penetrando na Idade Média, vamos nos deparar com a obra de Tomás de Aquino (1221-1274), o tomismo: o mais influente sistema filosófico e teológico medieval. Seu autor figura como um dos maiores pensadores de todos os tempos, verdadeiro gênio metafísico que se destacou entre os escolásticos. Fundamentando-se na tradição aristotélica em detrimento da platônica-agostiniana, Tomás de Aquino edificou um sistema de saber marcado pela transparência lógica e conexão orgânica entre as partes. Reale (1962, p. 538), explicita-nos que, no tomismo, a lei eterna é expressão da razão divina, da qual não se separa, e governa todo o universo, mas que não deve ser confundida com a lei divina, que é a lei revelada, expressão da lei eterna, dada aos homens por Deus.

Pela elucidação de Mascaro (2013, p. 112):

Tomás de Aquino refina o pensamento agostiniano e o da tradição cristã medieval, trazendo-os mais próximos de Aristóteles e da base filosófica greco-romana. Sem abandonar o pressuposto da graça e da fé, Tomás insiste no fato de que há a possibilidade de o homem descobrir, na natureza, atos, comportamentos e medidas justos. Tais apreciações da natureza são mensuráveis pelo homem, mas se devem indiretamente a Deus. Assim, além dos mandamentos divinos obtidos por meio da revelação e da fé, há um espaço das leis naturais, que são divinas porque a natureza é criação de Deus, mas são passíveis do conhecimento humano.

De toda forma, vige o jusnaturalismo. Porém, se no jusnaturalismo de Agostinho havia a dicotomia entre as leis de Deus (justas) e as leis dos homens (injustas), em Tomás de Aquino temos três grandes tipos de leis: as que provêm de Deus são de dois tipos: eternas/divinas e naturais. Há ainda as leis humanas, positivas, que não são necessariamente injustas, como antes definia Agostinho. No tomismo, a lei natural é a participação do humano na lei eterna, uma espécie de reflexo da razão divina que possibilita às criaturas humanas conhecer os princípios da lei eterna. Observar o bem e evitar o mal é o preceito básico do direito natural. Já a lei divina é a compilação dos preceitos dados por Deus para orientar a conduta terrena dos homens, está presente no Antigo e Novo Testamento e é a complementação dos preceitos gerais e abstratos da lei natural.

De toda forma, a lei natural tem origem divina e pode ser compreendida pelo ser humano, como explica o próprio Tomás de Aquino (2005, p. 531):

Por isso, como todas as coisas que estão sujeitas à providência divina, são reguladas e medidas pela lei eterna, como se evidencia do que foi dito, é manifesto que todas participam, de algum modo, da lei eterna, enquanto por impressão dessa têm inclinações para os atos e fins próprios. Entre as demais, a criatura racional está sujeita à providência divina de um modo mais excelente, enquanto a mesma se torna participante da providência, provendo a si mesma e aos outros. Portanto, nela mesma é participada a razão eterna, por meio da qual tem a inclinação natural ao devido ato e fim. E tal participação da lei eterna na criatura racional se chama lei natural. [...] Daí se evidencia que a lei natural nada mais é que a participação da lei eterna na criatura racional.

Sem dúvida Tomás de Aquino, incorporando o pensamento Aristotélico em sua obra, inovou o sistema teológico e filosófico de sua época que, há séculos, era agostiniano. Aqui novamente podemos constatar como a concepção do direito (como o próprio conhecimento) é construída, fabricada, inventada. Após Tomás de Aquino, faz-se menção, por significativos e influentes, ao pensamento dos franciscanos John Duns Escoto (1270-1308)<sup>9</sup> e

---

<sup>9</sup> “Influenciado pela doutrina de Santo Agostinho e Santo Anselmo, John Duns Escoto (1270-1308), filósofo e teólogo escocês, considerado gênio precoce da Filosofia, fundou a nova Escola Franciscana e assumiu a postura antitomista da antiga Escola, representada por Guilherme de Mare e John Peckam. [...] Escoto reconheceu como Direito Natural os dois primeiros mandamentos do Decálogo [...] se alinhou entre os nominalistas, que negavam

Guilherme de Ockham (1290-1350)<sup>10</sup>, marcados pelo nominalismo e pelo voluntarismo. Aqui ocorre o epílogo da escolástica e o século XIV não produzirá grandes personalidades ou grandes sistemas.

Há que se mencionar também as questões envolvendo as disputas de jurisdição que, nessa época medieval colocam em confronto o poder dos reis com o poder papal. Nesse tema, abrindo as portas para a legitimidade do poder temporal, em antecipação à modernidade, polemiza Ockham (2002, p.119):

Mas, talvez, alguém diga que o papa, e não outrem, é o juiz supremo de todos os cristãos, logo também o é do imperador, se for cristão. Entretanto, esta assertiva pode ser refutada de várias maneiras. Uma delas é afirmando que o papa não é juiz de todos os cristãos, a não ser na esfera espiritual, à qual concerne o seu poder. Por isso, se mediante a autoridade papal, salvo um caso de necessidade e de utilidade, que é equiparável à necessidade, for promulgada alguma sentença relativa à esfera temporal ou a algo secular, com base no próprio direito, tal sentença é nula, pelo fato de ter sido proferida por um juiz incompetente para tanto, pois em tal esfera o papa não é o juiz, nem é de sua alçada fazer isso.

Muitos exemplos poderiam ser trazidos aqui, para ilustrar como “os homens entre si se odeiam, lutam, procuram dominar uns aos outros” e, com isso estabelecer saberes, como o episódio inglês à época do reinando de Henrique II que, em 1164 promulgara as *Constituições de Clarendon*, a abordar a questão do poder régio diante dos benefícios eclesiásticos, impondo sua jurisdição nas querelas relativas às terras da Igreja, vetando aos bispos sair do país sem autorização real e outras questões conflitivas em relação à Igreja. O Arcebispo de Cantuária, Thomas Beckett, apesar de amigo do rei Henrique II, opôs resistência às novas constituições. O reino ficou dividido até o assassinato de Beckett, perpetrado por amigos do rei, nas vésperas do Natal de 1170, em frente a sua catedral. Por mais que negasse qualquer participação no crime, Henrique II se viu obrigado a renunciar as proposições das *Constituições de Clarendon* consideradas ofensivas à Igreja. Eis as relações de poder determinando a fabricação do direito. Há mais, uma vez que a questão retornou com o segundo filho de Henrique II, o rei João Sem-Terra, sucessor de seu irmão Ricardo Coração de Leão, e que subiu ao trono em 1199. Acompanhemos:

João reinou (1199-1216) enquanto Inocêncio III era papa e ousou recusar o arcebispo de Cantuária, indicado por este. Em 1208, Inocêncio III impôs um

---

realidade aos universais, considerando-os apenas *nomina* [nomes]. Somente o individual possuiria substancialidade e o singular não poderia ser deduzido do geral” (NADER, 1990, p. 126).

<sup>10</sup> “Discípulo de Duns Escoto, o filósofo e teólogo inglês, Guilherme de Ockham (aprox.. 1290-1350), impregnou de radicalismo alguns pontos da doutrina de seu mestre. [...] O Direito Natural estaria contido, explícita ou implicitamente, nas Sagradas Escrituras. ele não distinguiu o Direito Natural da lei divina, afirmando que todo Direito, enquanto procede de Deus, pode ser chamado por Direito divino. A lei positiva também estaria sujeita às Sagradas Escrituras e quando contrariasse a lei divina não seria lei, não devendo ser seguida” (NADER, 1990, p. 127).

*interdito* (suspensão de parte do culto) à Inglaterra: excomungou João e fechou todas as igrejas. Sem igrejas, o cotidiano da vida medieval era sem sentido: nada de vida social, festas, encontros, distração, remédio e conforto para as aflições do corpo e da alma. João terminou por submeter-se. Finalmente, em 1215 no meio da revolta feudal dos barões, a *Magna Charta* abriu-se com uma garantia, de que a Igreja da Inglaterra fosse livre: *Quod Ecclesia Anglicana Libera Sit* (LOPES, 2002, p. 92).

A própria Magna Carta foi assinada a contragosto, em 1215, pelo rei João Sem-Terra, após os barões ingleses se rebelarem e, sempre em um jogo de forças, acabarem por impor limites ao poder do rei que, para tomar determinadas decisões, deveria consultá-los.

#### 1.4.2 O jusnaturalismo moderno.

O jusnaturalismo moderno difere da tradição aristotélico-tomista precisamente porque, no início da modernidade (século XVI), passa a vigorar o personalismo e o individualismo, com a reafirmação do sujeito e da razão individuais.

Mas a razão moderna é cada vez mais uma *razão instrumental* – ou seja, capaz de operar as relações entre meios e fins previamente dados, e uma *razão estratégica* – capaz de operar as relações de oportunidade de cursos de ação para alcançar fins determinados. Mas é cada vez menos aquilo que era para os clássicos: uma *razão prática*, capaz de deliberar sobre os fins, a escolha e hierarquização dos fins. Ela conhece dos meios, não dos fins. Os fins são plurais, distintos, individuais, incomunicáveis e em última instância indefiníveis ou irracionais. A razão moderna já não se preocupa em conciliar vontade e apetite, tema clássico da ética aristotélico-tomista. O espaço da razão é analítico e instrumental, para os modernos. Não cabe mais perguntar-se pelo fim das coisas: qual a finalidade do mundo, da criação? Sobre isso é melhor calar. As guerras de religião que haviam assolado a Europa, quando os Estados nacionais e absolutos buscavam definir questões das Igrejas e dogmas, deixaram um legado de ceticismo a respeito destes “temas últimos” (LOPES, 2002, p. 180).

Mais uma vez a “fábrica de ideais” modifica sua linha de produção e passa a fabricar uma nova concepção de direito, fruto das relações de luta e de poder da nova época que se inaugura, com seu novo modo de produção da vida material. Como já foi dito, vigora o personalismo e o individualismo, e a sociedade, antes encarada como um todo, passa a ser vista como a soma de indivíduos isolados que estabelecem um pacto social. Se antes a sociabilidade era uma característica natural do homem, reflexo do postulado aristotélico-tomista do *politikon zoon* (o homem como animal político por natureza), na modernidade os interesses dos homens não são convergentes, pelo individualismo e pelo egoísmo que lhes caracteriza. Por isso, o novo direito que se forja será *contratualista*; e seu papel, bem como o da autoridade, será a busca da paz e não mais da justiça, como teremos oportunidade de

aprofundar mais adiante. Quanto à teoria do contrato social, Mascaro (2013, p. 150) esclarece que

para os modernos, a sociedade é apenas uma união de indivíduos. Essa posição, individualista, tem por pressuposto a ficção de que, em princípio, havia seres humanos que viviam isolados, e que, em um momento posterior, passam a viver em sociedade. Essa teoria, para os filósofos modernos, é a teoria do *contrato social*. O que Aristóteles chamara de natureza humana, a natureza social do homem, o *zoon politikon*, os modernos inverterão, dizendo que, na verdade, a natureza humana é individual e a sociedade surge por *contrato*, ou seja, por mera deliberação da vontade, sendo, nesse caso, a vida social um acidente, e não necessária. A filosofia moderna erigirá, como base natural e necessária do homem, uma natureza individual (MASCARO, 2013, p. 150)

Já deixamos claro que a relação jurídica advinda do contrato é, sim, uma relação de vontade na qual se reflete uma relação econômica, aliás, “o conteúdo dessa relação jurídica ou de vontade é dado por meio da relação econômica mesma” (MARX, 1988, p. 79).

Além dessa mudança substantiva no direito, em seu conteúdo, ocorre também uma mudança na forma, com o surgimento de um novo estilo: o tratadismo, a apresentar princípios de modo sistemático e dedutivo. Nesse aspecto, explicita do historiador Lopes (2002, p. 181):

em oposição aos gêneros medievais, do *ius commune*, dos comentários de casos, leis, decisões, problemas particulares, o novo estilo é mais exposição sistemática, em princípios, em forma dedutiva. Assim como a matematização e a geometrização dos modelos influi no conhecimento da natureza (a modernidade é o tempo de Galileu, Leibniz, Newton), assim os filósofos morais e políticos começam a rejeitar o estilo casuístico e prudencial dos escolásticos e mesmo dos nominalistas. [...] O estilo jusnaturalista será o das demonstrações. O próprio Leibniz escreve, no século XVII sobre o direito natural e sobre o novo método de ensino do direito de *modo geométrico* (preciso e demonstrativo).

Com Hugo Grócio (1583-1645) se consolida o surgimento do jusnaturalismo moderno, a postular o direito natural como aquele que poderia ser reconhecido como válido por todos os povos, uma vez que seu fundamento é a razão. Grócio nasceu

na Holanda, na cidade de Delft, no ano de 1583, filho de pai protestante e mãe católica. Seus primeiros trabalhos intelectuais versaram sobre: filologia, poesia, história e teologia. A partir de 1607, ano em que inicia o exercício da advocacia na cidade de Haia (sede do governo holandês), passa a interessar-se pelas questões do Direito. Sua principal obra, na qual expõe sua concepção do Direito Natural, é *De Jure Belli ac Pacis*, publicada no ano de 1625 (BITTAR; ALMEIDA, 2012, p. 283).

Se durante toda a Idade Média havia uma subordinação do direito à teologia, Grócio estabelece uma postura inovadora ao afirmar que o direito não é, como afirmavam seus antecessores, fruto de uma revelação divina. Aliás,

de modo veemente declarou que o Direito Natural independia da vontade divina: “o Direito Natural existiria mesmo que Deus não existisse, ou ainda que Deus não cuidasse das coisas humanas”. [...] A natureza humana, por sua dimensão social, seria o fundamento do Direito Natural. Foi a partir desta visão racionalista que se originou a chamada Escola Clássica do Direito Natural, da qual Hugo Grócio foi o seu primeiro corifeu e que se estendeu até o séc. XVIII, quando atingiu o apogeu com a filosofia de Rousseau (NADER, 1990, p. 131).

É decisiva a contribuição de Grócio para a criação do direito internacional, o *direito das gentes* que regula o convívio das diversas nações e deriva da lei natural. Seja a relação entre os indivíduos, seja a relação entre indivíduos e governos e, enfim, sejam as relações entre os diversos Estados, todas estão embasadas na ideia de um contrato. É de Grócio a famosa máxima do direito internacional: *pacta sunt servanda* (“os pactos existem para serem cumpridos”). Ora, verifiquemos o que está ocorrendo em torno de Grócio para que se inventasse essa forma de conceber o direito: ele

é um holandês, cujo ambiente e momento histórico incluem a consolidação da independência das Províncias Unidas (Holanda e Países Baixos), e a respectiva disputa pela hegemonia do comércio mundial, ou pelo menos pela abertura dos mares, além das disputas internas do calvinismo, pela tolerância recíproca dos cristãos (reformados) (LOPES, 2002, p. 188).

Sempre as relações de luta e de poder, uma relação de vontade onde se reflete uma relação econômica. Ressaltar que Grócio foi perseguido, fugiu para a França e depois para a Suécia onde, antes, Descartes já estivera acolhido pela rainha Cristina. A ordem feudal aos poucos vai de desfazendo e, com a mudança do modo de produção da vida material, o jusnaturalismo clássico vai dando lugar ao jusnaturalismo moderno, associado ao iluminismo e em contraponto com a tradição medieval agora definida como preconceituosa e envolta em trevas.

A referida doutrina da Escola Clássica do Direito Natural apresentava quatro pontos fundamentais, como sistematiza Nader (1990, p. 132):

1º) o reconhecimento de que a natureza humana seria fonte do Direito Natural; 2º) a admissão da existência, em épocas remotas, do estado de natureza; 3º) o contrato social como origem da sociedade; 4º) a existência de direitos naturais inatos.

Ora, o que está sendo fabricada aqui é a laicização do direito natural caracterizado por ser eterno, imutável e universal. Tal perspectiva foi a que adotaram expoentes da filosofia como Hobbes, Spinoza, Locke, Puffendorf, Tomásio e Rousseau. No ensino de Barroso (2009, p. 236),

o direito natural moderno começa a formar-se a partir do século XVI, procurando superar o dogmatismo medieval e escapar do ambiente teológico em que se desenvolveu. A ênfase na natureza e na razão humanas, e não

mais na origem divina, é um dos marcos da Idade Moderna e base de uma nova cultura laica, consolidada a partir do século XVII.

Com a formação dos Estados nacionais, com a chegada dos europeus à América e com a reforma protestante, o século XVI vê o início da modernidade, o desenvolvimento de um ambiente cultural que não está mais totalmente ligado à teologia cristã e a invenção dos novos ideais de conhecimento e de liberdade.

O jusnaturalismo passa a ser a filosofia natural do Direito e associa-se ao iluminismo na crítica à tradição anterior, dando substrato jurídico-filosófico às duas grandes conquistas do mundo moderno: a tolerância religiosa e a limitação ao poder do Estado. A burguesia articula sua chegada ao poder (BARROSO, 2009, p. 236-237).

Ora, a defesa dos direitos naturais deu sustentação para as revoluções liberais e lastro para doutrinas políticas de cunho individualista em confronto com a monarquia absolutista. Porém, não avancemos sem deixar uma palavra sobre o iluminismo que, como acenamos, foi profundamente criticado pela Escola de Frankfurt e inventou a crença de que a razão nos libertaria de toda e qualquer opressão. Como sintetiza Barroso (2009, p. 236-237),

Iluminismo designa a revolução intelectual que se operou na Europa, especialmente na França, no século XVIII. O movimento representou o ápice das transformações iniciadas no século XIV, com o Renascimento. O antropocentrismo e o individualismo renascentistas, ao incentivarem a investigação científica, levaram à gradativa separação entre o campo da fé (religião) e o da razão (ciência), determinando profundas transformações no modo de pensar e de agir do homem. Para os iluministas, somente através da razão o homem poderia alcançar o conhecimento, a convivência harmoniosa em sociedade, a liberdade individual e a felicidade. Ao propor a reorganização da sociedade com uma política centrada no homem, sobretudo no sentido de lhe garantir a liberdade, a filosofia iluminista defendia a causa burguesa contra o Antigo Regime. Alguns nomes merecem destaque na filosofia e na ciência política: Descartes, Locke, Montesquieu, Voltaire e Rousseau.

Não analisaremos a lista de autores acima proposta, para não perder de vista que nosso objeto de análise para o momento é o jusnaturalismo moderno e a nova concepção de direito que se forja. Entretanto, convém observar com Mascaro (2013, p. 129-161) que na Idade Moderna (séculos XV ao XVIII) temos, ao menos, três grandes movimentos: o *renascimento* (no início), o *absolutismo* (a partir do século XVI) e o *iluminismo* (com início no século XVII e apogeu no século XVIII). Ademais, durante todo o período, não se podem descartar as questões de direito medieval, de caráter teológico, que permanecem vivas e presentes nos embates que se travaram nos movimentos da Reforma e da Contrarreforma.

O renascimento, assim chamado por buscar inspiração juntos aos clássicos que pareciam mortos no medievo, deslocou o eixo da fundamentação teórica de Deus para o homem – por isso é também chamado *humanismo*.

Porém, embasados em premissas já apresentadas, ter presente que

o humanismo amparado na linguagem jurídica não vai às raízes da desumanidade contra a qual diz protestar; antes, a própria forma jurídica não é expressão senão da irracionalidade da “relação econômica mesma” que se desenvolve contraditoriamente sob a égide do capital. De certo modo, trata-se de um linguajar amparado na “pessoa”, o qual supõe como evidentes e naturais as relações mercantis capitalistas calcadas na própria relação-capital, sempre desumana. “Pessoa” e o aviltamento da personalidade, assim, aparecem lado a lado (SARTORI, 2011, p. 175).

Além desse aspecto, analisa-se que, tradicionalmente, a política era entendida como emanção da vontade divina e “o renascimento apontará para caminho distinto: o poder pertence aos homens, ao seu engenho, astúcia e capacidade” (MASCARO, 2013, p. 129). É uma nova postura que abrirá caminho para novas formas jurídicas. Mais: não apenas se forja uma nova ciência: forjam-se os Estados nacionais modernos, forja-se o mercado, forja-se uma nova sociedade que abandona as antigas ordens (dos guerreiros, dos religiosos, dos trabalhadores...) e vivencia um estilo de vida cada vez mais aburguesado, no qual se transformam em prestações pecuniárias os antigos deveres feudais e pessoais. Como advertido por Pachukanis (1988, p. 76):

Do mesmo modo que os atos de troca da produção mercantil desenvolvida foram precedidos por atos ocasionais e formas primitivas de troca, tais como, por exemplo, os presentes recíprocos, assim também, o sujeito jurídico, com toda a esfera de domínio jurídico, foi morfológicamente precedido pelo indivíduo armado, ou, com maior frequência, por um grupo de homens (gens, horda, tribo), capaz de defender no conflito, na luta, o que para ele representava a suas próprias condições de existência. Esta estreita relação morfológica estabelece uma clara ligação entre o tribunal e o duelo, entre as partes de um processo e os protagonistas de uma luta armada.

Assim, forja-se um novo direito natural que, desde o final do século XVI, gestava-se na Escola de Salamanca. Segundo Lopes (2002, 183):

Salamanca torna-se o centro de um debate filosófico, teológico, jurídico e político da maior importância e, num certo sentido, torna-se a precursora do jusnaturalismo moderno, ainda que de fato esteja direta e explicitamente ligada ainda à escolástica e ao tomismo. O primeiro representante, considerado fundador da escola, é Francisco de Vitória (1480-1546), teólogo e frade dominicano. O último dos teólogos juristas de Salamanca será Francisco Suárez (1548-1617), um jesuíta. Entre os dois estão Domingos de Soto, Molina, Belarmino. De Vitória, as obras mais importantes são as duas lições sobre os índios (*De Indiis*) e sobre o direito da paz e da guerra. De Suárez, a obra mais importante é seu tratado *Das Leis (De Legibus ac Deo Legislatore)*, de 1610.



Quanto ao novo direito natural, este

distingue-se do Direito Natural clássico por sua antropologia: o ser humano é essencialmente, para os modernos, um indivíduo que se associa, sua sociabilidade corresponde a uma tendência natural (apetite), mas já não é sua condição existencial, ou sua natureza, no sentido medieval. A natureza ou substância de um ser, segundo a metafísica tomista, é uma especial união de forma substancial (estrutura) e matéria. A Antropologia moderna dispensa a forma substancial, pois esta, para ser entendida, pressupõe uma finalidade no ser (um relógio é relógio por ter uma certa finalidade, e uma pessoa humana é pessoa humana por ter uma certa finalidade, que lhe é substancial). A natureza não tem finalidade, pois é mecanismo puro e simples; já os homens estão divididos quanto à sua finalidade, e as guerras de religião e as guerras civis eram prova evidente disto. O direito natural moderno deve ser, pois, uma regulação das individualidades, um mínimo que permita a convivência dos opostos. Deve garantir a paz (LOPES, 2002, p. 217).

Com isso, as questões jurídico-políticas ganham uma nova perspectiva, com conselhos para o governante sobre a forma de manter a ordem e o poder, fomentando, desde então, a tradição absolutista. Como maior representatividade desse novo saber, forjado no contato com o poder, temos a obra e ação de Nicolau Maquiavel (1469-1527), florentino do apogeu comercial de Florença e das demais cidades italianas. Sua principal obra é *O príncipe*, dedicada ao governante Lourenço de Médici e que traz conselhos a quem governa. Se a perspectiva da tradição medieval afirmava o poder e o governo como dons divinos, Maquiavel rompe com tal visão e apresenta o político como responsável pelos rumos do governo. É certo que o destino – a *fortuna* – tem influência na vida em sociedade, porém isso não descarta a ação política. Ademais, deve-se a *virtù* do político, isto é, às suas qualidades e capacidades, o encaminhamento da sociedade. Ensina Maquiavel (2008, p. 177):

Não ignoro como muitos foram e são de opinião que as coisas do mundo são governadas pelo destino e por Deus, que os homens, com sua prudência, não podem corrigi-lo, de modo que não possuem, assim, nenhum remédio. Por isso, podem julgar que é melhor não se preocupar muito com as coisas, mas deixar-se governar pelo destino. Esta opinião é a mais aceita em nossos tempos, pelas grandes modificações das coisas, que foram vistas e se veem fora de qualquer conjetura humana. Pensando nisso, algumas vezes, em certas coisas, inclinei-me à opinião deles. Não obstante, para que nosso livre arbítrio não seja em vão, creio poder ser verdade que o destino seja árbitro de metade de nossas ações, mas que nos deixe governar a outra metade, ou quase.

Como se vê,

Maquiavel desloca o eixo da filosofia política do campo da destinação divina para o campo da ação humana. O adjetivo “maquiavélico”, imputado pela Igreja a tudo aquilo que lhe seja contrário ou ruim, na verdade revela o preconceito para com uma visão de mundo realista, como foi o caso da renascentista, que não se pauta por uma metafísica teológica. Além disso, o renascimento, não se valendo das categorias teológicas então consolidadas,

busca sua inspiração filosófica – e também política e jurídica – na tradição grego-romana (MASCARO, 2013, p. 129-130).

Nesse passo, juntamente com teóricos como Jean Bodin (1530-1596), o renascimento se fecha e abrem-se as portas do absolutismo. Na síntese de Gramsci (2000, p. 30-31):

Maquiavel é um homem inteiramente de seu tempo e sua ciência política representa a filosofia da época que tende à organização das monarquias nacionais absolutas, a forma política que permite e facilita um novo desenvolvimento das forças produtivas burguesas. [...] Bodin funda a ciência política na França num terreno muito mais avançado e complexo do que aquele oferecido pela Itália a Maquiavel. [...] Com Bodin, tende-se a desenvolver a monarquia absoluta.

E, efetivamente, foi o que aconteceu. No medievo, o senhor feudal se respaldava na tese de que seu poder derivava do poder divino; agora tal tese respaldará o poder dos reis. Se, antes, os renascentistas se preocupavam em apresentar uma explicação humana e social do poder, no absolutismo a explicação do poder real será teológica. Essa nova forma de saber, inclusive, acalmou as tensões teológicas muito significativas nos emergentes estados nacionais. Como ensina Mascaro (2013, p. 132):

O monarca soberano, por essa teoria, tem dois corpos, um secular, humano, e outro teológico, divino. [...] O Absolutismo, lastreado numa teoria do poder divino, dá margem, justamente, a neutralizar as próprias disputas teológicas havidas no seio dos Estados nacionais que surgiam. As disputas entre católicos e protestantes pela influência junto ao poder dos reis desloca o problema teológico do campo da argumentação ou da justificativa moral de cada ato, regulamento ou norma para um campo distinto: o Rei estava acima dos reclames morais, na medida em que seu poder era advindo de Deus de modo absoluto.

Há um ajuste na fábrica: a forja realiza um deslocamento e, ao invés de forjar saberes sobre a moral e a justiça no campo do conteúdo, passa para discussão da forma, antecipando a vitória que, na Idade Contemporânea, terá o juspositivismo, o que levará o Estado moderno a se impor como fundamento do jurídico e do justo. Esse Estado é fruto de um pacto social, que tem origem no medo da discórdia e na incapacidade dos homens promoverem a paz, como explicitado em *Do cidadão*:

devemos portanto concluir que a origem de todas as grandes e duradouras sociedades não provém da boa vontade recíproca que os homens tivessem uns para com os outros, mas do medo recíproco que uns tinham dos outros (HOBBS, 2002, p. 28).

Porém, é necessário mais que um pacto: há que se transferir todo poder a um homem ou uma assembleia que terá poder absoluto para, assim, promover a segurança e a paz. Nas palavras do próprio Hobbes (2008, p. 147):

A única maneira de instituir um tal poder comum, capaz de os defender das invasões dos estrangeiros e dos danos uns dos outros, garantindo-lhes assim uma segurança suficiente para que, mediante o seu próprio labor e graças aos frutos da terra, possam alimentar-se e viver satisfeitos, é conferir toda a sua força e poder a um homem, ou a uma assembleia de homens que possa reduzir todas as suas vontades, por pluralidade de votos, a uma só vontade. Isso equivale a dizer: designar um homem ou uma assembleia de homens como portador de suas pessoas, admitindo-se e reconhecendo-se cada um como autor de todos os atos que aquele que assim é portador de sua pessoa possa praticar ou levar a praticar, em tudo o que disser respeito à paz e à segurança comuns; todos submetendo desse modo as suas vontades à vontade dele, e as suas decisões à sua decisão. Isto é mais do que consentimento ou concórdia, é uma verdadeira unidade de todos eles, numa só e mesma pessoa, realizada por um pacto de cada homem com todos os homens [...]. Feito isso, a multidão assim unida numa só pessoa chama-se *República*, em latim *Civitas*. É esta a geração daquele grande Leviatã, ou antes (para falar em termos mais relevantes), daquele *Deus mortal*, ao qual devemos, abaixo do *Deus imortal*, a nossa paz e defesa.

Efetivamente, o absolutismo teve seu mais vigoroso marco teórico em Thomas Hobbes (1588-1679), inglês que vivenciou as turbulências políticas de seu país, com a realeza inglesa passando por agressivos ataques, bem como por momentos de restauração. Hobbes, segundo Reale e Antiseri (1990b, p. 485-486),

depois de ter concluído seus estudos superiores em Oxford, a partir de 1608 tornou-se preceptor junto à poderosa casa dos Cavendish, condes de Devonshire, à qual ficou longamente ligado. Também foi preceptor de Carlos Stuart (o futuro rei Carlos II), em 1646, ou seja, no período em que a corte estava no exílio em Paris, pois Cromwell havia assumido poderes ditatoriais em Londres. Com a restauração dos Stuart, Hobbes obteve uma pensão do rei Carlos II (de quem, como dissemos, fora preceptor), podendo assim dedicar-se com tranquilidade aos estudos. Os últimos anos de sua vida, porém, foram amargurados pelas polêmicas suscitadas por seu pensamento muito ousado e, sobretudo, pelas acusações de ateísmo e de heresia, das quais teve que se defender, enfrentando inclusive exigentes estudos sobre a jurisprudência inglesa relativa aos crimes de heresia.

Na obra *Leviatã*, de 1651, retrata o ser humano como agressivo e egoísta por natureza, em busca de seus próprios interesses unicamente e desinteressado da sorte dos outros homens. O que reprime a tendência humana do homem ser lobo do próprio homem (*homo homini lúpus*) e evitada a guerra total de todos contra todos (*bellum omnium contra omnes*) é a criação do Estado. Assim, na produção dos saberes, Hobbes é contratualista e jusnaturalista; no *Leviatã* é explícito:

as leis da natureza são imutáveis e eternas, pois a injustiça, a ingratidão, a arrogância, o orgulho, a iniquidade, a acepção de pessoas etc. jamais podem ser tornados legítimos. Pois nunca poderá ocorrer que a guerra preserve a vida e a paz a destrua. [...] Ora, a ciência da virtude e do vício é a filosofia moral, portanto a verdadeira doutrina das leis de natureza é a verdadeira filosofia moral (HOBBS, 2008, p. 136).

Sua obra é de capital importância tanto para a filosofia política, como para o direito moderno e, na fábrica de ideias, Hobbes forja o *individualismo*, conceito fundamental para o interesse capitalista emergente, uma vez que o direito natural deriva da liberdade que o ser humano possui para fazer todo o necessário para preservar a própria vida. Por isso,

não é por um valor altruístico que se funda o direito natural: é pelo impulso necessário no homem de defesa de si próprio. É de um pendor individualista que se constrói o eixo do direito natural. O direito natural hobbesiano nada tem de natural no seu sentido de apreensão do toda da natureza e de suas leis. O que se possa chamar por natural no máximo está ligado a um pendor da natureza individual (MASCARO, 2013, p. 168).

Porém, a razão – que é lei natural em Hobbes – não impera sobre as inclinações passionais humanas, por isso se forja a necessidade de um poder capaz de manter a segurança e a paz, e que concretize as leis naturais: o poder do soberano, no Estado. Ademais, esse soberano, por meio do pacto social, recebe dos indivíduos um poder que é absoluto e que não se submete sequer às leis naturais. É ele (o soberano) quem determina o justo e o injusto; “sua autoridade é a justiça, e justo ao súdito é se submeter às leis civis, e não às leis naturais” (MASCARO, 2013, p. 171). Apenas o direito de utilizar todos os meios para preservação da própria vida abre a única possibilidade de desobediência civil, ou seja, o direito de autodefesa.

Mas, como é vão alguém ter direito ao fim se lhe for negado o direito aos meios que sejam necessários, decorre que, tendo todo homem direito a se preservar, deve também ser-lhe reconhecido o direito de utilizar todos os meios, e praticar todas as ações, sem as quais ele não possa preservar-se (HOBBS, 2002, p. 31).

Embora muitos estudiosos de Hobbes o aproximem do pensamento medieval e escolástico, no séc. XX tivemos comentadores (cf. RUBY, 1998) defendendo que, apesar de Hobbes fazer apologia ao poder absoluto do Estado, colocando-se distante dos interesses da burguesia, podemos encontrar nele vários elementos liberais: o individualismo (como já assinalamos), a garantia da propriedade, e a preservação da paz e segurança indispensáveis para os negócios. É a fábrica de ideias em ação, que tem a base material como fundamento de sua produção.

### 1.4.3 O iluminismo

Para não perder o fio da meada, estamos a analisar o jusnaturalismo moderno. Ainda nessa tendência jusnaturalista, corroborando que “o problema de se ao pensamento humano corresponde uma verdade objetiva não é um problema da teoria, e sim um problema prático” (MARX, 1960, p. 208), a linha produção absolutista, sempre num jogo de forças, interesses e lutas, terá seu contraponto com a produção das ideias nos séculos XVII e XVIII,

elaboradas na Inglaterra por Locke, na França por Voltaire, Rousseau e Montesquieu e na Alemanha por Kant: o iluminismo, cujo ponto de unidade está fundamentarem-se os autores no uso da *razão*: o novo mito reinventado e travestido. O ensino de Mascaro (2013, p. 133), elucida esse aspecto e apresenta o porquê de seu nome:

Tal qual o Renascimento e o Absolutismo, o Iluminismo não é um movimento unificado, de pensadores que tenham tido sempre premissas comuns. São, todos, grandes modos abertos de pensar determinados problemas. O Iluminismo é composto por pensadores que, muitas vezes, debatiam entre si sobre pontos fundamentais, mas apresenta como identidade a busca de se fundar na *razão*. Seu inimigo, o Absolutismo, extraía o poder do soberano de Deus, portanto, de um procedimento formal teológico. O Iluminismo, creditando tal visão às trevas da fé, insistirá nas luzes da razão, e daí a origem de seu nome.

Fiéis às nossas premissas de análises, a ascensão da burguesia inglesa, que culminará na Revolução Gloriosa, de 1688 (com todas as fagulhas da disputa pelo poder), está na base material e é o pano de fundo de lutas e interesses políticos que servirá de cenário para a invenção dos saberes de John Locke (1632-1704). Na narrativa dos historiadores Reale e Antiseri (1990b, p. 505):

Em 1689, Guilherme de Orange e sua mulher Maria Stuart foram chamados ao trono pelo Parlamento inglês. Assim coroa-se a vitória plena dos fautores do regime de monarquia parlamentar, pela qual Locke sempre se havia batido. E assim, voltando a Londres, ele pôde colher os louros merecidos do sucesso. Foram-lhe oferecidos cargos e honrarias. Sua fama espalhou-se por toda a Europa. Entretanto, ele recusou as ofertas que mais exigiam dele para poder se concentrar predominantemente em sua atividade literária.

Segundo Mascaro (2013, p. 173), Locke “é o mais destacado pensador da filosofia burguesa moderna, em ascensão na Inglaterra de seu tempo” e, como vimos, participou ativamente da Revolução Gloriosa e do *Bill of Rights* inglês (a declaração de direitos inglesa), com a delimitação dos poderes reais e o início da democracia parlamentar europeia. Apesar de contemporâneo de Hobbes, não possui a visão pessimista deste no que diz respeito ao estado de natureza, uma vez que o conceitua como um estado de paz, e o contrato social, que dá origem ao Estado Civil, se realiza dada a necessidade de um “terceiro”, de um juiz imparcial, que julgue as inevitáveis disputas da vida social, a partir do consentimento dos próprios membros da sociedade.

Sendo todos os homens [...] naturalmente livres, iguais e independentes, ninguém pode ser privado dessa condição nem colocado sob o poder político de outrem sem o seu próprio consentimento. A única maneira pela qual uma pessoa qualquer pode abdicar de sua liberdade natural e revestir-se dos elos da sociedade civil é concordando com outros homens em juntar-se e unir-se em uma comunidade, para viverem confortável, segura e pacificamente uns

com os outros, num gozo seguro de suas propriedades e com maior segurança contra aqueles que dela não fazem parte (LOCKE, 2005, p. 468).

Fundamenta-se, assim, como a produção intelectual de Locke é fabricada “em favor da burguesia em ascensão, justificando a revolução liberal burguesa na Inglaterra, e, depois, servindo à luta burguesa nos Estados Unidos da América, na França e em boa parte da Europa do século XVIII” (MASCARO, 2013, p. 184), corroborando nossa tese de que as disputas de poder estão por detrás das invenções do saber, e que “o modo de produção da vida material condiciona o processo da vida social, política e espiritual em geral” (MARX, s/d, p. 301).

Com isso, em contraponto aos demais filósofos modernos, chegamos a Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) que “está no limite entre a visão jurídica burguesa e a crítica contemporânea, que de algum modo antecipa” (MASCARO, 2013, p. 207). Sem a pretensão de esgotar o vasto alcance do pensamento rousseauiano, limitamo-nos a análise de seu contratualismo e de seu jusnaturalismo, uma vez que abordamos os autores em vista de comprovar como o direito é uma invenção e que esta invenção se dá a partir das bases materiais da produção da vida, nas disputas de poder. Como Rousseau foi um crítico de seu tempo, divergindo substancialmente da avaliação que os enciclopedistas da época faziam da sociedade, da história humana e seus produtos, seu pensamento foi execrado pelo *status quo* e seus principais livros “foram condenados pelas autoridades civis e eclesiásticas, tanto em Paris como em Genebra, por uma espécie de conjura entre crentes, ateus e deístas” (REALE; ANTISERI, 1990b, p. 759). A fábrica de ideias não aprecia ser denunciada em sua farsa, nem que se desvelem suas mesquinhas. E, como ensina Mascaro (2013, p. 184-185) Rousseau foi

o mais popular, avançado e crítico dos filósofos modernos [...] foi também objeto de grande polêmica e admiração. Os mais importantes revolucionários franceses, como Robespierre, estimavam-no e fizeram de suas ideias lemas para as fases avançadas da Revolução. Ao mesmo tempo, a burguesia, a igreja e o pensamento conservador o têm como um dos seus grandes incômodos.

Rousseau é original ante os demais modernos iluministas por não exaltar a razão contra as trevas da fé, bem como por não entender a civilização como o apogeu da vida humana. Pelo contrário, a valorização do luxo e a criação de necessidades artificiais torna os homens escravos de seus caprichos e, como pontua Mascaro (2013, p. 186), “aquilo que se pretende civilizado é uma máscara dos baixos interesses dos homens”. Mais: à questão de saber se as ciências e as artes contribuem para o aperfeiçoamento dos costumes, em oposição à intelectualidade da época, Rousseau responde: não! Além disso, sua postura foi considerada

escandalosa porque as letras, as artes e as ciências que os enciclopedistas tomavam como causa de progresso, Rousseau as tomava como causa dos males sociais. Aliás, as letras, as artes e as ciências nasceram dos vícios da arrogância e da soberba e, ao invés de fomentar a felicidade humana, consolidaram os vícios que as originaram. No *Discurso sobre as ciências e as artes*, esclarece Rousseau (1997, p. 203.):

A astronomia nasceu da superstição; a eloquência, da ambição, do ódio, da adulação, da mentira; a geometria, da avareza, a física, de uma curiosidade infantil; todas elas, e a própria moral, do orgulho humano. As ciências e as artes devem, portanto, seu nascimento a nossos vícios: teríamos menor dúvida quanto às suas vantagens, se o devessem a nossas virtudes.

Outra original abordagem rousseauiana se refere ao surgimento da propriedade privada que, para Rousseau, é a causa da derrocada da felicidade natural humana e de muitos sofrimentos sociais. Ademais, a vida social é gerada, precisamente, pela apropriação dos bens naturais por parte de alguns. Nas palavras de Rousseau (2005, p. 200):

O primeiro que, tendo cercado um terreno, atreveu-se a dizer: *Isto é meu*, e encontrou pessoas simples o suficiente para acreditar nele, foi o verdadeiro fundador da sociedade civil. Quantos crimes, guerras, assassinios, quantas misérias e horrores não teriam poupado ao gênero humano aquele que, arrancando as estacas ou enchendo o fosso, houvesse gritado aos seus semelhantes: “Evitai ouvir esse impostor. Estareis perdidos se esquecerdes que os frutos são de todos e que a terra não é de ninguém!” Porém, ao que tudo indica, então as coisas já haviam chegado ao ponto de não mais poder permanecer como eram, pois essa ideia de propriedade, dependente de muitas ideias anteriores que só puderam nascer sucessivamente, não se formou de uma só vez no espírito humano

A análise de Prado Jr. (2008, p. 409) aprofunda o tema, especificamente, na linha da tese que aqui defendemos:

Com Rousseau, o centro de gravidade da reflexão política se desloca da esfera do saber para a do poder, ou da esfera da razão para a da paixão, ou ainda da do Discurso para a da Força. As vontades, as paixões, mesmo os direitos reivindicados remetem a uma Econômica ou uma Dinâmica onde se opõem proprietários e despossuídos, fortes e fracos, dominantes e dominados. Não se trata mais de difundir o saber, mas o de *organizar forças dadas*, ou de neutralizar um conflito existente desde sempre, contando apenas com as forças (demasiado humanas) disponíveis. É a *diferença social* que vem finalmente à tona, tornando necessária a determinação dos meios de suprimi-la. O que há de irracional ou intolerável na organização social não lhe advém, como que de fora, de uma administração desamparada pela razão e obscurecida pela ignorância. Advém-lhe, sim, de seu próprio coração ou de sua natureza íntima, já que as instituições, ou as sociedades políticas, nasceram justamente da necessidade de legitimar e de garantir a permanência da desigualdade que terminou por emergir nas sociedades pré-políticas.

Ora, o estado de guerra é instaurado por meio da luta pela propriedade privada, pela competição e pela vaidade entre os homens e, a partir disso, os poderosos propõem um

pacto aos fracos que, facilmente, é admitido e, nele embasado, se institui o direito e as leis. Como assinalado por Mascaro (2013, p. 194), “a ordem política e jurídica nasce, portanto, de um contrato social espúrio. [...] O contrato que os ricos fazem os pobres concordarem é para garantir a ordem jurídica e política da própria exploração”.

Mas, como acenado anteriormente, o contratualismo e o jusnaturalismo de Rousseau são peculiares: “o jusnaturalismo moderno, burguês, caracteriza-se pela compreensão de uma lei extraída racionalmente de cada indivíduo. Rousseau, pelo contrário, constrói o acesso à lei natural no turbilhão de sentimentos e afecções humanas” (MASCARO, 2013, p. 203). No *Emílio*, esclarece Rousseau (2004, p. 323):

Tentaria mostrar como dos primeiros movimentos do coração erguem-se as primeiras vozes da consciência, e como nascem as primeiras noções do bem e do mal dos sentimentos de amor e de ódio; mostraria que *justiça* e *bondade* não são apenas palavras abstratas, meros seres morais formados pelo entendimento, mas verdadeiras afecções da alma iluminadas pela razão, que não são mais que um progresso ordenado de nossas afecções primitivas; que pela mera razão, independentemente da consciência, não podemos estabelecer nenhuma lei natural; e que todo o direito da natureza não passa de uma quimera se não é fundamentado numa necessidade natural ao coração humano.

E mais, diversamente de Hobbes, o homem é bom por natureza e é a sociedade que o corrompe, por meio das convenções que a mesma estabelece. Porém, o jusnaturalismo rousseauiano não propugna um retorno ao estado de natureza um dia havido e sim acredita na possibilidade de outra natureza futura para os homens, embasada na razão e no sentimento. Se para os demais contratualistas o fim do Estado é proteger o indivíduo, para Rousseau a finalidade é transformá-lo. Isso é peculiar em Rousseau, como diz Mascaro (2013, p. 206):

Ao propugnar uma outra natureza aos homens, em face de todo o quadro geral do pensamento jurídico e filosófico moderno, Rousseau guardará uma posição muito especial. Ao mesmo tempo em que está preso aos limites político-econômicos da burguesia, imaginando o Estado a partir da união de indivíduos formalmente iguais, Rousseau dá um passo para uma compreensão crítica do indivíduo e da sociedade em face da economia e da propriedade.

Nesse sentido, Engels e Marx, por exemplo, farão referência a Rousseau, porém,

a verdade é que as manifestações expressas de Marx sobre Rousseau são, no mais das vezes, sarcásticos reproches ao caráter abstrato de sua crítica à sociedade capitalista e ao que há de parcial e ilusório no programa de emancipação simplesmente política apresentado no *Contrato social*. Do mesmo modo, é quase impossível encontrar entre os autores da Escola de Frankfurt, ou na obra heideggeriana, mais do que escassíssimas menções ao nome de Rousseau. Todavia, a despeito da falta de reconhecimento, a verdade é que Rousseau ocupa uma



posição fundadora dentro da tradição de pensamento em que os pensadores recém aludidos se enquadram, admitam e queiram eles isso ou não (TORRES, 2009).

Do que vimos é possível, então, depreender que o pensamento de Rousseau reflete a efervescência de seu tempo e apresenta um romantismo no qual está certo desprezo pelo que ocorre na realidade política, e em seu racionalismo, nas denúncias que faz, em sua revolta doutrinal podem ser percebidas as lições que sintetizam os anseios de uma época.

Quando em 1776, Thomas Jefferson redigiu a Declaração de Independência dos Estados Unidos, como pano de fundo estavam lá as ideias jusnaturalistas. Depois, quando a Revolução Francesa ocorreu, em 1789, a consequente Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão também estava impregnada de jusnaturalismo. Reza o seu artigo 2º: “O fim de toda associação política é a conservação dos *direitos naturais* e imprescindíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão”.

Lopes (2002, p. 205-206) tem o mesmo entendimento:

Tanto a Revolução Francesa quanto a Americana apropriam-se do jusnaturalismo nascido no século XVII e enriquecido pela filosofia das luzes e dos enciclopedistas. O texto da *Declaração de Independência das Treze Colônias* (1776) é exemplar. “Quando ao longo dos eventos humanos torna-se necessário que um povo dissolva laços políticos que o ligavam a outro e que assuma, entre as potências da terra, o estado de igualdade e separação que as Leis da Natureza e o Deus da Natureza lhe concedem, um respeito honesto às opiniões da humanidade exige que declare as causas que o impelem à separação. (...) – Sustentamos que estas verdades são evidentes, que todos os homens foram criados iguais, que foram dotados por seu Criador de certos Direitos inalienáveis, que entre eles estão a Vida, a Liberdade e a busca da Felicidade”.

Porém, a superação histórica do direito natural se dará precisamente com o seu triunfo, uma vez que “o advento do Estado liberal, a consolidação dos ideais constitucionais em textos escritos e o êxito do movimento de codificação simbolizaram a vitória do direito natural, o seu apogeu. Paradoxalmente, representaram, também, a sua superação histórica” (BARROSO, 2009, p. 238). Na mesma direção versa o *Dicionário de política*, de Bobbio, Matteucci e Pasquino (1986, p. 659):

Com a promulgação dos códigos, principalmente do napoleônico, o Jusnaturalismo exauria a sua função no momento mesmo em que celebrava o seu triunfo. Transposto o direito racional para o código, não se via nem admitia outro direito senão este. O recurso a princípios ou normas extrínsecos ao sistema do direito positivo foi considerado ilegítimo.

Assim, ao iniciar o século XIX, os direitos naturais estavam incorporados de forma generalizada em todos os ordenamentos jurídicos, mas então, ao invés de serem revolucionários, eram conservadores. “Os códigos são encomendados a pessoas de confiança

do soberano, que em geral já não têm a formação filosófica dos clássicos: ou são burocratas, ou são juristas não treinados na tradição universitária medieval” (LOPES, 2002, p. 208).

Aqui retomamos o que dizíamos no início da análise do jusnaturalismo: como tantas atrocidades foram cometidas sob a égide do direito natural, o poder concentrado e ilimitado do soberano entrará em luta com a ascensão da burguesia que quer seu espaço e estabelecer barreiras aos arbítrios dos reis absolutistas. No dizer de Barroso (2009, p. 238), “considerado metafísico e anticientífico, o direito natural é empurrado para a margem da história pela onipotência positivista do século XIX”. No ensino de Lopes (2002, p. 188), “o jusnaturalismo será a filosofia natural do direito e uma vez completada a revolução burguesa será devidamente domesticado e ensinado dogmaticamente”. Sim, outras espadas lutarão, muda o modo de produção e um novo direito será inventado.

#### 1.4.4 O positivismo jurídico

Sob o ponto de vista filosófico, o positivismo foi inventado, fabricado, criado no contexto da idealização do conhecimento científico, dominando grande parte da cultura europeia nas mais diversas áreas: filosofia, política, pedagogia, história, literatura. A Europa vive tempos de paz (exceção feita ao furação de 1848, ao conflito da Crimeia em 1858 e à guerra franco-prussiana de 1870), vive tempos de expansão colonial na Ásia e na África, e vive os efeitos da toda transformação industrial já consolidada à época:

o emprego das descobertas científicas transformou todo o modo de produção; as grandes cidades se multiplicaram; cresceu de forma impressionante a rede de intercâmbios; rompeu-se o antigo equilíbrio entre a cidade e o campo; aumentaram a produção e a riqueza; a medicina debelou as doenças infecciosas, antigo e angustiante flagelo da humanidade. Em poucas palavras, a revolução industrial mudou radicalmente o modo de vida na Europa. E os entusiasmos se cristalizaram em torno da ideia de *progresso humano e social* irrefreável, já que, de agora em diante, possuíam-se os instrumentos para a solução de todos os problemas. Para o pensamento da época, esses instrumentos eram sobretudo a ciência e a suas aplicações na indústria, bem como o livre intercâmbio e a educação (REALE; ANTISERI, 1991, p. 295).

A ciência, no período de 1830 a 1890, obteve conquistas nos mais diversos setores: na matemática, na geometria, na física (eletricidade, eletromagnetismo, termodinâmica), na química, na microbiologia, na fisiologia, na medicina experimental, todas registrando avanços significativos, em meio à estabilidade política. “Substantial estabilidade política, o processo de industrialização e o desenvolvimento da ciência e da tecnologia

constituem os pilares do meio sociocultural que o positivismo interpreta, exalta e favorece” (REALE; ANTISERI, 1991, p. 296). Há que se dizer que o êxito do método experimental aplicado às ciências da natureza foi contagiante; com isso, a metafísica passou a ser desprezada em favor de uma postura mecanicista de conceber a realidade. A atitude tomada diante da ciência era a de verdadeira religiosidade, de tal modo que a ela devotava-se atenção absoluta e, ao invés de espírito crítico, convicção dogmática. Ernest Renan (1823-1892), discípulo de Comte, é peremptório ao afirmar que apenas a ciência pode dar à humanidade o que ela necessita para viver: símbolo e lei (cf. REALE; ANTISERI, 1991, p. 293). E é bem esse o espírito que tomará conta da produção dos saberes, o direito incluso. Conhecer possui um sentido prático, é saber fazer, ser capaz de reproduzir, mais, poder prever, o que associa a ciência à razão instrumental e ao cálculo, com o entendimento de que há uma linguagem matemática no universo, passível de ser conhecida, abrindo, assim, a possibilidade de previsão dos fenômenos.

Importa não descurar da advertência de Ferraz Jr. (1980, p. 31):

o termo positivismo não é, sabidamente, unívoco. Ele designa tanto a doutrina de Augusto Comte, como também aquelas que se ligam a sua doutrina ou a ela se assemelham. Comte entende por ‘ciência positiva’ *coordination de faits*. Devemos, segundo ele, reconhecer a impossibilidade de atingir as causas imanentes e criadoras dos fenômenos, aceitando os fatos e suas relações recíprocas como o único objeto possível da investigação científica.

Embora tenha diversas ramificações, abrangendo também as mais diversas áreas, como movimento de pensamento, alguns traços são constantes no positivismo: 1) primado da ciência como única fonte de conhecimento verdadeiro; 2) o método das ciências naturais é o único válido para abordar seja a natureza, seja a sociedade; 3) a sociologia é a ciência das relações humanas e sociais; 4) a ciência é o único caminho para a solução de todos os problemas da humanidade; 5) forte otimismo diante do progresso, que levará, certamente, a humanidade a um estágio de bem-estar generalizado, gozado na paz e em clima de solidariedade humana; 6) messianismo científico: a ciência nos destina ao progresso; 7) fé na racionalidade científica e alijamento de todo e qualquer pressuposto teológico; 8) confiança ingênua na estabilidade e no desenvolvimento constante da ciência; 9) combate às concepções idealistas e espiritualistas da realidade; 10) ideologia da burguesia da segunda metade do século XIX.

Registre-se outra peculiar abordagem do positivismo, efetivada por Norberto Bobbio (1995, p. 15):

a expressão “positivismo jurídico” não deriva daquela “positivismo” em sentido filosófico, embora no século passado tenha havido uma certa ligação

entre os dois termos, posto que alguns positivistas jurídicos eram também positivistas em sentido filosófico: mas em suas origens (que se encontram no início do século XIX) nada tem a ver com o positivismo filosófico – tanto é verdade que, enquanto o primeiro surge na Alemanha, o segundo surge na França. A expressão ‘positivismo jurídico’ deriva da locução *direito positivo* contraposta àquela de *direito natural*. Para compreender o significado do positivismo jurídico, portanto, é necessário esclarecer o sentido da expressão *direito positivo*. Toda a tradição do pensamento jurídico ocidental é dominada pela distinção entre ‘direito positivo’ e ‘direito natural’, distinção que, quanto ao conteúdo conceitual, já se encontra no pensamento grego e latino; o uso da expressão ‘direito positivo’ é, entretanto, relativamente recente, de vez que se encontra apenas nos textos latinos medievais.

Tal obra de Bobbio traça um panorama histórico das concepções jurídicas, além de fazer uma análise detalhada do positivismo jurídico, distinguindo três aspectos: a) como método para o estudo do direito, b) como teoria do direito e c) como ideologia do direito. E conclui:

dos três aspectos nos quais se pode distinguir o positivismo jurídico, me disponho a acolher totalmente o método; no que diz respeito à teoria, aceitarei o positivismo em sentido amplo e repelirei o positivismo em sentido estrito; no que concerne à ideologia, embora seja contrário à versão forte do positivismo ético, sou favorável, em tempos normais, à versão fraca, ou positivismo moderado (BOBBIO, 1995, p. 238).

Por sua vez, na síntese de Barroso (2009, p. 239), o positivismo filosófico,

foi fruto de uma idealização do conhecimento científico, uma crença romântica e onipotente de que os múltiplos domínios da indagação e da atividade intelectual pudessem ser regidos por leis naturais, invariáveis, independentes da vontade e da ação humana. O homem chegara à sua maioridade racional e tudo passara a ser ciência: o único conhecimento válido, a única moral, até mesmo a única religião. O universo, conforme divulgado por Galileu, teria uma linguagem matemática, integrando-se a um sistema de leis a serem descobertas, e os métodos válidos nas ciências da natureza deviam ser estendidos às ciências sociais.

Assim, se tomarmos o termo “positivismo” em sentido amplo, trata-se da crença desmesurada na ciência e nos métodos científicos. Em sentido estrito, remete ao pensamento de Augusto Comte, já apresentado no início desta seção. Positivismo jurídico, por sua vez, é a aplicação dos fundamentos do positivismo filosófico no âmbito do direito, com a pretensão de estabelecer uma ciência jurídica, nos moldes das ciências naturais e exatas.

Efetivamente, são muitas as variações do movimento denominado positivista. Quando transposto ao âmbito jurídico as variações permanecem, tanto que, ao traçar um panorama histórico da cultura jurídica europeia, Hespanha (1977, p. 174-175) constata:

As várias escolas entenderam de forma diversa o que fossem “coisas positivas”. Para uns, positiva era apenas a lei (positivismo legalista). Para outros, positivo era o direito plasmado na vida, nas instituições ou num espírito do povo (positivismo histórico). Positivo era também o seu estudo

de acordo com as regras das novas ciências da sociedade, surgidas na segunda metade do século XIX (positivismo sociológico, naturalismo). Finalmente, para outros, positivos eram os conceitos jurídicos genéricos e abstratos, rigorosamente construídos e concatenados, válidos independentemente da variabilidade da legislação positiva (positivismo conceitual).

Barroso (2009, p. 240), após alertar para o risco das simplificações redutoras, apresenta quatro características que considera essenciais no positivismo jurídico:

(i) a aproximação quase plena entre Direito e norma; (ii) a afirmação da estatalidade do Direito: a ordem jurídica é uma e emana do Estado; (iii) a completude do ordenamento jurídico, que contém conceitos e instrumentos suficientes e adequados para solução de qualquer caso, inexistindo lacunas que não possam ser supridas a partir de elementos do próprio sistema; (iv) o formalismo: a validade da norma decorre do procedimento seguido para a sua criação, independentemente do conteúdo.

Como é possível perceber, a discussão em torno do tema “positivismo” é bastante acalorada, seja no âmbito da filosofia, seja no âmbito do direito: há as diversas correntes que o termo abarca e mesmo os que se intitulam não positivistas possuem perspectivas bastante diversas, como pudemos verificar. Entretanto, é inegável que, como reconhece o historiador Lopes (2002, p. 223), “no Direito, o positivismo deu aos juristas a sensação confortável de que estavam ainda atualizados com o desenvolvimento geral do pensamento”. Não por outro motivo, Barroso (2009, p. 229) fala de um arrebatamento da onda positivista. Nesse movimento, os juristas privilegiaram um objeto de trabalho e estudo: a lei, o ordenamento positivo. Porém, seguindo nossas premissas, a escolha da lei e do ordenamento jurídico apenas foi possível porque o Estado moderno na sua reinvenção como Estado liberal passou a centralizar toda fonte normativa e jurisdicional nas regras constitucionais. A fábrica, uma vez mais, redefine sua linha de produção:

o Estado liberal e burguês que emergiu no século XIX teve a mesma pretensão totalizante do mercado, da moeda e da mercadoria, e obedeceu a uma expansão territorial e funcional contínuas. A burocracia cresceu, o controle disciplinar cresceu, a atividade do jurista começou a reduzir-se à exegese da legislação (LOPES, 2002, p. 223).

Como já referido no início desta seção, em *A ideologia alemã*, na análise de Marx e Engels (2007, p. 75),

a burguesia, por ser uma *classe*, não mais um *estamento*, é forçada a organizar-se nacionalmente, e não mais localmente, e a dar a seu interesse médio uma forma geral. Por meio da emancipação da propriedade privada em relação à comunidade, o Estado se tornou uma existência particular ao lado e fora da sociedade civil; mas esse Estado não é mais do que a forma de organização que os burgueses se dão necessariamente, tanto no exterior como no interior, para a garantia recíproca de sua propriedade e de seus interesses.

Ora, a crítica de Marx e Engels solapa com a invenção moderna do Estado erigido para o bem comum e fruto do contrato social, bem como esclarece que a estrutura econômica da sociedade é formada pelo conjunto das relações de produção, a base real sobre a qual se inventa a superestrutura jurídica e se forja o mito do direito moderno, idealista e burguês.

Entretanto, ainda devemos analisar o mais agudo empreendimento de fabricação do saber juspositivo, levado a cabo pelo austríaco Hans Kelsen (1881-1973) que buscou efetivar uma ciência do direito livre de toda e qualquer influência externa: uma *teoria pura do direito*, como denominou sua obra publicada pela primeira vez em 1934 e, depois de alterada, republicada em 1960.

Nascido em Praga mas criado em Viena, no pós-Primeira Guerra, [Kelsen,] a convite do socialista Karl Renner, foi um dos principais responsáveis pela redação da Constituição da Áustria, concebendo inclusive a técnica de controle de constitucionalidade por meio de um tribunal específico, do qual se tornou magistrado. Judeu, perseguido pelo nazismo, apoiou a República de Weimar e teve de abandonar sua cátedra de Colônia, na Alemanha, passando a parte final de sua vida nos EUA. Sua obra principal é a Teoria pura do direito [... e] além dessa, muitas outras obras importantes constituem a trajetória do pensamento kelseniano, como Teoria geral do direito e do Estado e a Teoria geral das normas, obra publicada postumamente, que reúne a sua peculiar produção dos últimos anos de vida (MASCARO, 2013, p. 340).

A invenção de Kelsen é distinguir o fenômeno jurídico da ciência do direito: aquele se mistura aos demais fenômenos sociais, no mundo dos fatos, da política; esta abstrai os fatos concretos, expurgando de seu interior questões ligadas à justiça, à sociologia, às origens históricas, às ordens sociais determinadas etc. Logo nas primeiras páginas de sua mais famosa obra, Kelsen (2006, p. 1) explicita:

A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo – do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial. É teoria geral do Direito, não interpretação de particulares normas jurídicas, nacionais ou internacionais. Contudo fornece uma teoria da interpretação. Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito.

O intento kelseniano, é preciso deixar claro, não visa a análise dos direitos positivos concretos (por exemplo, o ordenamento jurídico brasileiro ou o ordenamento jurídico italiano) ou que estiveram vigentes em determinados momentos históricos; visa, isto sim, analisar as estruturas com as quais se constrói o Direito Positivo, e que seriam comuns a todos os sistemas, independentemente de sua localização geográfica ou de sua situação

histórico-temporal, bem ao oposto das premissas de análise propostas por nossa abordagem. Dessa forma, a pesquisa jurídica pela teoria pura do direito, volta-se exclusivamente para a lei, em temas como a validade (existência) da norma jurídica, sua vigência (produção de efeitos) e sua eficácia. A ciência jurídica deve separar-se da política para não correr o risco de contaminação e, assim, não perder sua independência. Fiel ao ambiente positivista donde emana, Kelsen idealiza uma ciência do direito que possua objetividade e exatidão. Sua influência foi enorme. As críticas também. Por sintético e claro, reproduzimos o repasse efetivado por Vasconcelos (2003, p. 208):

Dá para especificar, ponto por ponto, a inconsistência doutrinária dos fundamentos da Teoria Pura do Direito. Apontemos, em seus aspectos substanciais, os desvios mais notáveis de cada um deles: 1) seu *positivismo* está inteiramente comprometido pelo idealismo, que define a norma jurídica, núcleo de sua teoria e do próprio Direito positivo, em termos de realidade mental; 2) o *realismo*, que alardeia, não encontra meio de compatibilizar-se com a realidade da vida social, o mundo do ser, preliminarmente afastado em razão da exclusividade deferida ao mundo ideativo do ser; 3) não havendo confronto entre a norma e o Direito, entre o ideal e o real, entre, afinal, a teoria e a prática, não poderia haver, também, experiência jurídica, ficando assim impossibilitado o *empirismo* que frequenta sua carta de princípios; 4) ao admitir a franca entrada do fato em seu mundo jurídico, Kelsen renuncia, automaticamente, ao princípio da *pureza metódica*, por esse meio descaracterizando, de modo definitivo, seu projeto original; 5) de outra parte, ao aceitar tenha a norma conteúdo, renega o *formalismo*, um dos dois suportes fundamentais de sustentação de sua teoria; 6) caracterizando sua *ciência* jurídica como unilateralmente *descritiva*, Kelsen recua no tempo, inviabilizando seu projeto teórico, tanto que a ciência atual apresenta-se e distingue-se como atividade criadora, de índole preditiva ou prescritiva. Sobrelevam seus atributos valorativo e teleológico; 7) por haver, principalmente, descartado a lógica material ou dialética, Kelsen cai na armadilha de transformar seu ideário *anti-ideológico* em ideologia.

Todavia, constata Mascaro (2013, p. 356):

A teoria geral do direito de Kelsen tornou-se a mais canônica construção do tecnicismo do positivismo jurídico. Trata-se de uma construção tendente ao esvaziamento do ser, da realidade, e por isso sua pretensão à universalidade formal, fora da história e imune aos impulsos e contradições sociais. Sua singeleza e objetividade, que fizeram sua fama e sua quase unanimidade entre os juristas práticos, é a sua máxima virtude extraída de sua máxima fraqueza. A teoria pura kelseniana não reflete o todo do direito, muito menos o todo do direito em relação à totalidade social. Por isso, enquanto técnica emasculada das contradições do direito e da realidade, consegue cativar o jurista juspositivista, sem crítica, aos acordes que, mínimos e formalistas tecnicamente, entoaram-se universalmente.

O êxito desse novo invento do direito é incontestável precisamente no *locus* que elegemos de análise, isto é, na prática concreta, periférica, cotidiana no trato das coisas jurídicas; precisamente no *modus* irrefletido com que essa forma de saber – particular e histórica – ganha *status* de universalidade e perenidade.

Outro dado relevante exposto por Mascaro (2013, p. 313) é que

o juspositivismo, em termos quantitativos, é aquele que mais alcança a prática do jurista e do teórico do direito contemporâneos. A maioria dos profissionais do direito, pela limitação teórica, pela prática e pelas estruturas institucionais do direito contemporâneo, exerce um ofício cujo pensamento é adstrito às normas jurídicas do Estado.

Porém, como constata Barroso (2009, p. 241), em oposição a muitas outras análises,

a troca do ideal racionalista de justiça pela ambição positivista de certeza jurídica custou caro à humanidade. Conceitualmente, jamais foi possível a transposição totalmente satisfatória dos métodos das ciências naturais para a área de humanidades. O Direito, ao contrário de outros domínios, não tem nem pode ter uma postura puramente descritiva da realidade, voltada para o que existe. [...] Ele não é um *dado*, mas uma *criação* [e o grifo não é nosso]. A relação entre o sujeito do conhecimento e seu objeto de estudo – isto é, entre o intérprete, a norma e a realidade – é tensa e intensa. O ideal positivista de objetividade e neutralidade é insuscetível de se realizar.

Com a análise do positivismo jurídico, chegamos ao fim do intento desta primeira seção, ou seja, a partir do cabedal teórico do direito como fetiche (Marx e Engels), do direito como mito (Adorno e Horkheimer), e do direito como invenção (Nietzsche e Foucault), verificar como o direito foi sendo inventado histórica e culturalmente como técnica de solução de conflitos, braço do poder, calcado no modo de produção material da existência.

Isso posto, adentremos na investigação das leis que, oficialmente, construíram (inventaram) a concepção pátria do direito e a forma pela qual este é ensinado atualmente.



## 2 A INVENÇÃO DOS CURSOS DE DIREITO NO BRASIL

A notícia do jornal *Folha de São Paulo* de 22/02/2013, anunciava que o “Brasil tem média de um advogado para cada 256 moradores”<sup>11</sup>, praticamente o mesmo percentual dos EUA, cuja proporção é 1 para 253. Na busca de dados oficiais, segundo a Ordem dos Advogados do Brasil, em janeiro de 2014, o país contava com um total de 798.675 advogados e, conforme declaração do então ministro da Educação, Aloizio Mercadante, em evento do Grupo de Líderes Empresariais (Lide): “Nós temos um excesso de advogados”<sup>12</sup>. A mesma notícia anunciava que o Ministério da Educação, em caráter temporário, não autorizaria a abertura de novos cursos de direito e cancelaria os vestibulares dos cursos que não atingissem a nota mínima no Conceito Preliminar de Curso (CPC)<sup>13</sup>, um novo indicador do Inep (Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira)<sup>14</sup> para analisar a qualidade dos cursos da educação superior.

Aos 22 dias de janeiro de 2014, em entrevista ao portal Congresso em Foco, feita pelos jornalistas Edson Sardinha e Mario Coelho, o presidente nacional da OAB, Marcus Vinícius Coelho sentenciou:<sup>15</sup> “O curso de direito se banalizou”: o Brasil tem 60 mil novos advogados no mercado a cada ano, o que se constitui um “quadro de estelionato educacional”. E ainda: “nós temos mais faculdades de direito do que o resto do mundo juntos”, uma vez que, segundo levantamento da própria OAB, em 2010 o Brasil contava com 1.240 cursos e os demais países somavam 1.100. Há que se registrar que tal afirmação é falsa e o próprio presidente nacional da OAB foi alertado pessoalmente pelo Prof. João Virgílio Tagliavini<sup>16</sup>

<sup>11</sup> Cf. <<http://www1.folha.uol.com.br/educacao/1234871-brasil-tem-media-de-um-advogado-para-cada-256-moradores.shtml>>. Acesso em: 22 jan. 2014.

<sup>12</sup> Cf. <<http://colunas.revistaepoca.globo.com/felipepatury/2013/04/08/o-brasil-nao-precisa-de-mais-advogados-diz-mercadante/>>. Acesso em: 22 jan. 2014.

<sup>13</sup> O Conceito Preliminar de Curso (CPC) vai de 1 a 5 e é uma tentativa de avaliar os cursos de educação superior com critérios objetivos de qualidade e excelência. É um indicador prévio que deve ser consolidado pelas comissões de avaliadores que farão visitas *in loco* corroborando ou alterando o conceito obtido preliminarmente. Cursos com nota 1 ou 2 serão automaticamente agendados para receber a comissão de avaliadores do Inep. Os que possuem nota igual ou superior a 3 podem optar por transformar seu conceito em permanente e, assim, não receber a visita dos avaliadores. As variáveis que compõem o CPC são: avaliação de desempenho de estudantes, infraestrutura e instalações, recursos didáticos-pedagógicos e corpo docente.

Cf. <[http://portal.mec.gov.br/index.php?id=13074:o-que-e-o-conceito-preliminar-de-curso&option=com\\_content](http://portal.mec.gov.br/index.php?id=13074:o-que-e-o-conceito-preliminar-de-curso&option=com_content)>. Acesso em 22 jan. 2014.

<sup>14</sup> Para acessar o portal: <<http://portal.inep.gov.br/>>. Acesso em 22 jan. 2014.

<sup>15</sup> Cf. <<http://www.oab.org.br/noticia/26589/presidente-da-oab-fala-sobre-ensino-juridico-ao-congresso-em-foco>>. Acesso em 22 jan. 2014.

<sup>16</sup> O Prof. João Virgílio Tagliavini, entre outras credenciais, desde 2003 coordena, na UFSCar, o Grupo de Pesquisa Educação e direito na sociedade brasileira contemporânea (cf. nota 19); foi membro da Diretoria da Associação Brasileira de Ensino de Direito (ABEDi), à qual é associado; foi membro da Comissão de Educação Jurídica da OAB/SP (2010-2012); é membro da Comissão Nacional da OAB para implantação do Eixo de Fundamentos no Exame da Ordem; é membro da Comissão OAB vai à Faculdade – OAB/SP (2013-2015); e foi membro titular da banca de qualificação desta tese (24/11/2014), ocasião na qual apresentou a falsidade da afirmação e o respectivo alerta feito ao presidente nacional da OAB, Marcus Vinícius Coelho.

quanto a sua falsidade. Todavia, sem a devida fundamentação, a afirmativa segue como invenção e mito nas análises descuidadas sobre os cursos jurídicos.

Desde 1963, o exercício da advocacia passa pela aprovação no Exame de Ordem. A partir de 2009, o Exame de Ordem passou a ser unificado e desde o Exame 2009.3 o percentual de aprovados sempre ficou abaixo dos 16%<sup>17</sup>.

O IX Exame, com resultado definitivo divulgado em cinco de abril de 2012, teve uma taxa de aprovação da ordem de 10,6%: em números absolutos, foram aprovados 12.213 dos 114.763 candidatos que prestaram a prova<sup>18</sup>. Seria essa a resposta da OAB para o chamado “estelionato educacional”?

Em 2010, o Grupo de Pesquisa *Educação e direito na sociedade brasileira contemporânea*, da Universidade Federal de São Carlos (UFSCar)<sup>19</sup>, ousou publicar uma significativa e inovadora análise sobre o Exame da Ordem, especificamente o Exame 2009.3 – o primeiro efetivo estudo quantitativo/qualitativo sobre o Exame<sup>20</sup>. Publicado o resultado do IX Exame de Ordem Unificado acima referido, com apenas 10,6% de aprovados, o Grupo de Pesquisa decidiu analisá-lo para tecer uma comparação com a pesquisa anteriormente realizada. Surgiu outra obra ousada e de fôlego: *IX Exame de Ordem: uma crítica acadêmica*<sup>21</sup>, na qual são rechaçadas variáveis simplistas para a solução do problema que o Grupo de Pesquisa nomeia de “panaceias pirotécnicas”:

a culpa é da educação básica sem qualidade;  
a culpa é do número de cursos de direito;  
os alunos são incompetentes;  
quem não é aprovado no exame de ordem não é competente para o exercício da advocacia;  
quem é aprovado no exame de ordem é competente para o exercício da advocacia;  
os professores são despreparados;  
as instituições privadas são todas mercenárias;  
a culpa é da sociedade;  
a culpa é do governo;  
a culpa é do MEC que não fiscaliza e não fecha instituições ruins;  
antigamente a educação era boa;

<sup>17</sup> Exceção feita ao V Exame Unificado, com 24,01% de aprovados. Mas é um ponto fora da curva.

<sup>18</sup> Cf. <[http://www.oab.org.br/noticia/25395/confira-o-resultado-final-do-ix-exame-de-ordem-unificado?argumentoPesquisa=formssof\(inflectional,%20%22IX%22\)%20and%20formssof\(inflectional,%20%22exame%22\)%20and%20formssof\(inflectional,%20%22ordem%22\)>](http://www.oab.org.br/noticia/25395/confira-o-resultado-final-do-ix-exame-de-ordem-unificado?argumentoPesquisa=formssof(inflectional,%20%22IX%22)%20and%20formssof(inflectional,%20%22exame%22)%20and%20formssof(inflectional,%20%22ordem%22)>). Acesso em: 22 jan. 2014.

<sup>19</sup> O Grupo de estudos *Educação e Direito na sociedade brasileira contemporânea*, cadastrado no Diretório de Grupos do CNPq, desde 2003, pesquisa temas de fundamentos do direito e de educação jurídica, organiza congressos, e já foi responsável por diversas publicações em revistas especializadas, além da coordenação de três livros próprios e participação em outras obras jurídicas. O Grupo reúne-se mensalmente na UFSCar, com participação aberta a todos os interessados. Cf. <<http://www.educardireito.com.br>>. Acesso em 06 jan. 2015.

<sup>20</sup> Cf. TAGLIAVINI, João Virgílio (coord.). **Exame de Ordem: uma visão crítica**. São Carlos: Edição do Autor, 2010.

<sup>21</sup> *Download* gratuito, disponível em:

<[www.educardireito.com.br/BACKUP/docs/IX\\_EXAME\\_DE\\_ORDEM.pdf](http://www.educardireito.com.br/BACKUP/docs/IX_EXAME_DE_ORDEM.pdf)>. Acesso em: 22 jan. 2014.

falta disciplina;  
com a invasão das tecnologias de informação e comunicação (TICs)  
ninguém mais estuda” (TAGLIAVINI, 2013b, p. 5).

Partilhando do entendimento do Grupo de Pesquisa, cremos que a questão educacional brasileira pode, efetivamente, ser classificada como um desastre. E, se o histórico da educação brasileira, de modo geral, é uma calamidade (haja vista que o Brasil ingressou no século XX com “quase 90% de analfabetos”), o histórico específico da formação jurídica em nosso país<sup>22</sup> não foge do desastre educacional brasileiro que, como sintetizado por Tagliavini (2010, p. 6),

explica-se por razões históricas, sociais, econômicas, culturais, etc. Dentre elas: falta de educação (no sentido de escolaridade) no período Colonial; falta de educação no período do Império; início tímido da educação na primeira República; educação popularizada/negada nas ditaduras e nos governos populistas; início da experiência educacional brasileira no final do século XX e início do século XXI.

Em nosso primeiro capítulo analisamos alguns modos de invenção do direito ocidental e estabelecemos algumas premissas de análise, embasadas nas contribuições de Marx e Engels (a efetividade do direito dependente das relações econômicas), de Adorno, Horkheimer (a relação dialética entre mito e esclarecimento), de Foucault e Nietzsche (o saber como invenção, resultado das lutas e disputas de poder). Neste segundo capítulo, nosso olhar se volta para nossa Pátria com os seguintes questionamentos: como se deu a invenção dos cursos jurídicos no Brasil? Qual foi a trajetória histórica da legislação que regulamenta esses cursos? Por quais transformações passaram e por quê? Qual a situação atual dos cursos jurídicos e as perspectivas legislativas que se descortinam? Sempre norteados por nosso problema: é possível, dentro desse sistema, um direito emancipador? Ou um ensino de direito que encaminhe para a emancipação? As seções seguintes buscam respostas para as questões formuladas e mais, de antemão deve ficar consignado que esposamos a tese (já antiga – do distante ano 1980) de Roberto Lyra Filho, em “*O direito que se ensina errado*”, a postular que:

o direito que se ensina errado pode entender-se, é claro, em, pelo menos, dois sentidos: como o ensino do direito em forma errada e como errada concepção do direito que se ensina. [...] as duas coisas permanecem

---

<sup>22</sup> Para uma análise histórica do ensino do direito no Brasil, além dos livros referenciados adiante, conferir também as monografias: COTRIM, Lauro Teixeira. **O ensino do Direito no Brasil e os limites e contradições na atuação do advogado público**. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Educação – UFSCar. São Carlos: 2007, 154p; MESQUITA, Márcio Satalino. **O positivismo jurídico como fundamento da educação do bacharel em direito**: a concepção do objeto como condicionante do modo de ensino. Dissertação de mestrado. Programa de Pós-Graduação em Educação – UFSCar. São Carlos: 2005. 354 p. Disponível em: <[http://www.bdt.d.ufscar.br/htdocs/tedeSimplificado//tde\\_busca/arquivo.php?codArquivo=858](http://www.bdt.d.ufscar.br/htdocs/tedeSimplificado//tde_busca/arquivo.php?codArquivo=858)>. Acesso em: 15 ago. 2014.

vinculadas, uma vez que não se pode ensinar bem o direito errado; e o direito, que se entende mal, determina, com essa distorção, os efeitos da pedagogia (1980, p. 3).

Como se depreende do texto acima e desde a introdução desta tese, afirma-se que não é recente a constatação de que há uma situação-problema no ensino jurídico nacional. Na análise de Rodrigues (2005, p. 34), da qual nos valem,

no quadro social, político e econômico brasileiro, uma série de fenômenos vem contribuindo com a crise do ensino do Direito. Entre eles, as mudanças por que tem passado o país nos últimos anos, as quais têm levado a uma intensa produção legislativa, bem como a constante mutação existente na própria esfera internacional. Novos instrumentos de controle social, cada vez mais complexos, têm surgido: a ciência e a tecnologia são hoje as suas formas mais efetivas. Esses fatos fazem com que cada dia se exija dos profissionais do Direito uma visão mais ampla, e não apenas legalista, para que eles possam participar ativamente no processo social global, deixando de ser meros técnicos ligados exclusivamente às atividades forenses. Modificaram-se as exigências com relação à prática profissional do jurista, mas o ensino do Direito não acompanhou essa evolução. Continua inerte, estacionado na era da dogmática, não tendo, em muitas situações, superado o século XIX, ainda reproduzindo a ideia de que a simples positivação dos ideais do liberalismo é suficiente para gerar a democracia e que o positivismo é o modelo epistemológico adequado para a produção do conhecimento jurídico.

Além disso, a compreensão do próprio direito, ou seja, a sua concepção, está implicada na problemática. Não há como fazer uma análise do ensino do direito dissociada da análise da concepção do direito. Nesse sentido, Mesquita (2005, p. 84) é conclusivo: “a concepção que se tem do objeto de ensino determina, ou ao menos condiciona, o modo de ensino [... e] essa determinação ou condicionamento ocorre tanto sobre o conteúdo do ensino quanto sobre o método do ensino”.

Mais: como buscaremos demonstrar nas análises subsequentes, na esteira de Tagliavini (2013a, p. 37),

o ensino do direito sempre esteve em crise. Ou porque o ensino era para pouquíssimos e a exclusão era muito grande por critérios econômicos e até racistas (lembrar que Luís Gama<sup>23</sup> foi impedido de estudar no Largo São

---

<sup>23</sup> Conforme o sítio do Instituto: “Luiz Gonzaga Pinto da Gama nasceu no dia 21 de junho de 1830, no estado da Bahia. Era filho de um fidalgo português e de Luiza Mahin, negra livre que participou de diversas insurreições de escravos. Em 1840 foi vendido como escravo pelo pai para pagar uma dívida de jogo. Transportado para o Rio de Janeiro, foi comprado pelo alferes Antônio Pereira Cardoso e passou por diversas cidades de São Paulo até ser levado ao município de Lorena. Em 1847, quando tinha dezessete anos, Luiz Gama foi alfabetizado pelo estudante Antônio Rodrigues de Araújo, que havia se hospedado na fazenda de Antônio Pereira Cardoso. Aos dezoito anos fugiu para São Paulo. [...] Em 1850 casou-se e tentou frequentar o Curso de Direito do Largo do São Francisco [...] e] por ser negro, enfrentou a hostilidade de professores e alunos, mas persistiu como ouvinte das aulas. Não concluiu o curso, mas o conhecimento adquirido permitiu que atuasse na defesa jurídica de negros escravos. Na década de 1860 destacou-se como jornalista e colaborador de diversos periódicos progressistas. Projetou-se na literatura em função de seus poemas, nos quais satirizava a aristocracia e os poderosos de seu tempo. Hoje, é reconhecido como um dos grandes representantes da segunda geração do romantismo brasileiro, mas na época enfrentou a oposição dos acadêmicos conservadores. Luiz Gama foi um dos maiores líderes

Francisco); ou porque os conteúdos eram inadequados ou impróprios e a metodologia autoritária; ou porque os resultados são catastróficos.

Basta lembrar os documentos imperiais brasileiros do início do século XIX apresentados na introdução que comprovam, inequivocamente, a crise.

Rodrigues (2005, p. 35), apresenta uma visão esquemática da crise do ensino jurídico, da qual nos valeremos:

Crise estrutural:

- crise do paradigma político-ideológico
- crise do paradigma epistemológico

Crise funcional:

- crise do mercado de trabalho
- crise de identidade e legitimidade dos operadores de Direito

Crise operacional:

- crise administrativa
- crise acadêmica (crise didático-pedagógica e crise curricular)

Aprofundemos o esquema. Na **crise estrutural**, do paradigma político-ideológico, o que se percebe é que “o modelo adotado no Brasil, pelo menos retoricamente possui como pressupostos uma série de crenças, presentes no denominado paradigma liberal-legal, [...] e a falência do Estado é, portanto, também a falência do Direito, e vice-versa” (RODRIGUES, 2005, p. 37). Já no que se refere à crise do paradigma epistemológico, verifica-se a necessidade de modificar o modo como hoje se concebe a ciência do direito (juspositivista), uma vez que

a forma mais eficaz de construir-se um saber democrático sobre o Direito é fazê-lo através de uma ciência que esteja comprometida com a vida e com a justiça social concreta e na qual não haja restrições à produção do conhecimento. Para isso, é necessária a constituição de um saber estruturado a partir de métodos e de paradigmas epistemológicos abertos. Os saberes fechados, estanques, unívocos, são perigosos e autoritários, transformando-se o ensino a eles vinculado em um conjunto de atos de violência simbólica. Apenas o ato pedagógico ligado a uma visão plural do mundo e comprometido com a construção de uma sociedade mais justa pode recuperar um espaço livre, democrático e não autoritário para o ensino do Direito (RODRIGUES, 2005, p. 41).

Nesse passo, Rodrigues, em comunhão com muitos outros autores (nós, inclusive), salienta a necessidade fundamental de novos paradigmas que possibilitem mudanças estruturais no ensino do direito, uma vez que, partindo do positivismo vigente, não

---

abolicionistas do Brasil. Sempre esteve engajado nos movimentos contra a escravidão e a favor da liberdade dos negros. [...] Nos Tribunais, usando de sua oratória impecável e seus conhecimentos jurídicos, conseguiu libertar mais de 500 escravos, algumas estimativas falam em 1000 escravos. [...] Faleceu em 24 de agosto de 1882 e foi sepultado no Cemitério da Consolação, na presença de 3.000 pessoas numa São Paulo de 40.000 habitantes”. (Cf. Instituto Luiz Gama. Disponível em: <[http://institutoluizgama.org.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=section&layout=blog&id=6&Itemid=41](http://institutoluizgama.org.br/portal/index.php?option=com_content&view=section&layout=blog&id=6&Itemid=41)>. Acesso em: 25 set. 2014.

é possível vislumbrar novos horizontes. “Deve-se sentir a necessidade de construir o novo, para que a partir dele se possa repensar o real, modificando-o” (RODRIGUES, 2005, p. 44-45). Sobre esse aspecto, Tagliavini (2013a, p. 33) tem a mesma visão, além de chamar a atenção para a inexistência de resultados práticos no curto prazo:

No caso do ensino, não há receitas nem há curto prazo. Há uma mudança de postura e de processo de ensino e aprendizagem. Há a coragem de questionamento dos paradigmas positivistas **do direito que se ensina errado para se mudar para o direito que se aprende certo. A epistemologia condiciona a metodologia que circunscreve as práticas didáticas.** O paradigma dogmático positivista do direito gera um método de ensino que pode servir para alguns momentos, mas ao qual não pode ser reduzido todo o ensino.

No que se refere à **crise funcional**, analisa-se o ensino do direito como aquele que forma mão-de-obra qualificada para as tarefas profissionais jurídicas. Em relação à crise do mercado de trabalho o que se nota é “um despreparo generalizado dos egressos dos cursos de Direito, quer seja com relação à sua preparação científica [...], quer seja com relação à sua preparação mais especificamente profissional (sua formação dogmática e técnica)” (RODRIGUES, 2005, p. 45). Ademais, é preciso deixar patente que não é o sistema educacional que origina a crise do mercado de trabalho e que as soluções para essa crise estão além dos limites dos cursos de direito. Rodrigues (2005, p. 47), elenca cinco soluções:

- a) a necessidade de uma melhor distribuição de renda, viabilizando, dessa forma, condições econômicas de acesso à justiça para uma maior parcela da população;
- b) a criação de instrumentos processuais e jurisdicionais mais céleres na resolução dos conflitos individuais, coletivos e difusos, de forma a incentivar a busca de soluções através dos mecanismos formais do Direito, o que pressupõe a contratação de um advogado;
- c) a conscientização da magistratura nacional no sentido de que o padrão de suas decisões deve ser a legitimidade, [... o que] levaria a uma maior busca da instância jurisdicional por parte daqueles que hoje não acreditam na justiça, pois a veem comprometida com aqueles que detêm o poder econômico e político;
- d) a decisão política de ampliar as exigências, no quesito qualidade, para a criação de novos cursos de Direito, permitindo apenas a implantação de projetos de excelência, bem como o fechamento de alguns deles<sup>24</sup> [...];
- e) a reforma administrativa e estrutural do Poder Judiciário.

Além disso, é crescente a busca pelo curso de direito, encarado como possibilidade de ascensão social. Segundo o MEC/INEP, em 20 anos, de 1991 a 2011, o

---

<sup>24</sup> Apesar de divergir nesse aspecto, por entender que nosso problema não é o excesso de escolas, compartilho com Rodrigues (2005, p. 47) que “não pode o poder público simplesmente impedir a criação de cursos ou o aumento de vagas, como em muitos momentos deseja a OAB. A Constituição Federal de 1988 garante a liberdade de ensinar, condicionando-a à autorização mediante avaliação qualitativa e cumpridas as normas gerais da educação nacional”.

Brasil passou de 165 cursos de direito para 1.121, e o número de matrículas saltou de 159.390 para 723.044<sup>25</sup>.

Quanto à crise de identidade e legitimidade dos operadores jurídicos, segundo item da crise funcional, o que se verifica é a invenção de vários mitos: a autonomia profissional da advocacia liberal; o direito como atividade que busca a realização da justiça; a remuneração condizente com a qualificação profissional. Consta Rodrigues (2005, p. 49):

O ingresso no exercício das profissões jurídicas, em especial a advocacia, vai derrubando, pouco a pouco [...as] expectativas. Nota-se então que a autonomia profissional inexistente, que a igualdade entre advogados, juízes e promotores no processo é uma falácia. Que a busca da justiça esbarra em uma legislação material e processual em parte ultrapassada, em um Judiciário burocratizado, lento e, algumas vezes, corrupto ou comprometido com o *poder*. Por fim, nota-se que, para sobreviver nesse ambiente, é necessário se adequar ao *status quo* e abandonar os ideais dos tempos de estudante. Está concretizada a crise de identidade. A crise de legitimidade, principalmente de advogados e juízes, decorre de uma prática dessintonizada dos interesses sociais. O compromisso com a verdade formal e com a lei e não com a realidade e a justiça faz, da maioria dos juristas, profissionais descompromissados com as lutas maiores da população.

Por derradeiro, temos a **crise operacional** que se refere às questões ligadas aos paradigmas administrativo, didático-pedagógico e curricular. Quanto à crise administrativa, Rodrigues (2005, p. 51) apresenta um ponto de vista do qual divergimos, atribuindo à administração pública federal (MEC/CNE) a responsabilidade pela proliferação de vagas e cursos de direito nacionais, especialmente nos últimos 10 anos (não esquecer que a obra de Rodrigues é de 2005). A divergência não é quanto à responsabilidade da proliferação de vagas e cursos, mas afirmar que tal proliferação no ensino superior produza uma crise. Sobre esse aspecto, Tagliavini nos convida (2013a, p. 23),

vamos raciocinar: segundo os dados do Censo Escolar do MEC, em 2011, dos 10.580.060 adolescentes brasileiros, 8.400.689 estavam matriculados no ensino médio, e desses, uns 50% concluiriam esse nível da educação básica. O restante entraria para a estatística da evasão escolar. E os **concluintes apresentariam um resultado final de aprendizagem, na média, de 3,4 sobre 10,0**. Antes de demonizar estudantes e docentes dos cursos superiores, é preciso ter consciência clara de que são sobreviventes desse ensino médio que as instituições superiores, em geral, recebem. Algumas operam verdadeiros milagres ao devolverem um profissional para a sociedade. Além de continuar o discurso de que **é preciso melhorar a educação básica**, todo mundo já sabe disso, temos dois caminhos a seguir: **1. Marginalizar os marginalizados**: restringe-se o acesso ao ensino superior, excluindo os incapazes, por meio de um processo seletivo mais rigoroso; **2. Ensino superior inclusivo**: muda-se o caráter meritocrático<sup>26</sup> do ensino superior até

<sup>25</sup> Para um quadro completo dos anos 1991 a 2011, com o número de cursos, vagas, matrículas e concluintes, cf. TAGLIAVINI, 2013a, p. 21.

<sup>26</sup> A referência é de Tagliavini e, pela importância, citamos: “O que estou propondo contraria o inciso V do Artigo 208 da Constituição Federal, que diz que *o acesso aos níveis mais elevados do ensino...segundo a*

que se corrijam as flagrantes desigualdades da educação básica para não se cometer injustiças com a maioria da população brasileira.

Também divergindo de Rodrigues, são significativas as conclusões da tese de doutoramento de Almeida Júnior (2007), solidamente fundamentada e de fôlego acadêmico, chamando a atenção para o fato de que a história nacional, por parte do Estado e dos juristas nunca voltaram seu olhar para os que na sociedade são expropriados pelo capital, estando sempre ligados a um legalismo elitista e excludente, inclusive atualmente. Reputo que, entre aqueles que refletem as questões do ensino jurídico, seria necessário levar mais em conta o estudo de Almeida Júnior, que apresenta uma perspectiva de análise inovadora. Em suas palavras:

Os anseios da população por uma melhoria de vida, por mais respeito e dignidade, geraram demanda que atraiu a iniciativa privada para um mercado até então pouco explorado e demasiadamente elitista: o *ensino superior*. Consequência disso foi a proliferação dos cursos superiores privados no país, inclusive os cursos de Direito. Desse modo, a proliferação dos cursos de Direito se impõe e deve ser aceita pelo Estado e pelas organizações profissionais [...]. Resta evidente, dessa maneira, que os fatos históricos justificam o gritante aumento do número de cursos de Direito no país. [...] A crise do ensino jurídico hoje [...] nada mais é do que fruto das impropriedades do passado, que demonstram que o ensino do Direito sempre se mostrou fechado e sempre ignorou a realidade social brasileira. Todavia, ao se indagar se a crise do ensino jurídico advém da proliferação dos cursos de Direito no Brasil, a resposta tem de ser negativa. Com efeito, não foi a difundida proliferação das faculdades de Direito que gerou no país um ensino exageradamente positivista, legalista e dogmático, explorado pelos abastados e motivador da exclusão social. Inexiste a relação entre a proliferação dos cursos de Direito e a formação de pessoas avessas às desigualdades sociais, mantenedoras da ordem jurídica tradicional e defensora das classes dominantes (ALMEIDA JÚNIOR, 2007, p. 226-227, grifo nosso).

Ainda na crise administrativa, reflete-se sobre a administração interna dos próprios cursos que é, na maioria das vezes, “centralizada, de cunho vertical, com ausência de autonomia organizacional e financeira” (RODRIGUES, 2005, p. 50). Há mais: corporativismo dos professores, acomodação dos estudantes, cumplicidade do corpo de funcionários no acobertamento de falhas docentes e administrativas, contratação de docentes despreparados, uma verdadeira trapaça pedagógica, como constatam Dela Coleta e Gomes (2012, p. 468): “no contexto acadêmico e pedagógico, muitas são as situações eclipsadas, e estas além de não revelarem a verdadeira face da realidade educacional, acabam corrompendo o verdadeiro sentido da educação”. Ainda nesse aspecto, e ressaltando a problemática da demasiada generalização, são apontadas duas verdades clamorosamente críticas:

---

*capacidade de cada um*. E vai ao encontro das políticas afirmativas, também chamadas de ‘cotas’. Pois nossa sociedade é desigual. E tratar igualmente os desiguais é injustiça”.



Nas instituições particulares, onde em geral não há concurso, isso [a contratação] se dá através de indicações pessoais, muitas vezes de parentes, amigos ou colegas de escritório ou de atividade. Nas universidades públicas ocorre através da prática de concursos dirigidos e preparados para serem vencidos por determinados candidatos (RODRIGUES, 2005, p. 51).

Quanto à crise didático-pedagógica (acadêmica), o ensino do direito centra-se no professor e nos modelos que este apresenta, sendo o aluno um receptor passivo; o conhecimento é cumulativo e inteligente é quem armazena muitas informações; já educar é transmitir informações, numa relação vertical entre professor-aluno: este ouvinte, aquele mediador do saber. Quanto à didática: aula-conferência<sup>27</sup>, como nos tempos de sua criação, excluídas atividades de pesquisa e extensão, bem como a análise crítica do fenômeno jurídico, em salas de aula com a média de 50 a 60 alunos. Também há o problema dos programas e planos de ensino inexistentes ou fictícios, a copiar índices de manuais e códigos de leis, ausentes a interdisciplinaridade, o direito comparado e práticas jurídicas emergentes. Acrescente-se a “absoluta insuficiência das bibliotecas geralmente existentes e ao alto custo dos livros, o que afasta do estudante a possibilidade de um acesso direto ao saber, saneando, em partes, as insuficiências da sala de aula” (RODRIGUES, 2005, p. 56). Por fim, ainda na crise didático-pedagógica (acadêmica) também se ressentem as marcas do paradigma epistemológico positivista, como anteriormente exposto.

No que tange à crise curricular (operacional-acadêmica),

o currículo tem sido mostrado historicamente como o grande vilão do ensino do Direito. À sua defasagem se atribui grande parte dos males aí presentes. Como consequência, a maioria das propostas de reforma inicia por essa instância. No entanto, mais de 150 anos de continuadas mudanças nele efetuadas não têm resolvido nenhum dos problemas básicos do ensino do Direito (RODRIGUES, 2005, p. 57).

Como veremos nesta seção, e encerrando o quadro de síntese esquemática dos múltiplos aspectos críticos do ensino jurídico, é histórica a busca de melhoria do curso de direito por meio de mudanças na esfera curricular, o que também é reflexo do paradigma epistemológico positivista que, se não for revisto, acarreta mudanças apenas cosméticas, ou

---

<sup>27</sup> De forma alguma a análise apresenta um juízo de valor sobre a aula expositiva, que reputamos valorosa. Rodrigues (2005, p. 55) também salienta que “é ela um instrumento didático-pedagógico importante na área jurídica, em momentos específicos e guardada, na sua utilização, a proporção com o estritamente necessário. O que não se deve ou pode fazer é reduzir o ensino do Direito ao ensino das leis, tal como hoje ocorre”. Por sua vez, Tagliavini (2013a, p. 124) didatiza: “a boa e velha aula expositiva poderia ser ministrada no início e no final de um tema ou unidade, sendo acompanhada pelas técnicas anotadas neste mapa conceitual [que nesta nota de rodapé seguem elencadas]: a) relacionar casos/legislação/doutrina-jurisprudência; b) motivar os alunos a buscarem uma nova legislação para os problemas atuais do Brasil; c) fazer laboratório jurídico na sala de aula; d) problematizar o tema em estudo; e) construir mapa conceitual para localizar melhor o objeto de estudo em aula; f) fichar textos previamente para serem discutidos na aula, com auxílio do professor; g) elaborar, no final da aula, uma síntese individual, do tipo *resumão*, e *confrontar as sínteses elaboradas*”.

seja, uma mudança na aparência sem que se efetive uma transformação profunda tanto da concepção jurídica como do modo como esta é ensinada.

Enfim, são muitos os autores que não apenas descrevem a situação, mas também apontam caminhos para a superação do problema<sup>28</sup>, apesar dos muitos que pensam ser impossível qualquer mudança e dos muitos outros com propostas sem fundamentos e sem estratégias, o que não contribui em nada. Tagliavini (2013a, p. 37) questiona e pondera:

O que fazer? É a pergunta inevitável de todos aqueles que se sentem incomodados. E como respostas têm-se desde receitas prontas, com algumas soluções simplistas oferecidas como panaceias para todos os males, até uma chamada mais profunda à reflexão, ao debate prudente, mas, ao mesmo tempo, aberto, ousado e corajoso, na busca de saídas fecundas. Para que isso aconteça, é preciso superar a *inércia dos satisfeitos* e a *ditadura dos bem sucedidos*. Diante desse quadro, parece haver dois tipos de indivíduos: **aqueles que dizem é possível, mas é muito difícil** e aqueles que dizem **é muito difícil, mas é possível**. Uns apenas se espantam e perguntam **Por quê?** Outros indagam **e por que não?** Estes últimos fazem a história.

Nossa pesquisa também se aventura a buscar um entendimento da situação, passando em revista a evolução histórica da legislação brasileira que normatizou e ora normatiza o ensino jurídico, verificando quais as disputas de poder a elas subjacentes e a forma concreta, cotidiana que o ensino do direito assumiu no transcorrer da história da educação nacional. Acreditamos que é possível, por meio da reflexão, tocar na inércia dos satisfeitos e, por meio da crítica, questionar a ditadura dos bem sucedidos. Fiéis às premissas do direito como invenção e mito, fruto das lutas de poder, com sua efetividade dependente das relações econômicas, entendemos que o ensino do direito não passará por transformações de cima para baixo, por meio daqueles que detém hoje o poder de legislar. Defendemos a tese de que os protagonistas do ensino jurídico – estudantes, docentes e coordenadores –, no cotidiano das práticas pedagógicas, desde o planejamento, passando pela concepção do direito, até a sua execução, podem levar a efeito uma real transformação tanto do ensino

---

<sup>28</sup> LYRA FILHO Roberto. **O direito que se ensina errado**: sobre a reforma do ensino jurídico. Brasília: Centro Acadêmico de Direito da UNB. 1980; WARAT, Luis Alberto. **A ciência jurídica e seus dois maridos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2000; RODRIGUES, Horácio Wanderlei (org.). **Ensino jurídico para que(m)?** Florianópolis, Fundação Boiteux, 2000; SANTOS, André Luiz Lopes dos. **Ensino jurídico: uma abordagem político-educacional**. Campinas: Edicamp, 2002. BASTOS, Aurélio Wander. **O ensino jurídico no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998. CARLINI, Angélica; CERQUEIRA, Daniel Torres de; ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. **180 anos do ensino jurídico no Brasil**. São Paulo: Millennium, 2007. TAGLIAVINI, Joao Virgilio (Org.). **A superação do positivismo jurídico no ensino do Direito**. Araraquara: Junqueira & Marin Editores, 2008; TAGLIAVINI, João Virgilio; SANTOS, João Luiz Riberio dos. (Org.) **Educação jurídica em questão: desafios e perspectivas a partir das avaliações**. São Carlos/São Paulo: Editora do Autor/OAB/SP, 2013; RODRIGUES, Horácio Wanderlei; ARRUDA JÚNIOR Edmundo Lima de. (Org.). **Educação jurídica**. 3. ed. corr. Florianópolis : FUNJAB, 2014. Disponível em: <<http://funjab.ufsc.br/wp/wp-content/uploads/2014/04/FINAL-3a-ed-Educacao-Juridica-07-04-2014.pdf>>. Acesso em 22 mar. 2014; VENÂNCIO FILHO, Alberto. **Das arcadas ao bacharelismo**. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1982.

jurídico como da própria concepção do direito. Aquém das abstrações das leis que analisaremos voltadas para os estudantes de direito em sentido genérico e abstrato, há que ter presente que

não existe *o aprendiz de direito*; portanto, um conceito abstrato não satisfaz. Existem *estes ou aqueles* aprendizes, histórica, social, cultural e economicamente concretos, oriundos de um determinado modelo de ensino médio, inseridos numa perspectiva de integração, num dado mercado de trabalho, com sonhos e utopias próprios. Seus limites e suas potencialidades precisam ser conhecidos pelos educadores. Há um perfil dos estudantes brasileiros de direito e há um perfil dos estudantes de direito de cada uma das instituições (TAGLIAVINI, 2013a, p. 42).

É nessa concretude que pode ser feita uma nova experiência de ensino jurídico e a invenção de uma nova concepção do direito, como trataremos de refletir em nosso terceiro capítulo. Antes, porém, verifiquemos o histórico do direito que foi inventado no Brasil, perscrutando sua vertente mais oficial: a legislativa.

## 2.1 As diretrizes curriculares para os cursos de direito no Brasil

O foco desta seção centra-se no exame das diretrizes curriculares para os cursos de direito no Brasil. A análise será feita através de pesquisa documental nos textos emanados pelo Ministério da Educação para a Educação Superior, visando o entendimento de como o referido Ministério concebe os cursos de Direito. Dito de outra forma – e com base nas premissas anteriormente colocadas –, verifiquemos as lutas e as relações de poder que subjazem na construção da concepção do direito brasileiro, que se expressa concretamente nas normas que regulam a implantação, o funcionamento e a avaliação dos referidos cursos. Para tanto, paralelamente, trazemos a contribuição analítica de diversos autores que comentam as reformas pelas quais passou o ensino do Direito, além de buscarmos elementos históricos que contextualizem a base material das disputas de poder, sempre na perspectiva de compreender não apenas a atualidade dos cursos de Direito, como também a concepção do Direito que se ensina.

A legislação que examinaremos provém do Conselho Nacional de Educação, criado pela Lei 9.131, de 1995,<sup>29</sup> e dispõe sobre as Diretrizes Curriculares para os cursos de graduação quando tratou das competências deste órgão na alínea “c” do parágrafo 2º de seu

---

<sup>29</sup> BRASIL. Lei nº 9.131, de 24 de novembro de 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9131.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9131.htm)> . Acesso em: 06 fev. 2014.

art. 9º. – Parecer CNE/CES<sup>30</sup> nº 776/1997.<sup>31</sup> Essa perspectiva de análise é uma opção feita por se diferenciar das outras referenciadas nesta tese: os documentos são os oficiais, de modo que expressam o que o Estado pensa e legisla sobre o tema. Dito de outra forma, analisamos de que modo aqueles que detêm o poder concebem e constroem seu entendimento do direito, bem como a forma como este deve ser ensinado, dando “ares de transcendentalidade àquilo que é essencialmente social e mundano” (SARTORI, 2011, 181).

Segundo a página eletrônica do MEC, as mais recentes Diretrizes Curriculares para os cursos de Direito são:

- a. Parecer CNE/CES nº 146, de 3 de abril de 2002:<sup>32</sup> aprovando as Diretrizes Curriculares Nacionais dos Cursos de Graduação em Administração, Ciências Contábeis, Ciências Econômicas, Dança, Design, Direito, Hotelaria, Música, Secretariado Executivo, Teatro e Turismo;
- b. Parecer CNE/CES nº 67, de 11 de março de 2003:<sup>33</sup> apresentando o referencial para as Diretrizes Curriculares Nacionais – DCN dos Cursos de Graduação;
- c. Parecer CNE/CES nº 55, de 18 de fevereiro de 2004:<sup>34</sup> apresentando as Diretrizes Curriculares Nacionais para o curso de graduação em Direito;
- d. Parecer CNE/CES nº 211, de 8 de julho de 2004:<sup>35</sup> reconsiderando o Parecer CNE/CES 55/2004, referente às Diretrizes Curriculares Nacionais para o curso de graduação em Direito;

---

<sup>30</sup> CES – abreviação de Câmara de Educação Superior; CNE – abreviação de Conselho Nacional de Educação; órgãos sancionados pela Lei de Diretrizes e Bases (LDB), Lei nº 9131, de 24 de novembro de 1995, publicada no mesmo dia no Diário Oficial da União, seção I, p. 19.257. A colaboração da CES e do CNE junto ao Ministério é uma alteração da antiga LDB (Lei nº 4.024, de 20 de dezembro de 1961), ora prevista na nova Lei, “*litteris*”:

**Art. 6º.** *O Ministério da Educação e do Desporto exerce as atribuições do poder público federal, em matéria de educação, cabendo-lhe formular e avaliar a política nacional de educação, zelar pela qualidade do ensino e velar pelo cumprimento das leis que o regem.*

**§ 1º** *No desempenho de suas funções, o Ministério da Educação e do Desporto contará com a colaboração do Conselho Nacional de Educação e das Câmaras que o compõe.*

[...]

**Art. 7º.** *O Conselho Nacional de Educação, composto pelas Câmaras de Educação Básica e de Educação Superior, terá atribuições normativas, deliberativas e de assessoramento ao Ministro de Estado da Educação e do Desporto, de forma a assegurar a participação da sociedade no aperfeiçoamento da educação nacional.*

<sup>31</sup> Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/sesu/arquivos/pdf/pareceres/ces0776.pdf>>. Acesso em 06 fev. 2014.

<sup>32</sup> Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/ces146.pdf>>. Acesso em 06 fev. 2014.

<sup>33</sup> Disponível em: <[http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/pces067\\_03.pdf](http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/pces067_03.pdf)>. Acesso em 06 fev. 2014.

<sup>34</sup> Disponível em: <[http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/2004/ces0055\\_2004.pdf](http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/2004/ces0055_2004.pdf)>. Acesso em 06 fev. 2014.

<sup>35</sup> Disponível em: <[http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/2004/ces0211\\_2004.pdf](http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/2004/ces0211_2004.pdf)>. Acesso em 06 fev. 2014.

- e. Resolução CNE/CES nº 9, de 29 de setembro de 2004:<sup>36</sup> instituindo as Diretrizes Curriculares Nacionais do curso de graduação em Direito, bacharelado, e dando outras providências.
- f. Parecer CNE/CES nº 236, de 07 de agosto de 2004<sup>37</sup>: Consulta acerca do direito dos alunos à informação sobre o plano de ensino e sobre a metodologia do processo de ensino-aprendizagem e os critérios de avaliação a que serão submetidos.
- g. Parecer CNE/CES nº 362/2011, de 1º de setembro de 2011<sup>38</sup> solicitando que seja verificada a possibilidade de se aperfeiçoar a redação do art. 7º, § 1º, da Resolução CNE/CES nº 9/2004, que trata dos núcleos de prática jurídica.

Cabe salientar que, o Parecer CES/CNE 055/2004, bem como o Parecer CES/CNE 211/2004, trazem uma incursão histórica do desenvolvimento da legislação brasileira relativa aos cursos de direito, da qual nos valeremos no presente trabalho. Já os dois últimos relacionados pareceres constituem apenas consultas e solicitações.

A análise histórica da legislação brasileira nos valerá também como instrumento de apreensão da evolução do entendimento que o Estado brasileiro teve em relação aos cursos de direito e ao perfil do Bacharel em direito egresso dos referidos cursos. É a forma de perscrutar as obscuras relações de poder que erigiram a estrutura jurídica pátria. Note-se que há uma série de contradições entre a realidade dos cursos de direito e o que enseja a legislação que os normaliza, daí a importância da análise legislativa. Como pontua Dermeval Saviani:

O estudo da legislação se revela um instrumento privilegiado para a análise crítica da organização escolar porque, enquanto mediação entre a situação real e aquela que é proclamada como desejável, reflete as contradições objetivas que, uma vez captadas, nos permitem detectar os fatores condicionantes da nossa ação educativa (SAVIANI, 1985, p. 154-155).

Tal perspectiva vai ao encontro das premissas apresentadas e por nós adotadas nesta tese. Assim, passemos à análise da legislação brasileira.

---

<sup>36</sup> Disponível em: <[http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/2004/rces09\\_04.pdf](http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/2004/rces09_04.pdf)>. Acesso em 06 fev. 2014.

<sup>37</sup> Disponível em: <[http://portal.mec.gov.br/dmdocuments/pces236\\_09\\_homolog.pdf](http://portal.mec.gov.br/dmdocuments/pces236_09_homolog.pdf)>. Acesso em 23 jun. 2014.

<sup>38</sup> Disponível em: <[http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=16418&Itemid=866](http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=16418&Itemid=866)>. Acesso em 23 jun. 2014.

## 2.2 A evolução da legislação brasileira e os cursos de direito no Brasil

O mais recente documento legislativo referente aos cursos de Direito com análise histórica da evolução dos referidos cursos no Brasil é o Parecer CNE/CES 211/2004, aprovado em 08 de julho de 2004,<sup>39</sup> relatado por Edson de Oliveira Nunes, cujo assunto versa sobre a reconsideração do Parecer CNE/CES 055/2004, referente às Diretrizes Curriculares Nacionais para o curso de graduação em direito. Tal pedido de reconsideração foi encaminhado ao Conselho Nacional de Educação pela Associação Brasileira de Ensino de Direito (ABEDi)<sup>40</sup> que, desde 2003, juntamente com a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), participava ativamente de debates e audiências públicas visando a consolidação das referidas diretrizes. Esclarece o texto:

Este Parecer, portanto, contempla as orientações das Comissões de Especialistas e as da SESu/MEC, as quais, na sua grande maioria, foram acolhidas e reproduzidas na sua totalidade, não só por haver concordância com as ideias suscitadas no conjunto do ideário concebido, mas também como forma de reconhecer e valorizar a legitimidade do processo coletivo e participativo, que deu origem à elaboração dos documentos sobre Diretrizes Curriculares Gerais dos Cursos de Graduação, cujas propostas foram encaminhadas pela SESu/MEC para deliberação deste Colegiado. Foram também as contribuições da Ordem dos Advogados do Brasil, por sua Presidência, por seu Conselho Federal, por sua Comissão de Estudos Jurídicos, pelas Seccionais e Sub Seccionais dos Estados, de diversas entidades públicas e privadas, em particular da Associação Brasileira de

<sup>39</sup> Parecer publicado no Diário Oficial da União de 23 de setembro de 2004. Cinco dias depois de homologado o referido Parecer, veio a Resolução CNE/CES nº 9, de 29 de setembro de 2004, relatada pelo mesmo relator do Parecer CNE/CES 211/2004, Edson de Oliveira Nunes, e publicada no Diário Oficial da União nº 189, de 01 de outubro de 2004, seção I, p. 17-18. Tal Resolução retoma as leis anteriores e, como reza sua apresentação, *institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito e dá outras providências*. Entretanto, é o Parecer CNE/CES 211/2004, reconsiderando o Parecer CNE/CES 055/2004, que nos fornece os elementos para a compreensão de como a legislação enseja os cursos de Direito no Brasil.

<sup>40</sup> Fundada no Rio de Janeiro – RJ, em 14 de novembro de 2001, na sede do Instituto dos Advogados Brasileiros, a ABEDi é outro significativo sujeito no embate de forças que forjam a concepção do direito brasileiro. Trata-se de uma associação, pessoa jurídica de direito privado, sem fins econômicos, com sede e foro na cidade do Rio de Janeiro – RJ, que visa desenvolver e elevar a qualidade do ensino, da pesquisa e da extensão em Direito. Como rege seu estatuto, tem por objetivos: I – congrega especialistas e entidades vinculadas à pesquisa e à educação em direito; II – promover e divulgar estudos e debates sobre ensino, pesquisa e extensão em graduação e pós-graduação em direito; III – elaborar propostas de elevação da qualidade do ensino, isoladamente ou em conjunto com autoridades públicas, entidades interessadas e instituições de Ensino de Direito; IV – colaborar com os processos de avaliação dos cursos de graduação em direito e dos programas de pós-graduação em direito; V – promover eventos sobre o ensino do direito, preferencialmente em conjunto com outras instituições interessadas; VI – organizar e manter publicações impressas e/ou virtuais sobre o Ensino do Direito; VII – manter grupos de trabalhos regulares, voltados à discussão de temas relacionados com o Ensino do Direito; VIII - dirigir proposições aos órgãos públicos competentes nas matérias atinentes ao Ensino do Direito; IX – recorrer, administrativa e/ou judicialmente, das decisões dos órgãos públicos competentes que influenciarem o Ensino do Direito (artigo 3º do Estatuto). (cf. Estatuto Social – ABEDi. Disponível em: <<http://abedi.com.br/wp-content/uploads/2011/09/Estatuto-Abedi.pdf>>. Acesso em 29 jul. 2014. As considerações de Almeida Júnior (2007, p. 140), apresentam a ABEDi como “instituição séria que efetivamente busca atingir seus objetivos estatutários. Sempre muito bem presidida e dirigida, a ABEDi organizou e continua promovendo eventos na área do Direito. Seus congressos nacionais se realizam anualmente e constituem verdadeiro campo de apresentação e discussão de temas que envolvem o ensino do Direito. Além disso, seus associados mantêm uma discussão diária num ambiente virtual proporcionado pela entidade, de onde também surgem inúmeras ideias e propostas de soluções para os problemas do ensino jurídico”.

Ensino de Direito – ABEDi, e de outras associações correlatas, além da profunda discussão em congressos e audiências públicas (Parecer CNE/CES 211/2004, p. 17).

O pedido de reconsideração foi feito, pois, segundo a ABEDi, “embora houvesse todo esse árduo trabalho de construção de consensos e superação de divergências, o Parecer CNE/CES 055/2004 não traduziu as expectativas construídas pela comunidade a partir do debate” (Parecer CNE/CES 211/2004, p. 2).

Uma vez homologado, é essa a legislação que regulamenta os cursos de graduação em Direito no Brasil, com o seguinte espírito:

As diretrizes Curriculares Nacionais para o curso de graduação em Direito devem refletir uma dinâmica que atenda aos diferentes perfis de desempenho a cada momento exigido pela sociedade, nessa “heterogeneidade das mudanças sociais”, sempre acompanhadas de novas e mais sofisticadas tecnologias, novas e mais complexas situações jurídicas, a exigir até contínuas revisões do projeto pedagógico do curso jurídico, que assim se constituirá a caixa de ressonância dessas efetivas demandas, para formar profissionais do direito adaptáveis e com a suficiente autonomia intelectual e de conhecimento para que se ajuste sempre às necessidades emergentes, revelando adequado raciocínio jurídico, postura ética, senso de justiça e sólida formação humanística. (Parecer CNE/CES 211/2004, p. 4).

E, até a presente legislação temos, historicamente, cinco momentos estruturais diferentes nos cursos de direito nacionais:

- a) “currículo único” para todos os cursos de Direito, no Brasil, de 1827 (Império) a 1889 (início da República), vigorando até 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”;
- c) de “currículo mínimo” em 1962, perpassando por 1972 com as Resoluções 3/72 e 15/72, mantendo-se as concepções simultâneas de “currículo mínimo” nacional e “currículos plenos” institucionais;
- 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 implantação a partir de 1996 posteriormente diferido para 1998, ainda que a ementa da referida Portaria estivesse assim redigida, com um equívoco ou contradição em seus termos: “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; e,
- e) de “currículo mínimo” / “conteúdo mínimo do curso jurídico”, para “diretrizes curriculares nacionais” da graduação em Direito, em decorrência das Leis 9.131/95, 9.394/96 e 10.172/2001, desse conjunto normativo resultando os Pareceres CES/CNE 776/97, CES/CNE 583/2001, 146/2002 (revogado), 67/2003, Edital 4/97, e, em particular, o Parecer CES/CNE

507/99, culminando com o presente Parecer ora submetido à deliberação da Câmara de Educação Superior<sup>41</sup> (Parecer CNE/CES 211/2004, p. 5).

Analisemos mais profundamente tal evolução.

### 2.3 Os cursos de direito no Brasil, de 1827 a 1962

Os primeiros cursos de direito no Brasil, de 1827 a 1962, foram marcados pela estrutura de *currículo único*, de âmbito nacional, formação rígida e invariável em nove cadeiras (*cathedra*), com duração de cinco anos. Ao refletirem a política e ideologia do Império, eram marcadamente influenciados pelo Direito Natural e pelo Direito Público Eclesiástico e, até a Proclamação da República, uma única modificação curricular se efetivou, em 1854, com a inclusão das cadeiras de Direito Romano e de Direito Administrativo.

Para compreender em quais bases se constituem esses primeiros cursos, é necessário ter presente que a colonização brasileira já contava com três séculos e, mesmo assim, conforme Machado Neto (1979, p. 307), “o direito como a cultura brasileira, em seu conjunto, não foi obra da evolução gradual e milenária de uma experiência grupal, como ocorre com o direito dos povos antigos, tais como o grego, o assírio, o germânico, o celta e o eslavo”. Se a nacionalidade brasileira foi formada por três grupos étnicos, apenas as raízes culturais lusitanas trouxeram influência dominante e definitiva para a formação jurídica nacional. Note-se que

o projeto educacional da Companhia de Jesus, implantado no Brasil Colonial, estava a serviço de uma ordem social violenta. O processo de aculturação e conversão ao cristianismo imposto pela Igreja Católica tanto ao índio quanto ao negro visava apenas construir o império colonial jesuítico-lusitano. Esta relação existente entre educação e violência, no contexto histórico do período colonial, reveste-se de importância fundamental, pois, a formação social brasileira é marcada profundamente por um brutal processo de exploração autoritário exercido pelas elites dominantes sobre as classes subalternas. Não só contra os ‘gentios’ que habitavam as terras brasílicas desde os tempos imemoriais, mas, também, contra os negros desafricanizados (BITTAR; FERREIRA JÚNIOR, 1999, p. 479).

Há que se levar em conta, também, que quando os portugueses chegaram ao Brasil encontraram uma civilização formada de

povos de origem tribal em diferentes estágios culturais, todos eles beirando, porém, o neolítico, despossuídos por completo de uma regulamentação

---

<sup>41</sup> E, como já dito anteriormente, aprovado em 08 de julho de 2004 e publicado no Diário Oficial da União em 23 de setembro de 2004.



realmente jurídica, mas antes dominados ainda pelo império da norma indiferenciada de cunho sagrado. Era, pois, o direito português que deveria constituir a base de nosso direito nacional sem maiores competições (MACHADO NETO, 1979, p. 311).

Por interessante, Cunha Bueno (2003, p. 141) destaca uma importante marca do direito penal indígena:

as condutas violadoras de valores comuns como, *verba gratia*, a covardia em combate, o incesto etc., estariam sujeitas à punição de caráter público. Por outro lado, se a ofensa fosse dirigida apenas a determinada pessoa, a punição assumia contornos privados, outorgando-se ao ofendido o direito de vingança sobre o ofensor. Timidamente, vê-se que aí descansam as raízes que deram origem à dicotomia, hoje vigente, entre ações penais públicas e privadas.

Segundo Antônio Carlos Wolkmer (2002, p. 47-48),

o Direito vigente no Brasil-Colônia foi transferência da legislação portuguesa contida nas compilações de leis e costumes conhecidos como Ordenações Reais, que englobavam as Ordenações Afonsinas (1446), as Ordenações Manuelinas (1521) e a Ordenações Filipinas (1603). Em geral, a legislação privada comum, fundada nessas Ordenações do Reino, era aplicada sem qualquer alteração e todo o território nacional.

Destaque-se que as Ordenações Filipinas, de 1603, são significativas para o Brasil, dado o seu período de vigência: por exemplo, as normas de direito civil estiveram em vigor até a publicação do Código Civil Nacional, em 1916.

Até 1808, quando da fuga da família real portuguesa para o Brasil, vigora o pacto colonial que garantia aos colonizadores a exclusividade de todas as riquezas encontradas e produzidas na colônia. Com a assinatura da Carta Régia (28/01/1808) e a abertura dos portos às nações amigas, “o antigo sistema colonial, fundado naquilo que se convencionou chamar o pacto colonial, e que representa o exclusivismo do comércio das colônias para as respectivas metrópoles, entra em declínio” (PRADO JÚNIOR, 1976, p. 88).

Porém, como assinala Faoro (1998, p. 247):

A abertura dos portos, repelido o alvitre de um empório inglês localizado e exclusivo da Grã-Bretanha, quebra o pacto colonial, inútil a reserva de provisoriedade inscrita na carta de 28 de janeiro de 1808. Conquista na verdade ferida com as tarifas preferenciais de 1810, que garantem o mercado brasileiro às manufaturas inglesas por quinze anos.

Na verdade, a experiência vivenciada no Brasil Colônia no aspecto político-jurídico evidencia uma constante da história brasileira e que terá reflexos na implantação das primeiras faculdades de direito: a dissociação entre a elite governante e a imensa massa da população. Mas, que quer a Metrópole? “Criar regras para assegurar o pagamento dos

impostos e tributos aduaneiros, bem como estabelecer um ordenamento penal rigoroso para precaver-se de ameaças diretas à sua dominação” (WOLKMER, 2002, p. 49).

Ainda sobre esse tema, infere Almeida Júnior (2007, p. 24), em sua tese de doutoramento,

que restou imposto no Brasil um pensamento de cunho racista-biologista, que objetivava explicar a “rudeza”, a “ignorância” e a “brutalidade” dos habitantes da Colônia através da atribuição de uma inferioridade natural e implícita a tais sujeitos. [...] Pode-se também concluir que esse direito alienígena aplicado era ilimitado, discriminador e preconceituoso em relação à população nativa, tendo sido imposto aos nativos com o objetivo claro de negar um direito autóctone, evidenciando uma estrutura político-administrativa semifeudal, despreocupada com a massa da população e distribuidora de bens, direitos e cargos em troca de lealdade e contraprestações diversas.

Outro dado imprescindível para a compreensão da aplicação do direito no Brasil e do caráter dos primeiros cursos jurídicos nacionais é papel histórico da Universidade de Coimbra. Como ensina José Murilo de Carvalho (1996, 55-58),

a Universidade foi criada em Lisboa em 1290 e transferida para Coimbra em 1308. Sendo de origem francesa a primeira dinastia portuguesa, predominaram nos primórdios da Universidade as orientações jurídicas francesas e italianas já profundamente marcadas pelo direito romano. Um dos principais centros do ensino desse direito era a Universidade de Bolonha, que forneceu vários romanistas a Coimbra, onde ficaram conhecidos como os ‘bolônios’. Em 1384, D. João I, O Mestre de Avis, retornou a Universidade a Lisboa, ao mesmo tempo em que estendia sobre ela o controle governamental mediante a nomeação real do Provedor. A partir de D. João II, os reis foram declarados Protetores da Universidade e terminou a livre escolha de reitores e lentes. [...] Os juristas, ‘almas danadas dos reis’ como os chamou Michelet, dominaram até 1537, quando a Universidade voltou a Coimbra. Teve então início um período de dois séculos de controle jesuítico, durante o qual a Universidade se isolou da influência do progresso intelectual e científico europeu. [...] A luta contra o cartesianismo foi particularmente intensa e culminou com a tentativa dos jesuítas de expulsar de Portugal os padres do Oratório, conhecidos por sua maior abertura às novas ideias. O ensino jurídico permaneceu sob a influência do direito romano mas perdeu parte do prestígio anterior. A situação só se modificou novamente em 1759, quando os jesuítas foram expulsos de Portugal e das colônias (...). À expulsão seguiu-se vasta e profunda reforma da educação portuguesa em todos os níveis [... e,] em 1770 foi nomeada a Junta da Providência Literária, que já no ano seguinte apresentava o famoso *Compêndio Histórico*, um libelo contra os ‘estragos feitos nas ciências, nos professores e diretores’ da Universidade de Coimbra pelos jesuítas. Finalmente, em 1772, veio a reforma da Universidade, sob a direção do reitor brasileiro Francisco de Lemos e com total apoio de Pombal nomeado visitador. [...] O Iluminismo atingia Portugal, finalmente. [...] Surgindo nesse contexto, o Iluminismo era essencialmente reformismo e pedagogismo. O seu espírito não era revolucionário, nem anti-histórico, nem irreligioso, como o francês; mas essencialmente progressista, reformista, nacionalista e humanista. Era o Iluminismo italiano: um Iluminismo

essencialmente cristão e católico. [...] Rousseau e Voltaire continuavam proibidos na nova ordem.

Teotônio Simões nos apresenta que, em um período de 77 anos, de 1745 a 1822, por 55 anos os reitores da Universidade de Coimbra de alguma forma estavam ligados ao Brasil. “Os dados nos indicam que na Universidade de Coimbra o colonial não apenas aprendia, como estava incorporado a ela, até nos cargos de direção” (SIMÕES, 1983, p. 98).

Ora, antes de possuímos juízes nacionais, os que exerciam a magistratura no Brasil eram provenientes de Portugal, estudados em Coimbra e, “burocratas que eram, tinham por finalidade representar os interesses da Metrópole e não as aspirações locais. [...] Os laços existentes entre a Coroa e os ‘profissionais da lei’ egressos da Universidade de Coimbra eram demasiadamente estreitos” (ALMEIDA JÚNIOR, 2007, p. 31). Ademais, como postula Schwartz (1979, p. 60), a formação em Direito em Coimbra se constituía em um processo de socialização em busca de formar um senso de lealdade e obediência ao rei. “É bastante significativo que, durante os trezentos anos em que o Brasil foi colônia de Portugal, Coimbra fosse a única faculdade de Direito dentro do império português” (SCHWARTZ, 1979, p. 60). E Teotônio Simões (1983, p. 87) não reluta em afirmar

que a Universidade de Coimbra, por suas faculdades de Cânones e Leis, estava no rol das mais importantes instituições do Império português, principalmente por ser a única, em todo o vasto império, encarregada da formação dos profissionais tão necessários ao Estado.

José Murilo de Carvalho (1996, p. 59) é conclusivo: “a maior parte dos políticos brasileiros da primeira metade do século XIX estudou em Coimbra...”. Outrossim, é necessário registrar, como também o faz no mesmo passo Carvalho que,

ao lado da Universidade de Coimbra, duas outras instituições de ensino foram importantes para a formação da elite brasileira, a Real Academia de Marinha e o Colégio dos Nobres. Ambas destinavam-se à formação militar dos nobres. O Colégio foi criado por Pombal com a finalidade explícita de dar aos filhos da nobreza uma alternativa para o serviço do Estado que não fossem as carreiras eclesiástica e judiciária.

Entretanto, a relação estabelecida nos bancos e claustros da universidade não passava por totalmente gratuita, desinteressada e inconsequente, focada em estudos e pesquisas acadêmicas, eruditas e jurídicas. Nesse sentido, Schwartz (1979, p. 234) esclarece que

a experiência universitária criou, entre o pessoal da magistratura e os advogados, condições contraproducentes para os objetivos burocráticos mas que facilitavam a ascensão da classe dos letrados. A experiência comum em Coimbra resultava em amizades e clientela de forma que frequentemente havia uma distância social muito pequena entre os juízes do tribunal e os advogados que defendiam os réus.

O tema é aprofundado por Teotônio Simões (1983, p. 86):

se é verdade a coesão interna do grupo, o apoio mútuo, o é também que, ao longo do tempo, e exatamente para manter os privilégios, a porta de entrada era através dos bancos de Coimbra. Lá é que se dava a formação de valores que conformavam, no plano da representação, da unidade entre os profissionais da Lei e o Estado, a unidade deles entre si.

Por sua vez, José Murilo de Carvalho apresenta três razões pelas quais a educação superior teve decisiva responsabilidade na unificação ideológica da política imperial: a) a elite imperial “era uma ilha de letrados num mar de analfabetos” (1996, p. 55), quase a sua totalidade havia frequentado estudos superiores o que raramente acontecia fora dela; b) “a educação superior se concentrava na formação jurídica e fornecia, em consequência, um núcleo homogêneo de conhecimentos e habilidades” (CARVALHO, J. M., 1996, p. 55); e c) a educação superior estava concentrada, até a Independência, na Universidade de Coimbra e, depois, nas quatro capitais provinciais (ou somente Recife e São Paulo, se levarmos em conta apenas a formação jurídica). Ora, no cotidiano, na prática (que temos como perspectiva de análise)

a concentração temática e geográfica promovia contatos pessoais entre estudantes das várias capitanias e províncias e inculcia neles uma ideologia homogênea dentro do estrito controle a que as escolas superiores eram submetidas pelos governos tanto de Portugal como do Brasil (CARVALHO, J. M., 1996, p. 55).

A unificação ideológica estava mais que garantida. Porém, não se pode, de forma alguma, afirmar a existência de uma cultura jurídica nacional. Anote-se que, no centenário da Independência, Plínio Barreto (1922, p. 5-6) pontificava:

Há cem anos, quando se emancipou definitivamente da soberania portuguesa, era o Brasil uma terra sem cultura jurídica. Não a tinha de espécie alguma, a não ser, em grau secundário, a do solo. Jaziam os espíritos impotentes na sua robustez meio rude da alforria das credices e das utopias, à espera de charrua e sementes. O direito, como as demais ciências e, até, como as artes elevadas, não interessava ao analfabetismo integral das massas. Sem escolas que o ensinassem, sem imprensa que o divulgasse, sem agremiações que o estudassem, estava o conhecimento dos seus princípios concentrado apenas no punhado de homens abastados que puderam ir a Portugal apanhá-la no curso acanhado e rude que se processava na Universidade de Coimbra.

Aqui é o momento oportuno para nos determos em uma reflexão esboçada por João Virgílio Tagliavini, na apresentação da obra por ele coordenada, na qual analisa o IX Exame de Ordem. Tagliavini (2013b, p. 6) assevera que “enquanto países latino-americanos tiveram suas primeiras universidades no século XVI, o Brasil só a conheceu no século XX, no qual ingressou com quase 90% de analfabetos”. Proibir a instalação de estabelecimentos de

ensino superior nas colônias foi, segundo J. M. Carvalho (1996, p. 59), política sistemática do governo português. Em 1768, deu-se um fato emblemático:

a capitania de Minas Gerais pediu permissão para criar por conta própria uma escola de medicina, o Conselho Ultramarino respondeu que a questão era política, que a decisão favorável poderia relaxar a dependência da colônia e que “um dos mais fortes vínculos que sustentava a dependência das colônias era a necessidade de vir estudar a Portugal”. Aberto o precedente, continuou o Conselho, criar-se-ia uma aula de jurisprudência até o corte do vínculo de dependência. O governo deveria antes fornecer bolsas de estudo para que os alunos pobres pudessem fazer a viagem a Portugal (CARVALHO, J. M., 1996, p. 59-60)<sup>42</sup>

Fica patente que a não instalação de universidades nas colônias portuguesas fazia parte de uma política sistemática, que objetivava fortalecer os vínculos de dependência, bem como estabelecer uma intelectualidade formada de modo homogêneo, a garantir uma ideologia também homogênea e submissa, tudo de acordo com as premissas que postulamos nesta tese. Como constata J. M. Carvalho (1996, p. 74), “Coimbra foi particularmente eficaz em evitar contato mais intenso de seus estudantes com o Iluminismo francês, politicamente perigoso”. Ora, como estamos na iminência de analisar a criação dos cursos jurídicos no Brasil, são reveladoras as palavras testemunhais de Bernardo Pereira de Vasconcelos (formado em Coimbra em 1819), pronunciadas nos debates parlamentares sobre o tema, em 1826, a revelar o cotidiano, a prática do ensino jurídico coimbrão:

O direito de resistência, este baluarte da liberdade, era inteiramente proscrito; e desgraçado de quem dele se lembrasse!... (A Universidade de Coimbra) está inteiramente incomunicável com o resto do mundo científico. Ali não se admite correspondência com outras academias; ali não se conferem os graus senão àqueles que estudaram o ranço de seus compêndios; ali estava aberta continuamente uma inquisição pronta a chamar às chamas todo aquele que tivesse a desgraça de reconhecer qualquer verdade ou na religião, ou na jurisprudência, ou na política (CARVALHO, J. M., 1996, p. 75)<sup>43</sup>.

O projeto de criação de cursos jurídicos no Brasil surgiu pela primeira vez durante a Constituinte de 1823, por parte dos brasileiros que haviam estudado em Coimbra. Mas a ideia não vingou. Em 1825, por decreto do Imperador, datado de 09 de janeiro, foi instituído um curso jurídico na cidade do Rio de Janeiro, que, no entanto, não chegou a ser inaugurado. Após a Constituição de 1824, o Parlamento Imperial recebeu outra proposta que,

<sup>42</sup> Eis a reprodução da nota de José Murilo de Carvalho que se segue ao texto: “A citação está em Américo Jacobina Lacombe, *A Igreja no Brasil Colonial*, em Sérgio Buarque de Holanda (org.), *História Geral da Civilização Brasileira*, tomo I, vol. II, p. 72”.

<sup>43</sup> Conforme nota do autor: *Anais da Câmara dos Deputados*, 1826, tomo IV, p. 64-65.

depois de muitos debates, foi acolhida e sancionada pelo imperador no dia 11 de agosto de 1927<sup>44</sup> (ALMEIDA JÚNIOR, 2007, p. 47).

O local da sede dos dois primeiros centros de estudo de Direito no Brasil foi tema de embates:

A decisão sobre a localização dos dois primeiros cursos jurídicos do país realmente levou em conta questões políticas, fato que se pode constatar da análise dos debates travados entre os parlamentares da época. Cinco locais disputavam as academias: Bahia, Minas Gerais, Pernambuco, Rio de Janeiro e São Paulo. Um controle mais próximo do Estado, uma distância maior do Parlamento e o engajamento ou não no processo de independência foram algumas questões políticas consideradas quando da escolha dos locais para os cursos (ALMEIDA JÚNIOR, 2007, p. 47-48).

Por fim, foram definidas uma sede em Olinda (transferida em 1854 para Recife), a fim de atender a região Norte do país, e outra sede em São Paulo, para atender a região Sul. Segundo L. Schwarcz (1993, p. 141-142),

antes de técnicas especializadas, mestres de erudição inquestionável, o que se pretendia formar era uma elite independente e desvinculada dos laços culturais que nos prendiam à metrópole europeia. A ideia era subsistir a hegemonia estrangeira – fosse ela francesa ou portuguesa – pela criação de estabelecimentos de ensino de porte, como as escolas de direito, que se responsabilizariam pelo desenvolvimento de um pensamento próprio e dariam à nação uma nova Constituição.

Aliás, o texto de L. Schwarcz citado é interessante ao analisar as primeiras faculdades de direito no Brasil. Como epígrafe, tal texto apresenta um trecho redigido no final do século XIX (mantida a ortografia), exemplificando claramente o espírito que levou à criação de tais primeiras faculdades:

É imprescindível que a mocidade que é a esperança do provir se convença de que esta grande pátria não criou Escolas e não fundou Institutos como estes, unicamente para preparar amanuenses e promotores; mas principalmente para formar pelo estudo e pelo saber, homens que a possa guiar em suas luzes, engrandecê-la com sua sabedoria (SCHWARCZ, 1993, p. 141).

Aurélio Wander Bastos (1998, p. 1), na mesma linha de Schwarcz explicita que

a criação e a formação dos cursos jurídicos no Brasil estão significativamente vinculadas às exigências de consolidação do Estado Imperial e refletem as contradições e as expectativas das elites brasileiras comprometidas com o processo de independência. Emerso das contradições entre a elite imperial conservadora, vinculada ao aparato político colonizador e aos institutos jurídicos metropolitanos, e a elite nacional civil, adepta dos movimentos liberais e constitucionais que sucederam à Revolução Americana e à Revolução Francesa, o incipiente Estado brasileiro, premido pela situação impositiva da Igreja, que controlava a sua infraestrutura de funcionamento cartorial e eleitoral, buscou nos cursos jurídicos a solução

---

<sup>44</sup> Para a íntegra da Lei: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_63/Lei\\_1827.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_63/Lei_1827.htm)>. Acesso em 31 jul. 2014.

possível para a formação de quadro políticos e administrativos que viabilizassem a independência nacional.

Já no dizer de Teotônio Simões (1983, 153), “era claro que os futuros cursos jurídicos formariam os quadros políticos do Estado brasileiro. Era uma intenção, um projeto, um plano”. Nesse sentido, também José Murilo de Carvalho (1996, p. 71-72), traz sua contribuição:

O regionalismo esteve muito presente durante os debates parlamentares sobre a localização e o número das escolas a serem criadas, tanto em 1823 como em 1826. A pressão das grandes províncias não permitiu a criação de uma única escola ou universidade localizada na capital do país. Como já tinham sido criadas escolas de medicina e militar no Rio e uma escola de medicina na Bahia, a grande luta travou-se em torno das estratégicas escolas de direito. Os centralistas conseguiram, então, substituir a rivalidade provincial pela rivalidade regional: foram dadas uma escola para o norte e outra para o sul, a primeira localizada em Pernambuco, a segunda em São Paulo. Minas foi mais tarde compensada com as Escolas de Farmácia e de Engenharia de Minas, o Rio Grande do Sul com uma Escola Militar.

Os novos cursos de direito possuíam as mesmas características do curso de Coimbra: os primeiros professores haviam se formado lá e de lá vieram transferidos alguns dos primeiros alunos. Como se depreende dos Estatutos feitos pelo visconde de Cachoeira, a pretensão dos criadores dos cursos “era a de formar não apenas juristas, mas também advogados, deputados, senadores, diplomatas e os mais altos empregados do Estado” (CARVALHO, J. M., 1996, p. 66).

Assim, durante o Império, a estrutura dos cursos de Direito, com as duas cadeiras posteriormente incluídas em 1854, era a seguinte:<sup>45</sup>

1º ano

*1ª cadeira*

Direito Natural

Público

Análise da Constituição do Império

Direito das Gentes

Diplomacia

2º ano

*1ª cadeira*

Continuação das matérias do ano antecedente

*2ª cadeira*

Direito Público Eclesiástico

3º ano

<sup>45</sup> Cf. Parecer CNE/CES 211/2004, p. 5-6.

*1º cadeira*

Direito Prático Civil

*2º cadeira*

Direito Pátrio Criminal, com teoria do processo criminal

## 4º ano

*1º cadeira*

Continuação do Direito Pátrio Civil

*2º cadeira*

Direito Mercantil e Marítimo

## 5º ano

*1º cadeira*

Economia Política

*2º cadeira*

Teoria e prática do Processo Adotado Pelas Leis do Império.

Aqui há que deixar registrado alguns aspectos característicos dos bacharéis em direito da época: uso e abuso de palavreado pomposo e ritualístico, divórcio entre as demandas das camadas mais populares e o proselitismo acríptico dos homens da lei, manutenção de privilégios econômicos e profundas desigualdades sociais sob o manto da neutralidade e da moderação política. Pensamento corroborado por Almeida Júnior (2007, p. 51):

percebe-se, deste modo, uma tradição advocatícia desvinculada de atitudes mais comprometidas com a vida cotidiana e com uma sociedade em constante transformação, ou seja, a tradição do bacharelismo jurista no Brasil foi, predominantemente, um espaço de manutenção e defesa de uma legalidade dissociada da sociedade concreta e das grandes massas populares.

Os alunos que tinham a possibilidade de frequentar as escolas de direitos eram de famílias de posses, além de uma grande parte, não proveniente de São Paulo ou do Recife, terem de se deslocar para essas cidades e, por cinco anos, manter-se nelas. Havia também os cursos preparatórios e os professores particulares que preparavam os candidatos à admissão, mas “esses custos eram obstáculos sérios para alunos pobres, embora alguns deles conseguissem passar pelo peneiramento”<sup>46</sup> (CARVALHO, J. M., 1996, p. 65).

O documento legislativo a nortear nossa pesquisa, entretanto, não menciona passos significativos na história da educação, em geral, e dos cursos jurídicos, em particular.

---

<sup>46</sup> José Murilo de Carvalho (1996, p. 65) menciona “a presença de estudantes de cor já nos primeiros anos da Escola de São Paulo, aos quais, por sinal, um dos professores se recusava a cumprimentar alegando que negro não podia ser doutor”.



Um deles é a reforma de Leôncio de Carvalho, também conhecida como “a reforma do ensino livre”, por meio do Decreto nº 7.247, de 19 de abril de 1879<sup>47</sup>. Reza o Artigo 1º do referido Decreto: “É completamente livre o ensino primário e secundário no município da Corte e o superior em todo o Império, salvo a inspeção necessária para garantir as condições de moralidade e de higiene”. Político formado no Largo São Francisco em 1868, sua reforma

que pregava o ideal do ensino livre, livre do controle do poder legislativo imperial, até então dominante, possibilitou a criação de diversas faculdades de Direito no país. Foram criadas duas faculdades na cidade do Rio de Janeiro, que foram unificadas com a Criação da Universidade do Rio de Janeiro em 1920 e se transformaram posteriormente na famosa Faculdade Nacional de Direito, uma em Porto Alegre, em 1900, uma em Fortaleza, no ano de 1903, uma em Ouro Preto, em 1892, posteriormente, transferida para Belo Horizonte, em 1898 e uma em Curitiba, no ano de 1912, o que provocou a primeira expansão do ensino jurídico no Brasil (BASTOS, 1998, p. 55).

O final da Monarquia e o advento da República devem ser compreendidos a partir das transformações econômicas que modificaram o modo de produção a partir de 1850, como resume Caio Prado Júnior (1976, p.143):

A segunda metade do séc. XIX assinala o momento de maior transformação econômica na história brasileira. É certo que se trata de um prolongamento da fase anterior, e resulta em última análise da emancipação do país da tutela política e econômica da metrópole portuguesa. Mas a primeira metade do século é de transição, fase de ajustamento à nova situação criada pela independência e autonomia nacional; a crise econômica, financeira, política e social que se desencadeia sobre o Brasil desde o momento da transferência da corte portuguesa em 1808, e sobretudo da emancipação política de 1822, prolonga-se até meados do século; e se é verdade que já antes deste momento se elaboram os fatores de transformação, é somente depois dele que amadurecem e produzem todos os frutos que modificariam tão profundamente as condições do país. Expandem-se então largamente as forças produtivas brasileiras, dilatando-se o seu horizonte; e remodela-se a vida material do Brasil.

Na análise de Leôncio Basbaum (1976), em sua *História sincera da república*, a monarquia brasileira nasceu condenada por ter sido construída em bases que são sua própria negação: o latifúndio e o escravismo. Com o surgimento de uma elite agrária com algum caráter progressista se dá o rompimento da lógica de dominação do advinda do período colonial.

Eis que veio a Proclamação da República e toda série de transformações políticas que a mesma acarretou. Porém, do mesmo modo que a Constituição de 1824, a da República de 1891 era marcada por um individualismo liberal-conservador, absolutamente

---

<sup>47</sup> Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-7247-19-abril-1879-547933-publicacaooriginal-62862-pe.html>>. Acesso em 01 ago. 2014.

desvinculado da vontade e da participação popular. E no que tange a produção da vida material

concorre nesta fase para o estímulo das atividades econômicas brasileiras a convulsão ocasionada pelo advento da República. Não que esta tivesse profundezas políticas ou sociais; a mudança de regime não passou efetivamente de um golpe militar, com o concurso apenas de reduzidos grupos civis e sem nenhuma participação popular. O povo, no dizer de um dos fundadores da República, assistira “bestializado” ao golpe, e sem consciência alguma do que se passava. Mas a República agiu como bisturi num tumor já maduro; rompeu bruscamente um artificial equilíbrio conservador que o Império até então sustentara, e que dentro de fórmulas políticas e sociais já gastas e vazias de sentido, mantinha em respeito as tendências e os impulsos mais fortes e extremados que por isso se conservavam latentes. Estes se fazem então sentir com toda sua força longamente reprimida, abrindo perspectivas que a monarquia conservadora contivera ou pelo menos moderara muito. No terreno econômico observaremos a eclosão de um espírito que se não era novo, se mantivera no entanto na sombra e em plano secundário: a ânsia de enriquecimento, de prosperidade material. Isto, na monarquia, nunca se tivera como um ideal legítimo e plenamente reconhecido. O novo regime o consagrará. (PRADO JÚNIOR, 1976, p. 155).

Já no aspecto da reflexão científica, as ciências, na época influenciadas sobremaneira pelo Positivismo, colocaram em xeque o jusnaturalismo com a decorrente queda do Direito Natural. Com a desvinculação entre Estado e Igreja após a Proclamação da República, o Direito Público Eclesiástico foi extinto e, em 1890, vieram as novas cadeiras de Filosofia do Direito, História e Legislação Comparada sobre o Direito Privado. Em 1891, com o Decreto nº 1232 H<sup>48</sup>, veio a chamada Reforma Benjamin Constant, estabelecendo três cursos para cada faculdade de Direito: o de ciências jurídicas, o de ciências sociais e o de notariado, atendendo, assim, as demandas da novel república. Em 30 de novembro de 1895, surge a Lei 314, determinando um novo currículo para os cursos de Direito, abaixo descrito:<sup>49</sup>

1º ano

*1ª cadeira* – Filosofia do Direito

*2ª cadeira* – Direito Romano

*3ª cadeira* – Direito Público Constitucional

2º ano

*1ª cadeira* – Direito Civil

*2ª cadeira* – Direito Criminal

*3ª cadeira* – Direito Internacional Público e Diplomacia

*4ª cadeira* – Economia Política

<sup>48</sup> Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=63583>>. Acesso em 01 ago. 2014.

<sup>49</sup> Cf. Parecer CNE/CES 211/2004, p. 6-7.

## 3º ano

*1ª cadeira* – Direito Civil

*2ª cadeira* – Direito Criminal, especialmente Direito Militar e Regime Penitenciário

*3ª cadeira* – Ciências das Finanças e Contabilidade do Estado

*4ª cadeira* – Direito Comercial

## 4º ano

*1ª cadeira* – Direito Civil

*2ª cadeira* – Direito Comercial (especialmente Direito Marítimo, Falência e Liquidação Judiciária)

*3ª cadeira* – Teoria do Processo Civil, Comercial e Criminal

*4ª cadeira* – Medicina Pública

## 5º ano

*1ª cadeira* – Prática Forense

*2ª cadeira* – Ciência da Administração e Direito Administrativo

*3ª cadeira* – História do Direito e especialmente do Direito Nacional

*4ª cadeira* – Legislação Comparada sobre Direito Privado.

Há que se mencionar também a reforma Rivadávia Corrêa, por meio do Decreto nº 8.659, de 5 de abril de 1911<sup>50</sup>, que transformou a cadeira de Filosofia do Direito em Introdução Geral ao Estudo do Direito ou Enciclopédia Jurídica, transferindo também a disciplina de Direito Romano para o terceiro ano. Segundo Bastos (1998, p. 154 e 156), a Lei Rivadávia provocou, epistemologicamente, avanços significativos no ensino jurídico, aproximando-o de fórmulas e modelos mais modernos. Já em 1915, deu-se a Reforma Carlos Maximiliano, marcada por características conservadoras, de forte influência jusnaturalista.

Aliás, referente a essa época, os dados levantados por Teotônio Simões sustentam que, para o período de 1889 a 1917, o número de deputados federais que eram bacharéis em direito foi menor que no período imperial, dado que não deixa de ser interessante, uma vez que

a conclusão, para nós surpreendente, mas que se impôs, foi a de que, pelo menos no período considerado, a participação dos bacharéis sobre o total de deputados diminuiu. Sua presença, porém, é por demais marcante para que se possa falar de um rompimento com o padrão que vinha desde os tempos coloniais. Mas nos permite afirmar que, em comparação com o Império, a “República dos Bacharéis” era menos bacharelesca do que a monarquia (SIMÕES, 1983, p. 358).

<sup>50</sup> Disponível em:

<<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=58698><http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=58698>>. Acesso em 01 ago. 2014.

Registre-se, ainda quanto ao início da República, a síntese de Prado Júnior (1976, p. 155-156):

Em suma, a República, rompendo os quadros conservadores dentro dos quais se mantivera o Império apesar de todas suas concessões, desencadeava um novo espírito e tom social bem mais de acordo com a fase de prosperidade material em que o país se engajara. Transpunha-se de um salto o hiato que separava certos aspectos de uma superestrutura ideológica anacrônica e o nível das forças produtivas em franca expansão. Ambos agora se acordavam. Inversamente, o novo espírito dominante, que terá quebrado resistências e escrúpulos poderosos até havia pouco, estimulará ativamente a vida econômica do país, despertando-a para iniciativas arrojadas e amplas perspectivas. Nenhum dos freios que a moral e a convenção do Império antepunham ao espírito especulativo e de negócios subsistirá; a ambição do lucro e do enriquecimento consagrar-se-á como um alto valor social. O efeito disto sobre a vida econômica do país não poderá ser esquecido nem subestimado.

Porém, ressalte-se que em termos curriculares, conforme Bastos (1998, p. 338), sequer a influência positivista dos primeiros republicanos foi capaz de romper o bloqueio romanista e jusnaturalista dos currículos.

Em continuidade, fique registrado que o documento legislativo que baliza essa reflexão histórica não aborda a chamada Reforma Francisco Campos, de 1931, quando se dá a substituição das perspectivas romanistas e da filosofia jusnaturalista, por novos padrões de conhecimento científico do direito, isto é, sua fundamentação econômica e sua autonomia reflexiva e metodológica (BASTOS, 1998, p. 338). Com a publicação do Decreto nº 19.852, de 11 de abril de 1931<sup>51</sup>, da lavra de Francisco Campos, o ensino do direito passou a possuir dois cursos, um bacharelado de cinco anos, para a formação de profissionais para a advocacia, a magistratura e outros ofícios jurídicos, e um doutorado de dois anos, destinado a formar docentes. Toda reforma empreendida pelo Governo Vargas deixa claro o caráter profissionalizante que se quis imprimir à educação. No direito, buscava-se formar os quadros necessários para a burocracia estatal, bem como atender as necessidades de uma economia que dava seus primeiros passos no desenvolvimento da industrialização, após séculos de agricultura exportadora. De aí ver o caráter nacional tecnicista da formação jurídica, que tem por base o imperialismo capitalista financeiro, uma vez que os grandes trustes industriais passam a descentralizar sua produção, a partir de uma perspectiva estratégica que leva em conta as fontes de matérias-primas e os mercados. Com isso, o Brasil recebe sua cota e se industrializa.

---

<sup>51</sup> Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-19852-11-abril-1931-510363-republicacao-85622-pe.html>>. Acesso em 01 ago. 2014.

Com a Constituição de 1934, “uma grande reforma da fachada, renovação integral da pintura, embora a estrutura do prédio permanecesse inabalável” (LUCAS, 1959, p. 67), veio a modificação curricular implementada pela Lei nº 114, de 11 de novembro de 1935<sup>52</sup>, conhecida pelo nome de seu autor: Gustavo Capanema. Como comenta Bastos (1998, p. 195), o curso adquiriu caráter conservador, com a restauração do Direito Romano, mesmo que ao lado de Introdução à Ciência do Direito, que se consolida como disciplina básica e fundamental. Apesar de não perder sua cientificidade, perde seu caráter modernizador em sua perspectiva tecnicista e profissionalizante.

Efetivamente, foram poucas as modificações feitas no currículo do curso de direito, até o advento da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, nº 4.024, de 20 de dezembro de 1961,<sup>53</sup> quando o Conselho Federal de Educação deixou a rigidez e uniformidade da concepção de “*currículo único*” para todos os cursos e avançou para a concepção de “*currículo mínimo*” a ser adotada pelos cursos de graduação, inclusive para o bacharelado em Direito.

Como ressalta a legislação que ora analisamos:

Esses enfoques revelam, dentre outros motivos, como o curso de Direito esteve, durante o Império e no período republicano até 1962, sob forte e incondicional controle político-ideológico, constituindo-se “currículo único”, com as poucas alterações já apontadas, o que explica a enraizada resistência às mudanças, somente incentivadas, ainda que de forma tênue, a partir de 1962, com a implantação do primeiro currículo mínimo nacional, para o curso de Direito (Parecer CNE/CES 211/2004, p. 7).

A nova LDB (Lei 4.024/61), apesar de instituir o “*currículo mínimo*” para todo o país, deixava às instituições de ensino margem para que estabelecessem, conforme seus critérios, os “*currículos plenos*” com os quais operariam, o que significou importante avanço para a flexibilidade dos currículos dos cursos de graduação, em geral, e do bacharelado em direito, em especial.

Assim, o primeiro “*currículo mínimo*” como referencial para a confecção do “*currículo pleno*” de cada instituição de ensino veio, juntamente com o “*currículo mínimo*” de outros vinte e três cursos de graduação, com o Parecer CFE<sup>54</sup> 215/62,<sup>55</sup> constituído pelas seguintes matérias:<sup>56</sup>

<sup>52</sup> Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1930-1939/lei-114-11-novembro-1935-398007-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em 01 ago. 2014.

<sup>53</sup> Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=102346>>. Acesso em 12 fev. 2014.

<sup>54</sup> CFE – sigla para Conselho Federal de Educação, criado pela LDB 4.024/61, em substituição ao Conselho Nacional de Educação à época.

<sup>55</sup> O Parecer CFE 215/62 foi aprovado por aquele Conselho em 15 de setembro de 1962, publicado in *Documenta nº 8 – Outubro de 1962, p. 81/83*, e republicado in *Documenta nº 10 – Dezembro de 1962, p. 16/19*,

1. Introdução à Ciência do Direito
2. Direito Civil
3. Direito Comercial
4. Direito Judiciário (com prática forense)
5. Direito Internacional Privado
6. Direito Constitucional (incluindo noções de Teoria do Estado)
7. Direito Internacional Público
8. Direito Administrativo
9. Direito do Trabalho
10. Direito Penal
11. Medicina Legal
12. Direito Judiciário Penal (com prática forense)
13. Direito Financeiro e Finanças
14. Economia Política

Entretanto, o próprio texto legislativo reconhece que

[...] ainda assim o currículo de Direito se manteve rígido, com ênfase bastante tecnicista, sem a preocupação maior com a formação da consciência e do fenômeno jurídicos, não se preocupando com os aspectos humanistas, políticos, culturais e sociais, mantendo-se, assim, o citado tecnicismo, próprio do início e de boa parte do período republicano anterior (Parecer CNE/CES 211/2004, p. 8).

As razões pelas quais, apesar de ser um avanço, a Lei 4.024/61 é eivada de espírito tecnicista podem ser encontradas na obra de Dermeval Saviani<sup>57</sup> cujo assunto específico é justamente “o significado político da ação do Congresso Nacional na Legislação do Ensino, o que foi explicitado tomando-se como objeto principal de análise a Lei 4.024/61” (SAVIANI, 1999, Prefácio) entre outras.<sup>58</sup> Assim, referindo-se a Lei 4.024/61, após meticulosa análise dos debates realizados no e em torno do Congresso Nacional para sua confecção e aprovação, Saviani conclui que

o texto aprovado não correspondeu plenamente às expectativas de nenhuma das partes envolvidas no processo. Foi, antes, uma solução de compromisso, uma resultante de concessões mútuas prevalecendo, portanto, a estratégia da conciliação. Daí por que não deixou de haver também aqueles que consideraram a lei então aprovada pelo Congresso Nacional como inócua, tão inócua como o eram as críticas estribadas na estratégia do “liberalismo”. Ilustra essa posição a definição espirituosa enunciada por Álvaro Vieira Pinto: “É uma lei com a qual ou sem a qual tudo continua tal e qual”. (SAVIANI, 1999, p. 48).

---

por ocasião de sua homologação via Portaria Ministerial, em 04 de dezembro de 1962, da lavra do então Ministro de Educação e Cultura, Prof. Darcy Ribeiro (a quem o texto do Parecer CNE/CES 211/2004 se refere como “*de saudosa memória*”).

<sup>56</sup> Cf. Parecer CNE/CES 211/2004, p. 8.

<sup>57</sup> Eis a referência: SAVIANI, Dermeval. O Congresso Nacional e a Lei nº 4.024/61 – A estratégia da “conciliação” na “democracia restrita”. IN: *Política e Educação no Brasil – o papel do Congresso Nacional na legislação do ensino*. Campinas: Autores Associados, 1999, p. 31-48.

<sup>58</sup> Tal obra de Saviani refere-se ao seu trabalho apresentado como tese de livre-docência em História da Educação junto ao Departamento de Filosofia e História da Educação da Faculdade de Educação da Universidade Estadual de Campinas – UNICAMP.

Passemos, então, à análise do próximo período histórico.

#### **2.4 Os cursos de direito no Brasil e as mudanças até 1972**

Atendendo os reclames de vários setores envolvidos com o processo educacional, adveio, em 28 de novembro de 1968, a Lei 5.540<sup>59</sup>, conhecida como a Lei da Reforma Universitária, que, em sua própria definição, “fixa normas de organização e funcionamento do ensino superior e sua articulação com a escola média, e dá outras providências”.

No entender de Dermeval Saviani,<sup>60</sup> “a Lei 5.540/68 é um produto típico do regime político instaurado com o golpe militar de 1964” (1999, p. 79), representando um esboço de reforma, apenas em aspectos consentidos pelo Governo militar, com a anuência mórbida da oposição à época, como constata Florestan Fernandes ao refletir sobre o significado político do texto de lei aprovado:

É preciso que fique bem claro, de antemão, que entendemos a reforma universitária consentida como uma manifestação de tutela política e como mera panaceia. Não podemos aceitá-la porque ela não flui de nossa vontade, não responde aos anseios que animam as nossas lutas pela reconstrução da universidade e não possui fundamentos democráticos legítimos. Complemento de dois decretos-leis de um Governo militar autoritário e expressão perfeita do poder que engendrou a constituição outorgada à Nação em janeiro de 1967, ela representa uma contrafação de nossos ideais e de nossas esperanças. A ela devemos opor a autêntica reforma universitária, que nasce dos escombros de nossas escolas e da ruína de nossas vidas mas carrega consigo a vocação de liberdade, de igualdade e de independência do povo brasileiro (FERNANDES, 1975, p. 207-208).

Em relação ao curso de direito afirmou-se o caráter tecnicista, reprodutivista e conformado, com o método dogmático de inspiração juspositivista, conforme destaca Rodrigues (1993, p. 48).

Na prática continuou existindo um curso com rigidez curricular, além de que a enumeração das matérias mostrou novamente a tendência de transformar o ensino jurídico em formador de práticos do Direito, pois havia uma quase exclusividade de cadeiras estritamente dogmáticas.

Nesse ínterim, foi editada a Lei 4.215/63 que instituiu o exame de ordem para o exercício da profissão do bacharel em Direito. Tal ordenamento foi alterado pela Lei 5.842/72

---

<sup>59</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15540.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15540.htm)>. Acesso em: 29 set. 2014.

<sup>60</sup> A referência da parte da obra na qual Saviani trata da Lei 5.540/68 é a seguinte: SAVIANI, Dermeval. O Congresso Nacional e a Lei nº 5.540 – A estratégia do “Autoritarismo Desmobilizador” na instalação da “Democracia Excludente”. IN: *Política e educação no Brasil: o papel do Congresso Nacional na legislação do ensino*. Campinas: Autores Associados, 1999, p. 67-86.

que manteve o disciplinamento do Parecer CFE 162, de 27 de janeiro de 1972, do qual adveio a Resolução CFE 2/72, definindo o novo currículo mínimo nacional para o curso de graduação em Direito, bacharelado, fixando os seguintes conjuntos curriculares obrigatórios:<sup>61</sup>

*A – Básicas:*

1. Introdução ao Estudo do Direito
2. Economia
3. Sociologia

*B – Profissionais:*

4. Direito Constitucional (Teoria do Estado – Sistema Constitucional Brasileiro)
5. Direito Civil (Parte Geral – Obrigações – Parte Geral e Parte Especial – Coisas – Família – Sucessão)
6. Direito Penal (Parte Geral – Parte Especial)
7. Direito Comercial (Comerciantes – Sociedades – Títulos de Crédito – Contratos Mercantis e Falências)
8. Direito do Trabalho (relação do Trabalho – Contrato de Trabalho – Processo Trabalhista)
9. Direito Administrativo (Poderes Administrativos – Atos e Contratos Administrativos – Controle de Administração Pública – Função Pública)
10. Direito Processual Civil (Teoria Geral – Organização Judiciária – Ações – Recursos – Execuções)
11. Direito Processual Penal (Tipo de Procedimento – Recursos – Execução)
12. Prática Forense, sob a forma de estágio supervisionado
13. Estudos de Problemas Brasileiros e a prática de Educação Física, com predominância desportiva, de acordo com a legislação específica
- 14/15. Duas opcionais dentre as seguintes:
  - a) Direito Internacional Público
  - b) Direito Internacional Privado
  - c) Ciências das Finanças e Direito Financeiro (Tributário e Fiscal)
  - d) Direito da Navegação (Marinha e Aeronáutica)
  - e) Direito Romano
  - f) Direito Agrário
  - g) Direito Previdenciário
  - h) Medicina Legal.

Como reconhece o próprio texto legislativo atual, reservava-se “às instituições de ensino uma margem muito limitada para agregar, na composição do seu currículo pleno, algumas disciplinas optativas”, de modo que, como vimos anteriormente, apesar do advento da Lei 5.540/68 e das modificações introduzidas pelas Resoluções 3/72 e 15/73, o currículo mínimo ainda era fixado nacionalmente pelo Conselho Federal de Educação, engessando a autonomia das instituições de ensino superior e atendendo ao espírito de controle do Governo ditatorial da época, conforme se lê no texto da Lei referida acima:

<sup>61</sup> Cf. Parecer CNE/CES 211/2004, p. 11-12.



Art. 26. O Conselho Federal de Educação fixará o currículo mínimo e a duração mínima dos cursos superiores correspondentes a profissões reguladas em lei e de outros necessários ao desenvolvimento nacional.<sup>62</sup>

Sobre o tema, é significativa a análise de Álvaro Melo Filho, divergindo da perspectiva do documento legislativo:

[...] a Resolução de 1972 do Conselho Federal de Educação concedeu liberdade às Universidades na organização curricular, condicionando-as apenas quanto à duração do curso e ao currículo mínimo. No entanto, os cursos jurídicos, não sabendo usar da liberdade de comportamento que lhe foi concedida, optaram por uma autolimitação, vale dizer, renunciaram à autonomia, posto que grande parte dos cursos transformaram em máximo o currículo mínimo, afastando a flexibilidade, variedade e regionalização curriculares expressas pelas habilitações específicas (especificações) que viessem a atender o dinamismo intrínseco do Direito e as possibilidades reais dos corpos docentes e discentes (MELO FILHO, 1992, p. 45).

Rodrigues (2005, p. 68), por sua vez, segue em uma leitura bastante semelhante, a afirmar que as instituições de ensino fizeram uma interpretação inadequada do espírito da reforma. “A maioria delas adotou o currículo mínimo como currículo pleno, deixando de acrescentar-lhe outras matérias e atividades que permitissem, em cada caso concreto, a adequação dos cursos às realidades regionais”.

O que é certo é o desfecho comum: os problemas do ensino do direito não encontraram solução a partir da reforma. “Os motivos são diversos – ou ela não introduziu as mudanças estruturais necessárias, ou não foi devidamente aplicada –, a conclusão é idêntica” (RODRIGUES, 2005, p. 71).

Quanto à produção da vida material que embasa a legislação analisada, tomemos o *post scriptum* de Caio Prado Júnior (1976, p. 261) para sua *História econômica do Brasil*, datado de 1976:

a política e orientação econômica adotadas nestes últimos anos, a saber, o chamado “modelo brasileiro de desenvolvimento”, que não é outra coisa, em última análise, senão precisamente a consagração e oficialização daqueles “remanescentes do velho sistema da economia brasileira” [...], em particular o nosso enquadramento no sistema internacional do capitalismo, que vem a ser o imperialismo, na posição de simples dependência dele, um tal modelo é o grande responsável pela atual situação de dificuldades que atravessamos.

Eram os tempos do propagandeado “milagre econômico” que a maioria dos economistas não atentou para o aspecto (o mais importante deles) de que o desenvolvimento nacional se dava à custa da dependência e da subordinação da economia brasileira ao capitalismo internacional, sob o comando dos centros financeiros do sistema: “as matrizes dos

---

<sup>62</sup> O artigo transcrito é a manutenção do art. 9º, § 1º, da antiga Lei de Diretrizes e Bases 4.024/61, fornecendo a perfeita noção de continuidade entre as legislações em tela.

velhos trustes conhecidos hoje pela eufêmica designação de “multinacionais” (PRADO JÚNIOR, 1976, p. 261). Não apenas os economistas estavam alheios; como se depreende da legislação analisada, o ensino jurídico (e o direito) também. Os resultados do desenvolvimento nacional após o choque do petróleo (1973) e a consequências terríveis das crises interna e externa no início dos anos 80, levaram insatisfação para todos os segmentos da sociedade, exasperando as contradições das tensões sociais disseminadas por todo o Brasil. Esse descontentamento teve expressão concreta em vários eventos, entre os quais podemos citar: a constituição do Movimento dos Trabalhadores Sem Terra (MST), a criação da Central Única dos Trabalhadores (CUT), a fundação do Partido dos Trabalhadores (PT) e a realização de cinco greves gerais entre 1983 e 1989.

Com isso, estamos preparados para passar ao exame do próximo período histórico.

## **2.5 Os cursos de direito no Brasil e as tentativas de mudanças de 1980**

Em 1980, o MEC, com critérios de representatividade regional, constituiu uma Comissão de Especialistas de Ensino Jurídico (alterada em 1981, com a substituição de dois de seus membros)<sup>63</sup>, com o objetivo de refletir sobre os cursos de direito no Brasil e propor um novo currículo alterando aquele fixado pela Resolução CFE 3/72 em vigor.

É necessário ter presente que

No Brasil e em vários outros países da América Latina, no final da década de 70 e parte dos anos 80, ficaram famosos os movimentos sociais populares articulados por grupos de oposição ao então regime militar, especialmente pelos movimentos de base cristãos, sob a inspiração da Teologia da Libertação. Ao final dos anos 80, e ao longo dos anos 90, o cenário sociopolítico se transformou radicalmente. Inicialmente teve-se um declínio das manifestações nas ruas, que conferiam visibilidade aos movimentos populares nas cidades. Alguns analistas diagnosticaram que eles estavam em crise porque haviam perdido seu alvo e inimigo principal - o regime militar. Na realidade, as causas da desmobilização são várias. O fato inegável é que os movimentos sociais dos anos 70/80 contribuíram decisivamente, via demandas e pressões organizadas, para a conquista de vários direitos sociais novos, que foram inscritos em leis na nova Constituição brasileira de 1988.

---

<sup>63</sup> Segundo Rodrigues (2005, p. 72), “A Comissão foi composta inicialmente pelos professores Alexandre Luiz Madina (Rio de Janeiro), Lourival Vilanova (Pernambuco), Orlando Ferreira de Melo (Santa Catarina) e Rubens Sant’Anna (Rio Grande do Sul). A partir de 1981, com a impossibilidade de comparecimento dos dois primeiros, a Comissão foi reestruturada, com a inclusão dos professores Adherbal Meira Mattos (Pará), Álvaro Melo Filho (Ceará), Aurélio Wander Bastos (Rio de Janeiro) e Tercio Sampaio Ferraz Junior (São Paulo)”.

É nesse clima que se constituiu a Comissão de Especialistas e, como reconhece e informa o próprio texto legislativo:

É que se tornou assente, naquele curto período de 1972 até 1980, [...] que, por diversos motivos, o currículo até então introduzido não contemplava as necessárias mudanças estruturais que resolvessem os problemas 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 situações sociais emergentes (Parecer CNE/CES 211/2004, p. 12).

Assim, a proposta de currículo mínimo para o curso de graduação em Direito, bacharelado, ficou constituída por quatro grupos de matérias, o primeiro sendo pré-requisito para os demais, como se segue:<sup>64</sup>

1. *Matérias Básicas*

Introdução à Ciência do Direito  
Sociologia Geral  
Economia  
Introdução à Ciência Política  
Teoria da Administração

2. *Matérias de Formação Geral*

Teoria Geral do Direito  
Sociologia Jurídica  
Filosofia do Direito  
Hermenêutica Jurídica  
Teoria Geral do Estado

3. *Matérias de Formação Profissional*

Direito Constitucional  
Direito Civil  
Direito Penal  
Direito Comercial  
Direito Administrativo  
Direito Internacional  
Direito Financeiro e Tributário  
Direito do Trabalho e Previdenciário  
Direito Processual Civil  
Direito Processual Penal

4. *Matérias direcionadas a Habilitações Específicas*

Composto por disciplinas e áreas de conhecimento que atendessem à realidade regional, às possibilidades de cada curso, à capacitação do quadro docente e às aptidões dos alunos. Também se previa a substituição do estágio curricular supervisionado e extracurricular com a implantação do Laboratório Jurídico, com um mínimo de 600 (seiscentas) horas/atividades, a serem cumpridas em até dois anos. Ensejava-se até a eliminação do Exame de Ordem.

<sup>64</sup> Cf. Parecer CNE/CES 211/2004, p. 12.

Entretanto, o MEC, através do Conselho Federal de Educação jamais deliberou sobre essa proposta que perdurou até 1996. Que está por detrás desse silêncio e quais bases sustentam essa apatia, se o diagnóstico de legalismo e tecnicismo no ensino jurídico já estava patente e documentado? Como explicar a inércia do Conselho Federal de Educação diante da constatação do curso de direito sem comprometimento com a formação de profissionais capazes de enfrentar as novas situações sociais, uma vez formavam bacharéis débeis em consciência e raciocínio jurídicos? A resposta é que, nos anos 1990, o liberalismo,

que já havia adentrado na maior parte da América Latina, implanta-se no Brasil, com toda força, a partir do Governo Collor. O discurso liberal radical, combinado com a abertura da economia e o processo de privatizações inaugura o que poderíamos chamar da “Era Liberal” no Brasil. Até então, apesar da existência de algumas iniciativas nesse sentido, durante o Governo Sarney, e de uma já forte massificação e propaganda dessa doutrina nos meios de comunicação de massa, havia uma forte resistência à mesma, calcada principalmente, na ascensão política, durante toda a década de 1980, dos movimentos sociais e do movimento sindical. A Constituição de 1988, apesar de seus vários equívocos, foi a expressão maior dessa repulsa da sociedade brasileira, por isso mesmo, ela foi alvo privilegiado tanto do Governo Collor quanto do Governo Cardoso, que recolocou, mais tarde, o projeto liberal nos trilhos (FILGUEIRAS, 2000, p. 83-84).

Quanto à proposta da Comissão de Especialistas, a bem da verdade, Rodrigues (2005, p. 73) observa, porém, que apesar de totalmente esquecida,

analisando-se os currículos de cursos de Direito, anteriores à edição da Portaria MEC nº 1.886/1994, nota-se a sua influência efetiva em alguns deles. Também é provável que tenha influenciado a definição dos conteúdos curriculares, na forma constante dessa Portaria.

Há que se registrar que, em 1991, o Conselho Federal da OAB instituiu a Comissão de Ciência e Ensino Jurídico encarregada de “levantar dados e análises e fazer um diagnóstico da situação do ensino do Direito e do mercado de trabalho para advogados, para com base neles efetivar uma proposta concreta de correção das distorções encontradas” (RODRIGUES, 2005, p.74). Os resultados da comissão foram apresentados durante a XIV Conferência Nacional da OAB, em Vitória – ES, no mês de setembro de 1992<sup>65</sup>. Em 1993, foi organizado um segundo volume: *OAB Ensino jurídico: parâmetros para elevação de qualidade e avaliação*<sup>66</sup>, a partir de dados informados pelas próprias instituições de ensino, precisamente, 88 dos 184 existentes (RODRIGUES, 2005, p. 76). Também em 1993, precisamente, em março, o MEC nomeou uma nova Comissão de Especialistas de Ensino de

<sup>65</sup> Os resultados foram editados no livro: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Ensino jurídico: diagnóstico, perspectivas e propostas**. Brasília: OAB, 1992.

<sup>66</sup> ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Ensino jurídico: parâmetros para elevação de qualidade e avaliação**. Brasília: OAB, 1993.

Direito que com seus trabalhos pautou as normativas da Portaria MEC nº 1.886/1994<sup>67</sup>, que analisaremos a seguir. Na OAB, o grupo responsável pelo ensino do direito passou a ser denominado Comissão de Ensino Jurídico (CEJ) e teve sua composição alterada, mas prosseguiu seu importante trabalhos de crítica ao ensino do direito do Brasil, já nos tempos de nossa próxima etapa de análise.

## 2.6 Os cursos de direito no Brasil, de 1996 aos dias atuais

Como vimos, a tentativa da Comissão de Especialistas de Ensino Jurídico, criada em 1980, não viu sua proposta ser efetivada e a situação permaneceu a mesma da década de 70 até o advento da Portaria Ministerial 1.886/94<sup>68</sup>, fixando as novas diretrizes curriculares e o conteúdo mínimo do curso jurídico, revogando as disposições em contrário, de modo especial as Resoluções 3/72 e 15/73, por nós já analisadas. De acordo com Rodrigues (2005, p. 97),

é necessário lembrar que a edição da Portaria MEC nº 1.886/1994 foi precedida de uma séria discussão sobre as crises e problemas do ensino do Direito, em todos os níveis, e teve como pressupostos: a) o rompimento com o positivismo normativista; b) a superação da concepção de que só é profissional do Direito aquele que exerce atividade forense; c) a negação de autossuficiência ao Direito; d) a superação da concepção de educação como sala de aula; e e) a necessidade de um profissional com formação integral (interdisciplinar, teórica, crítica, dogmática e prática).

Havia um prazo de dois anos para que a implantação da Portaria se efetivasse, prazo esse estendido para 1998.

Reflete o texto legislativo:

A Portaria 1.886/94 trouxe inovações que se constituíam avanços para o ensino jurídico, especialmente pelo seu direcionamento à realidade social e 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, através de disciplinas optativas e diferentes atividades de estudos e de aprofundamento em áreas temáticas (Parecer CNE/CES 211/2004, p. 13).

Com isso, o curso jurídico passou a ter um currículo mínimo nacional de 3.300 (três mil e trezentas) horas de atividades, em cinco anos, no mínimo, e oito anos, no

---

<sup>67</sup> Texto legal disponível em: <<http://oab-rn.org.br/arquivos/LegislacaosobreEnsinoJuridico.pdf>>. Acesso em: 06 out. 2014.

<sup>68</sup> Entre 1996 e 2000, a referida Comissão de Ensino Jurídico (CEJ) elaborou outras três obras: em 1996, **OAB Ensino jurídico**: novas diretrizes curriculares; em 1997, **Ensino jurídico OAB**: 170 anos de cursos jurídicos no Brasil; e em 2000, **OAB Ensino Jurídico**: balanço de uma experiência.

máximo,<sup>69</sup> composto pelas seguintes matérias, divididas em dois grupos, (que podiam estar contidas em uma ou mais disciplinas do currículo pleno de cada instituição de ensino):<sup>70</sup>

*I – Matérias Fundamentais*

Introdução ao Direito  
Filosofia (Geral e Jurídica)  
Ética (Geral e Profissional)  
Sociologia (Geral e Jurídica)  
Economia e  
Ciência Política (com Teoria do Estado)

*II – Matérias Profissionalizantes*

Direito Constitucional  
Direito Civil  
Direito Administrativo  
Direito Tributário  
Direito Penal  
Direito Processual Civil  
Direito Processual Penal  
Direito do Trabalho  
Direito Comercial e  
Direito Internacional

Além disso, é de se ressaltar que o Parágrafo Único do Art. 6º da Portaria 1.886/94 rezava:

As demais matérias e os novos direitos serão incluídos nas disciplinas em que se desdobrar o currículo pleno de cada curso, de acordo com as peculiaridades e com a observância da interdisciplinaridade.

O Art. 7º exigia a prática da Educação Física com predominância desportiva e o Art. 8º permitia que o curso (respeitado o conteúdo do currículo mínimo), a partir do quarto ano se direcionasse a “uma ou mais áreas de especialização segundo as vocações e demandas sociais e de mercado de trabalho” (sic. Art. 8º).

Sobre o tema, Rodrigues (2005, p. 97) adverte para o fato de que,

as mudanças [introduzidas pela Portaria MEC nº 1.886/1994] buscaram, em tese, ser um canal através do qual se pudesse modificar a própria mentalidade ultrapassada e rançosa presente hegemonicamente nos cursos de Direito nacionais. Ela pressupunha, nesse sentido, uma autocrítica e um deslocamento que nem todos os partícipes desse ensino estavam dispostos a dar. Isso fez com que a reforma, em muitos aspectos e instituições, fosse meramente formal e, portanto, efetivamente inexistente. Ao lado disso, a reforma incidiu, novamente, no mesmo erro histórico: acreditar que o Direito pode mudar a realidade, quando ele pode, no máximo, ser um indutor da mudança e, mesmo assim, desde que outras condições (volitivas, materiais, psicológicas, culturais, etc.) mais importantes estejam preenchidas.

<sup>69</sup> A resolução 3/72 instituiu uma carga horária mínima de 2.700 (duas mil e setecentas horas) em quatro anos, no mínimo, e sete, no máximo.

<sup>70</sup> Cf. Parecer CNE/CES 211/2004, p. 13-14.

Essas condições não existiam, o neoliberalismo tardiamente vai consolidando seu programa e não havia disposição por parte do poder, no cotidiano, na prática, na microfísica, para romper com o positivismo normativista, com a autossuficiência do direito, com a concepção de que educação não se restringe à sala de aula, enfim, romper com os entraves para uma formação integral do jurista. No sentido de fazer uma retomada histórico-legislativa do período, tenhamos presente que, em 26 de fevereiro de 1996 foi implantado o Conselho Nacional de Educação, mesmo ano em que, aos 20 de dezembro foi editada a Lei 9.394/96<sup>71</sup>, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional<sup>72</sup>, que é, no parecer contemporâneo de Saviani (1999, p. 199-200),

um documento legal que está em sintonia com a orientação política dominante hoje em dia e que vem sendo adotada pelo governo atual em termos gerais e, especificamente, no campo educacional. O ministério da Educação, em lugar de formular para a área uma política global, enunciando claramente as suas diretrizes assim como as formas de sua implementação e buscando inscrevê-la no texto do projeto da LDB que estava em discussão no Congresso Nacional preferiu esvaziar aquele projeto optando por um texto inócuo e genérico, uma “LDB minimalista” na expressão de Luiz Antonio Cunha, texto esse assumido pelo Senador Darcy Ribeiro através do Substitutivo que se logrou converter na nova LDB, [...] uma concepção neoliberal, levando-se em conta o significado correntemente atribuído ao conceito de neoliberal: valorização dos mecanismos de mercado, apelo à iniciativa privada e às organizações não-governamentais em detrimento do lugar e do papel do Estado e das iniciativas do setor público, com a consequente redução das ações e dos investimentos públicos.

Na ocasião, Saviani lamentava o fato de estarmos no “limiar do século XXI sem termos conseguido realizar aquilo que [...] a sociedade moderna se pôs como tarefa dos séculos XIX e XX: a educação pública nacional e democrática” (SAVIANI, 1999, p. 7).

Retomando o contexto da Portaria 1.886/94, que propunha uma maior flexibilidade na composição do currículo, note-se que o próprio documento legislativo reconhece uma grave problemática e descreve:

Ocorre, porém, que essa flexibilização se esbarra em uma rigidez do currículo mínimo nacional para a graduação do bacharel em Direito, uma vez que tal procedimento somente é possível se for, primeiramente, como um pré-requisito, “observado o currículo mínimo previsto no art. 6º” (sic), o que descaracteriza a definição de “diretrizes curriculares”, expressão essa adotada da ementa da Portaria e que não corresponde ao que as Leis 9.131/95 e 9.394/96, com os consequentes Pareceres do Conselho Nacional de Educação, entendem como “Diretrizes Curriculares Nacionais para a Graduação” e “Diretrizes Curriculares para cada Curso de Graduação”,

<sup>71</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19394.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm)>. Acesso em: 30 set. 2014.

<sup>72</sup> Para uma análise da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB – Lei 9.394/96), cf. SAVIANI, Dermeval. **A nova lei da educação: trajetória, limites e perspectivas**. 5ª ed. Campinas: Autores Associados, 1999.

como ora se relata para o curso de graduação em Direito, bacharelado (Parecer CNE/CES 211/2004, p. 14).

Para contornar tal situação, vieram o Parecer CES 776/97<sup>73</sup> e o Edital SESu/MEC 4/97<sup>74</sup>, que alertavam para uma visão ainda engessada do currículo para o curso jurídico.

Outro dado histórico significativo marca o ano de 2001, quando a Comissão de Ensino Jurídico da OAB instituiu o *AOB Recomenda*, retomando uma proposta de 1993, com a implementação de um sistema de avaliação e classificação dos cursos jurídicos, cujos resultados compuseram o livro *OAB Recomenda: um retrato dos cursos jurídicos*, de 2001. Diante do tema, temos a mesma leitura de Tagliavini (2013a, 26):

Eu já me manifestei publicamente, diversas vezes, contrário ao selo “OAB RECOMENDA”, por diversas razões: 1. Não estou convencido da necessidade, competência técnica e legitimidade do selo; 2. O selo marginaliza as vítimas, tem um caráter elitista, excludente; 3. Não é papel da OAB, uma corporação de ofício, emitir um julgamento sobre uma atividade que é de Estado, e que forma para inúmeras outras profissões e para a cidadania; no meu entendimento é uma ingerência em campo alheio. As instituições que não recebem o selo não deveriam sentir-se punidas e aquelas que recebem não deveriam ostentá-lo.

Posteriormente, como já mencionado no início desta seção, vieram as contribuições da ABEDi, sobretudo após o Congresso desta em Florianópolis, em 2003, ressaltando que

[...] os obstáculos do ensino jurídico somente serão superados se as Diretrizes Curriculares Nacionais para a graduação em Direito, bacharelado, encontrarem do corpo docente e das 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 mudanças e das demandas regionais, atuais e emergentes (Parecer CNE/CES 211/2004, p. 15-16).

Portanto, com o advento da nova LDB de 1996 revogando as disposições em contrário e conferindo ao Conselho Nacional de Educação a competência para fixar as diretrizes curriculares dos cursos de graduação, restou revogada a Portaria Ministerial 1.886/94. Com efeito,

A constatação que resta diante da revogação da Portaria MEC nº 1.886/1994 e das defesas, muitas vezes irracionais, de seu conteúdo, é dupla: a) de que todos aqueles que acreditaram que ela seria capaz de ser o instrumento de reforma do ensino do Direito embarcaram em uma *utopia ingênua* (ingênua porque presa ao positivismo que combatia; estava alicerçada na crença de que o Direito pode mudar a realidade); e b) de que a história do ensino do

<sup>73</sup> A orientar as diretrizes curriculares dos cursos de graduação. Disponível em: <[http://portal.mec.gov.br/setec/arquivos/pdf/PCNE776\\_97.pdf](http://portal.mec.gov.br/setec/arquivos/pdf/PCNE776_97.pdf)>. Acesso em: 30 set. 2014.

<sup>74</sup> Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/sesu/arquivos/pdf/e04.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2014.



Direito, no Brasil, em todos os momentos, é a história de imposição de univocidades – o espírito dogmático anima até os mais críticos” (RODRIGUES, 2005, p. 98).

Não se pode esquecer que “o Brasil foi o último país da América Latina a implementar um projeto neoliberal, [...] dada as disputas políticas entre as diversas classes e frações de classes” (FILGUEIRAS, 2006, p. 180), o que explica também a pusilanimidade dos artífices da legislação a normatizar o ensino jurídico.

Assim, de acordo com a LDB 9.394/96, com o Plano Nacional de Educação, Lei 10.172/2001<sup>75</sup>, com os Pareceres 776/97, 583/2001<sup>76</sup>, 67/2003<sup>77</sup>, veio a atual proposta para o estabelecimento das Diretrizes Curriculares Nacionais dos Cursos de Graduação em Direito, que se efetivou com a Resolução CNE/CES nº 9, de 29 de setembro de 2004<sup>78</sup>, revogando como já foi dito, explicitamente, a Portaria 1.886/94.

## **2.7 As atuais diretrizes curriculares para os cursos de direito no Brasil**

Nossa reflexão acerca da evolução histórica da legislação brasileira em torno das Diretrizes Curriculares para os cursos de direito no Brasil, partiu de 1827, quando do início das primeiras faculdades de direito nacionais, desembocando nas atuais Diretrizes Curriculares para os referidos cursos, instituídas pela Resolução CNE/CES nº 9, de 29 de setembro de 2004<sup>79</sup>, que, em sua introdução, repisa o caminho por nós anteriormente analisado e que, antes de analisarmos as referidas Diretrizes, julgamos oportuno revisar, fazendo uso do texto legislativo:

O Presidente da Câmara de Educação Superior do Conselho Nacional de Educação, no uso de suas atribuições legais, com fundamento no art. 9º, §2º, alínea “c”, da Lei 4.024, de 20 de dezembro de 1961, com a redação dada pela Lei nº 9.131, de 25 de novembro de 1995, tendo em vista as diretrizes e os princípios fixados pelos Pareceres CES/CNE nos 776/07, 583/2001, e 100/2002, e as Diretrizes Curriculares Nacionais elaboradas pela Comissão de Especialistas de Ensino de Direito, propostas ao CNE pela SESu/MEC, considerando o que consta do Parecer CES/CNE 55/2004 de 18/2/2004, reconsiderado pelo Parecer CNE/CES 211, aprovado em 8/7/2004, homologado pelo Senhor Ministro de Estado da Educação em 23 de setembro de 2004, resolve: Art.1º A presente Resolução institui as Diretrizes Curriculares do Curso de Graduação em Direito, Bacharelado, a serem

<sup>75</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/110172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110172.htm)>. Acesso em: 30 set. 2014.

<sup>76</sup> Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/CES0583.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2014.

<sup>77</sup> Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/CES0067.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2014.

<sup>78</sup> Disponível em: <[http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/rces09\\_04.pdf](http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/rces09_04.pdf)>. Acesso em: 30 set. 2014.

<sup>79</sup> Texto publicado no Diário Oficial da União, nº 189, de 01 de outubro de 2004, seção 1, p. 17-18.

observadas pelas Instituições de Ensino Superior em sua organização curricular.

O texto das Diretrizes Curriculares, de forma sumária, possui a seguinte estrutura: a) Projeto Pedagógico; b) perfil do formando; c) as competências e habilidades; d) os conteúdos curriculares; e) o estágio curricular supervisionado; f) as atividades complementares; g) o sistema de avaliação; h) o trabalho de curso como componente curricular obrigatório do curso; i) o regime acadêmico de oferta e j) a duração do curso.

A definição do que a Resolução CNE/CES nº 9/2004 estabelece para o Projeto Pedagógico e para a Organização Curricular dos cursos de graduação em Direito encontra-se em seu Art. 5º, instituindo que estes devem contemplar conteúdos e atividades que atendam aos eixos interligados de formação, abaixo apresentados:

I – Eixo de Formação Fundamental,  
tem por objetivo integrar o estudante no campo, estabelecendo as relações do Direito com outras áreas do saber, abrangendo dentre outros, estudos que envolvam conteúdos essenciais sobre Antropologia, Ciência Política, Economia, Ética, Filosofia, História, Psicologia e Sociologia;

II – Eixo de Formação Profissional,  
abrangendo, além do enfoque dogmático, o conhecimento e a aplicação, observadas as peculiaridades dos diversos ramos do Direito, de qualquer natureza, estudados sistematicamente e contextualizados segundo a evolução da Ciência do Direito e sua aplicação às mudanças sociais, econômicas, políticas e culturais do Brasil e suas relações internacionais, incluindo-se necessariamente, dentre outros condizentes com o projeto pedagógico, conteúdos essenciais sobre Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Tributário, Direito Penal, Direito Civil, Direito Empresarial, Direito do Trabalho, Direito Internacional e Direito Processual; e

III – Eixo de Formação Prática,  
objetiva a integração entre a prática e os conteúdos teóricos desenvolvidos nos demais Eixos, especialmente nas atividades relacionadas com o Estágio Curricular Supervisionado, Trabalho de Curso e Atividades Complementares.

Como se depreende dos eixos acima apresentados, as atuais Diretrizes Curriculares ensejam a flexibilização dos conteúdos e atividades do curso de Direito, dando margem a cada Instituição de Ensino Superior para a elaboração de sua grade curricular, de forma que a IES não se conforme com a cômoda postura de nada inovar e evite o que o Parecer CNE/CES 211/2004 já denunciava:

Não raro, também, matérias e disciplinas se justificam tão somente pela satisfação tecnicista, dogmática e personalista de grande contingente dos que atuam nos cursos jurídicos, sem o indispensável comprometimento com a nova ordem política, econômica, social, e com seus pluralismos políticos, jurídicos, regionais e axiológicos que caracterizam a contemporaneidade brasileira e a comunidade das nações. Com efeito, esse contexto está a exigir

bastante autonomia intelectual e lúcido raciocínio jurídico, com as visíveis características de cientificidade e criticidade, epistemologicamente sedimentados, centrados também em uma escala de valor dignificante para o Brasil, para a pessoa humana e para os cidadãos, no pluralismo anterior remetido (Parecer CNE/CES 211/2004, p 16).

Reza a Resolução, em seu Artigo 4º, que o curso de direito, *ao menos*, deverá possibilitar para o profissional jurídico as seguintes habilidades e competências

- I – leitura, compreensão e elaboração de textos, atos e documentos jurídicos ou normativos, com a devida utilização das normas técnico-jurídicas;
- II – interpretação e aplicação do Direito;
- III – pesquisa e utilização da legislação, da jurisprudência, da doutrina e de outras fontes do Direito;
- IV – adequada atuação técnico-jurídica, em diferentes instâncias, administrativas ou judiciais, com a devida utilização de processos, atos e procedimentos;
- V – correta utilização da terminologia jurídica ou da Ciência do Direito;
- VI – utilização de raciocínio jurídico, de argumentação, de persuasão e de reflexão crítica;
- VII – julgamento e tomada de decisões; e,
- VIII – domínio de tecnologias e métodos para permanente compreensão e aplicação do Direito.

Sim, a Resolução CNE/CES nº 9/2004 é um avanço. O elenco de habilidades e competências é bastante significativo. Não por acaso, ao abordar o tema do ensino jurídico e sua relação com o Exame de Ordem, Tagliavini (2013b, p. 8) levanta a bandeira: “pela implantação integral da Resolução 9/2004”. Em outra obra sua afirma que “[essas] diretrizes podem ser o *cavalo de troia* para derrubar as muralhas do ensino positivista do Direito, pois os professores estariam obedecendo a uma norma emanada de autoridade competente (TAGLIAVINI, 2008, p. 48). Por isso, podemos afirmar que a questão não é meramente legislativa, no que diz respeito a entraves. Se há entraves, e os há, estão no cotidiano, na prática, na concepção e no modo como o direito é ensinado.

O mais recente movimento em torno dos cursos de direito é o estabelecimento do novo *marco regulatório* do ensino jurídico, em uma parceria inédita entre o Conselho Federal da OAB e o Ministério da Educação que, em março de 2014 firmaram um protocolo que instituiu uma comissão paritária para esse fim. Em 2013, a Comissão Nacional de Educação Jurídica da OAB (CNEJ) realizou 32 audiências públicas patrocinadas pelo Conselho Federal da OAB e por todas as seccionais. Segundo o presidente da CNEJ, Eid Badr, “foi um esforço inédito da Ordem que envolveu todas as suas seccionais na realização de audiências públicas para oportunizar à comunidade acadêmica e às carreiras jurídicas do

país a participação democrática no debate sobre o marco regulatório do ensino jurídico<sup>80</sup>. Em outubro de 2014, realizou-se no Rio de Janeiro, a XXII Conferência Nacional da OAB e o décimo painel, intitulado *ensino jurídico, advocacia e sociedade*, conduzido por Eid Bard, versou sobre o novo marco regulatório e questões ligadas à qualidade do ensino jurídico. As principais propostas são:

- redução do período de aplicação do ENADE, de cada três anos para aplicação anual;
- criação de um instrumento específico para avaliar os cursos de direito;
- estabelecimento da necessidade social como requisito para autorização de oferta de curso de direito;
- respeito aos direitos trabalhistas dos professores de direito;
- carga mínima do curso: 3.700 horas, com a garantia de duração mínima de cinco anos;
- aumento da prática simulada e real na graduação;
- obrigatoriedade da conciliação e arbitragem na prática das faculdades;
- novos conteúdos no currículo dos cursos de graduação em direito: direito eleitoral, direito da tecnologia da informação, mediação, conciliação e arbitragem, direito previdenciário, direitos humanos e direito ambiental.
- O TCC - Trabalho de Conclusão de Curso deverá ser realizado individualmente e com defesa obrigatória perante banca examinadora;
- Vaga permanente reservada a OAB no CNE - Conselho Nacional de Educação;

Esse novo marco regulatório ainda está sob análise. Entretanto, conforme publicação no Diário Oficial da União de 22 de dezembro de 2014, o Ministério da Educação criou um padrão decisório para a autorização de novos cursos de direito que leva em consideração muitas das propostas apresentadas pela Comissão Nacional de Educação Jurídica da OAB.

De qualquer forma, uma vez mais reafirmamos que o ensino jurídico possui, sob o aspecto legislativo, abertura para uma educação emancipadora. A já aludida imagem do *cavalo de troia* evocada por Tagliavini (2008, p. 48) é sugestiva e inspiradora.

---

<sup>80</sup> Cf. Portal da OAB <

### 3 PERSPECTIVAS PARA UMA REINVENÇÃO NO ENSINO JURÍDICO

No primeiro capítulo desta pesquisa fizemos uma análise do direito como fetiche, mito e invenção: partindo das contribuições de Marx e Engels, passamos pela relação dialética entre mito e esclarecimento de Adorno e Horkheimer e pelas contribuições de Nietzsche e Foucault; ainda verificamos as invenções do direito ocidental pela história, desde o jusnaturalismo até o positivismo jurídico. No segundo capítulo, examinamos a invenção do direito no Brasil, a criação das primeiras faculdades e o processo histórico-legislativo que conduziu o ensino jurídico nas terras brasileiras. Munidos da reflexão realizada, este terceiro capítulo quer ser crítico propositivo na busca de enfrentar diretamente o problema: é possível alguma emancipação dentro desse sistema? Nossa tese é: sim! E as linhas que se seguem procuram fundamentar essa afirmativa.

Antes, em um primeiro momento, para fechar a caminhada pela história das invenções do direito em nosso mundo ocidental, faremos uma breve reflexão sobre o amplo caminho aberto pela superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo; a seguir, apresentaremos a perspectiva inovadora e original do direito alternativo praticado e teorizado no Brasil, de modo mais específico, a partir das contribuições de Amilton Bueno de Carvalho, como exemplo de invenção do direito em perspectiva emancipadora; por fim, fazendo uso da imagem do cavalo de troia, proposta por Tagliavini (2008, p. 48), apresentar nossa tese da possibilidade de um ensino jurídico emancipador.

Sigamos o caminho proposto.

#### 3.1 Pós-positivismo<sup>81</sup>: as novas invenções do direito e caminhos que se descortinam

Na seção inicial desta tese verificamos que o jusnaturalismo moderno, invenção jurídica ocidental a partir do século XVI, fez a aproximação entre lei e razão e defendeu a crença em princípios de justiça válidos de modo universal. Em meio a essa concepção vieram as revoluções liberais, as Constituições escritas e o processo de codificação do direito na sociedade civil-burguesa que, como vimos, apenas pode ser compreendido na economia capitalista em referência à forma-mercadoria e à relação-capital. Tido como natural e evidente no cotidiano do capitalismo, o direito passa a dar “roupagem jurídica às relações

---

<sup>81</sup> Segundo Fernandes e Bicalho (2011, p. 111), “o termo foi introduzido no País por Paulo Bonavides em 1995, na quinta edição de seu Curso de Direito Constitucional”.

sociais na medida mesma em que a própria configuração das relações de produção capitalista já contém em si a alienação inerente à relação-capital e à forma mercadoria” (SARTORI, 2011, p. 181). Verificamos também que o século XIX trouxe a onda positivista e, com ela, o jusnaturalismo – caracterizado como metafísico e anticientífico – foi colocado à margem com a invenção do positivismo jurídico que, por sua vez, identificou o direito com a lei e afastou o direito da filosofia e de questões como legitimidade e justiça. Encerramos aquele capítulo denunciando que o juspositivismo é a invenção do direito idealizada, buscada e exercitada em grande parte dos ambientes – academias, fóruns e literatura – nos quais o direito é fabricado, com características de reducionismo normativista, normativismo abstrato, a-historicismo e tecnicismo jurídico. Há que se dizer ainda que o final do século XIX e o início do XX vivenciaram o apogeu do juspositivismo e sua decadência “emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade” (BARROSO, 2007, p. 4). Em outro texto, Barroso (2001, p. 19) esclarece que “o Direito, a partir da segunda metade do século XX, já não cabia mais no positivismo jurídico [... apesar de iniciar] sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as ideias de justiça e legitimidade”. Invenções do direito em mutação cada vez mais veloz. Por exemplo, em referência ao Estado, o século XX fabricou três discursos, todos com requintada roupagem jurídica: na pré-modernidade o Estado liberal, na modernidade o Estado social e na pós-modernidade o Estado neoliberal. Transportando essa análise para as terras brasileiras,

a constatação inevitável, desconcertante, é que o Brasil chega à pós-modernidade sem ter conseguido ser liberal nem moderno. Herdeiros de uma tradição autoritária e populista, elitizada e excludente, seletiva entre amigos e inimigos – e não entre certo e errado, justo ou injusto –, mansa com os ricos e dura com os pobres, chegamos ao terceiro milênio atrasados e com pressa (BARROSO, 2001, p. 4).

Mais, como ensina Belluzzo (2004, p. 64), “a história dos séculos XIX e XX pode ser contada como uma saga: a resistência das camadas sociais mais desprotegidas contra as forças cegas e supostamente impessoais do mercado”. No atual momento histórico, após as conquistas sociais, como a Constituição de 1988, e na busca de enfrentar a crise que o sistema mesmo gera com suas contradições internas, o neoliberalismo passa a reorganizar o modo de produção material da vida, o que traz implicações não apenas para as relações de trabalho, como também para a própria compreensão da vida e para cosmovisão das pessoas. O universo em torno do direito não está fora desse sistema: profissionais, professores, alunos e pretensos alunos dos cursos jurídicos conhecem bem de perto a descrição de Tarso de Melo (2011, p. 60):

A estratégia começa, em regra, com a ameaça do desemprego e o argumento de que a desregulamentação da relação de emprego viabiliza a sua manutenção. Apenas com este passo, o discurso hegemônico dos últimos 20 anos coloca os trabalhadores em xeque, fragmentando a sua percepção e o seu pertencimento a uma classe social específica, e lançando-o na luta individual pela sobrevivência. O trabalhador assim situado não reivindica nada além do que a manutenção do seu emprego e aceita, inclusive, que suas condições de trabalho sejam precarizadas. Se na história dos direitos sociais [...] era o capitalista que se desfazia dos anéis para não perder os dedos, sob o neoliberalismo os trabalhadores – lançados uns contra os outros na competição pela continuidade do emprego – entregam anéis, dedos, tudo em troca de salário. Até a alma. Como afirma David Harvey, “A preocupação neoliberal com o indivíduo põe em segundo plano toda preocupação democrática social com a igualdade, a democracia e as solidariedades sociais” É desse modo que se entende porque “o neoliberalismo se tornou hegemônico como modalidade de discurso e passou a afetar tão amplamente os modos de pensamento que se incorporou às maneiras cotidianas de muitas pessoas interpretarem, viverem e compreenderem o mundo”<sup>82</sup>.

É nesse contexto que se deve compreender o conjunto de perspectivas pós-positivistas que se descortina para o direito: um conjunto amplo e ainda inacabado<sup>83</sup>: a fábrica, de forma alguma, cessou sua produção. Segundo Barroso (2009, p. 242):

*O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem algumas ideias de justiça além da lei e de igualdade material mínima, advindas da teoria crítica, ao lado da teoria dos direitos fundamentais e da redefinição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica*.*

Em outro texto, explicita o mesmo Barroso (2001, p. 28)

O pós-positivismo é uma superação do legalismo, não com recurso a ideias metafísicas ou abstratas, mas pelo reconhecimento de valores compartilhados por toda a comunidade. Estes valores integram o sistema jurídico, mesmo que não positivados em um texto normativo específico. Os princípios expressam os valores fundamentais do sistema, dando-lhe unidade e condicionando a atividade do intérprete. Em um ordenamento jurídico pluralista e dialético, princípios podem entrar em rota de colisão. Em tais situações, o intérprete, à luz dos elementos do caso concreto, da proporcionalidade e da preservação do núcleo fundamental de cada princípio e dos direitos fundamentais, procede a uma ponderação de interesses. Sua decisão deverá levar em conta a norma e os fatos, em uma interação não formalista, apta a produzir a solução justa para o caso concreto, por fundamentos acolhidos pela comunidade jurídica e pela sociedade em geral. Além dos princípios tradicionais como Estado de direito democrático, igualdade e liberdade, a quadra atual vive a consolidação do princípio da razoabilidade e o desenvolvimento do princípio da dignidade da pessoa humana.

<sup>82</sup> A obra de David Harvey citada é **O neoliberalismo: história e implicações**. São Paulo: Loyola, 2008, p. 190 e 13.

<sup>83</sup> Os pioneiros nessa temática, segundo Barroso (2009, p. 4) são John Rawls, com a obra **Uma teoria da justiça**, de 1971; Ronald Dworkin, com a obra **Levando os direitos a sério**, de 1977; e Robert Alexy, com a obra **Teoria do direitos fundamentais**, de 1985.

Na verdade, o que se percebe é uma reaproximação entre direito e filosofia, porém, não é o escopo desta tese a análise específica desse tema. O que fica patente, e toda primeira seção desta tese quis mostrar é

que o direito é sempre ambíguo na forma como absorve e “soluciona” os conflitos sociais, pois as previsões de transformação social integram a aparência necessária do papel que este mesmo direito exerce na conservação da sociedade de classes. No entanto, dessa ambiguidade decorre dialeticamente um potencial de resistência política, que, diante da importância assumida pelo direito na conformação e manutenção das relações sociais necessárias à reprodução do capital, assiste também a um correspondente aumento de sua importância como espaço de luta política (MELO, 2011, p. 10).

Esse é um princípio de fundamento para o sim que respondemos ao problema da possibilidade de emancipação dentro do sistema. Ademais,

não é ingenuidade, conformismo, conservadorismo ou reformismo da classe trabalhadora *lutar as lutas possíveis* dando à política o sentido em que Mézáros a definiu: “aplicação consciente de medidas estratégicas capazes de afetar profundamente o desenvolvimento social como um todo”. Tais lutas são válidas tanto pelo seu sentido imediato quanto pela conscientização que propiciam (MELO, 2011, p. 65).

Na direção da construção de um direito como instrumento de auxílio no processo de emancipação existem possibilidades já concretizadas, existe o uso do direito como instrumento para a ação política e engajada. Tarso de Melo (2007, p. 18), insiste que “as tendências críticas, malgrado seu *insucesso de público*, e justamente por acreditar que algo, por insuficiente que seja, é possível de ser feito com os instrumentos jurídicos disponíveis e outros que venha a instituir, devem persistir no ataque cerrado às ilusões jurídicas”. Em sua dissertação, Melo (2007) mostra como o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra (MST), por meio de sua luta e de decisões já conquistadas no judiciário, desvela os *sujeitos concretos* ocultos sob abstrato *sujeito de direitos* previsto no texto constitucional e afirma que “é lícito concluir que se houvesse movimentos sociais para lutar pela concretização dos programas constitucionais, como o MST luta pelo ‘programa’ da reforma agrária, seriam maiores as chances do *país real* se aproximar do *país ideal* do texto da Constituição Federal” (MELO, 2007, p. 62).

Como se depreende, não é ingênuo crer que o direito possa ser utilizado como instrumento de emancipação.

A esperança, afinal, é de que o *mundo do direito* possa abandonar seus principais vícios, seja do corte absoluto entre norma e realidade, seja o da indiferença ou perplexidade diante dos problemas sociais gravíssimos. Enfim, que os profissionais jurídicos, todos, troquem o habitual *lavo minhas mãos* do saber dogmatizado, contente com *interpretar por interpretar*, por um compromisso com *interpretar para transformar* (MELO, 2007, p. 97).



Como ensina Paulo Freire (1987, p. 73), há um

sentido profético e esperançoso da educação (ou ação cultural) problematizadora [ou emancipadora]. Profetismo e esperança que resultam do caráter utópico de tal forma de ação, tomando-se a utopia como a unidade inquebrantável entre a denúncia e o anúncio. Denúncia de uma realidade desumanizante e anúncio de uma realidade em que os homens possam ser mais. Anúncio e denúncia não são, porém, palavras vazias, mas compromisso histórico.

Nesse sentido, outra ilustração da possibilidade prática e teórica de reinvenção do direito para a emancipação é o direito alternativo, invenção brasileira, que, por sua vez, nos propomos a analisar mais detidamente, por entender que tal reflexão oportuniza lições significativas ao encarar o direito por uma outra perspectiva, sempre no viés da emancipação.

### **3.2 O direito alternativo – invenção brasileira, prática teorizada**

Esta seção quer apresentar a perspectiva inovadora e original do direito alternativo praticado e teorizado no Brasil<sup>84</sup>, de modo mais específico, a partir das contribuições de Amilton Bueno de Carvalho, desembargador aposentado e autor de significativa obra sobre o tema. A opção por Amilton Bueno de Carvalho se justifica por vários motivos que passamos a apresentar: a) Amilton Bueno de Carvalho é um dos fundadores, não apenas do Movimento do Direito Alternativo em sua matriz teórica, mas também fez parte integrante e significativa da prática judicante que deu origem ao movimento. b) Foi a partir de uma entrevista com Amilton Bueno de Carvalho, publicada no *Jornal da Tarde*, de São Paulo, em 24 de outubro de 1990, que se desencadeou toda uma efervescência que agitou a intelectualidade e os juristas brasileiros, proporcionando a divulgação nacional do movimento do direito alternativo, a consolidação teórica do movimento, bem como a denominação pela qual o movimento é hoje conhecido. c) Amilton Bueno de Carvalho lecionou por alguns anos, no início da década de 90, na primeira cadeira de “Direito Alternativo” da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul, criada por

---

<sup>84</sup> Por ocasião de meu segundo curso de mestrado, finalizado em 2008, minha dissertação teve como objeto de pesquisa os componentes curriculares da Faculdade de Direito da USP (pública) e da PUC-SP (privada) em busca de verificar de que maneira neles se fazia presente o direito alternativo. Verificou-se que o direito alternativo não se encontrava de forma explícita em nenhum componente curricular e apenas pôde ser constatado de forma implícita ou remotamente implícita. Naquela ocasião já escrevia: “como a pesquisa parte da premissa que o direito alternativo é um caminho para uma perspectiva crítica no ensino do direito, conclui-se um alerta: é necessário que os novos bacharéis em direito no país tenham a oportunidade de tomar conhecimento do direito alternativo como forma de transformar o direito em instrumento de emancipação popular e consolidação da democracia” (BALIKIAN, 2008, p. 8). E o alerta continua atual.

seu diretor à época: o progressista Eládio Lecey. d) Com outros magistrados alternativos, Amilton Bueno de Carvalho logrou chegar ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em julho de 1998, no qual permaneceu até sua aposentadoria em 16 de julho de 2012, e a atividade de um juiz de segundo grau é bastante diversa daquela na primeira instância, de maior relevância e consequência, e é a partir dessa prática (como Desembargador) que teoriza sobre o direito. e) São inúmeros os convites (muitos recusados e outros tantos aceitos) para conferências, encontros, fóruns, seminários de estudo etc., nos quais Amilton Bueno de Carvalho apresenta sua prática, sua teoria e suas pesquisas mais recentes. É ele um militante do movimento do direito alternativo. f) O contato pessoal com intelectuais alternativistas internacionais, muitos com laços de amizade, fazem Amilton Bueno de Carvalho estar constantemente atualizado com as questões que envolvem o movimento do direito alternativo tanto no âmbito teórico quanto no prático. g) Nosso contato pessoal com o autor e com amigos do autor (também alternativistas) nos propicia preciosas indicações de bibliografia (bem como o acesso a elas) e inestimáveis sugestões para o desenvolvimento da presente tese.

Na busca de caracterizar essa peculiar invenção do direito, vamos da sua origem europeia, na Itália dos anos 70, à sua passagem pela Espanha, até chegar ao Brasil no início da década de 80, com sua consolidação teórico-prática mais recente.

No prefácio da obra *Direito alternativo brasileiro e pensamento jurídico europeu*, organizada por Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho<sup>85</sup>, Lédio Rosa de Andrade escrevia, no inverno de 2003:

O Direito Alternativo, no Brasil, já tem doze anos. Até hoje, entretanto, não é fácil conceituá-lo. Uns o consideram movimento social e outros, uma corrente jurídica. Já se falou em uma nova teoria do Direito ou de um ramo da Ciência Jurídica. Não é, por certo, uma instituição, pois não tem sede, não tem burocracia e nem hierarquia. Não há presidente, secretário e tesoureiro (CARVALHO; CARVALHO, 2004, p. xi).

A afirmação se coaduna com a perspectiva que adotamos nesta tese de ser o direito uma invenção jamais unívoca. O próprio Bueno de Carvalho tem reservas em definir o que é direito alternativo e, ao fazê-lo, apresenta um conceito de forma ampla, conforme Rubio e Flores constata citando-o:

[...] atuação comprometida com a busca da vida e da dignidade para todos, e que ambiciona a emancipação popular com a abertura de espaços democráticos, tornando-se instrumento de defesa/libertação contra a dominação imposta (CARVALHO; CARVALHO, 2004, p. 7).

---

<sup>85</sup> CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo (org.). **Direito alternativo brasileiro e pensamento jurídico europeu**. Lumen Juris, Rio de Janeiro: 2004. Tal obra trata-se de uma grande conquista, pois pode ser avaliada como o reconhecimento internacional da teoria e práxis do direito alternativo brasileiro. Será frequentemente referenciada nesta seção.

Penso que a expressão *atuação comprometida* merece ser refletida, uma vez que não existe, a meu sentir, atuação “descomprometida”. Toda e qualquer atuação, mesmo a negativa dela, sempre compromete. Mais: em qualquer situação humana, o agir, comprometido ou não, consciente ou inconsciente, compromete, pois os efeitos do agir ou não agir do ser humano são consequentes de modo inexorável e o ser humano não pode fugir dessa sua condição. Por isso, importa que nossa atuação seja a mais possível consciente e norteada pelos compromissos que assumimos. E Bueno de Carvalho assume, explicitando qual o comprometimento do direito alternativo: a) busca da vida, b) busca da dignidade para todos, c) ambiciona a emancipação popular, d) ambiciona a abertura de espaços democráticos e e) ambiciona ser instrumento de defesa/libertação contra a dominação imposta. Já no dizer do mexicano Jesús Antonio de la Torre Rangel o

[...] uso alternativo del derecho constituye las diversas acciones encaminadas a que toda la juridicidad (normas, derechos subjetivos, objetivización de lo justo) sea usada al servicio de los pobres (oprimidos, víctimas) como sujeto histórico, tanto ante las instancias judiciales y administrativas del Estado em defensa de sus intereses, como por ellos mismos em sus relaciones comunitarias, creando y recreando la solidaridad (CARVALHO; CARVALHO, 2004, p. xix).

Apesar da dificuldade de conceituação do que é direito alternativo, os acenos fornecidos pelos autores citados já nos acendem alguma luz e, para melhor entendê-lo, propomo-nos a fazer uma leitura histórica do mesmo, primeiramente como foi fabricado na Europa para depois chegarmos à América do Sul e ao Brasil; posteriormente, veremos as ideias centrais do direito alternativo e seus pressupostos.

### 3.3.1 O surgimento do direito alternativo na Europa

Muito do que hoje é denominado *direito alternativo* (termo também utilizado nesta tese) ou *paralelo, emergente, concorrente, insurgente, achado na rua*, não é novidade, no que diz respeito à matriz teórico-prática de uma visão antiformalista do direito. Se hoje temos um histórico de autores, pesquisadores, juristas, advogados e juízes que se reconhecem e atuam em base ao direito alternativo – já a mais de duas décadas –, desde os anos 30 do século passado temos o movimento do *direito livre* e a *jurisprudência de interesse* na Alemanha, o *socialismo jurídico* na Itália e os *Critical Legal Studies* nos Estados Unidos, apesar de os mesmos não terem tido consciência de efetivarem uma alternatividade no direito, como afirma Mario Losano:

[...] la visión antiformalista propia del derecho alternativo no es nueva y puede contar com um amplio trasfondo del que, a menudo, sus promotores

no parecen ser conscientes o no se muestran interesados em ocuparse de él (CARVALHO; CARVALHO, 2004, p. 58).

O pano de fundo do surgimento do direito alternativo na Europa é aquele do movimento que culminou com o Maio de 1968 em Paris, com todas suas implicações e dificuldades de interpretação das radicais transformações que então ocorreram; também os protestos contra a guerra do Vietnam e contra o racismo, nos Estados Unidos; e ainda a Alemanha desvencilhando-se do nazismo. Há que se dizer que a efervescência desses movimentos desencadeados na Europa ecoou entre os juristas e, por toda Europa, sugeriram revistas dedicadas ao estudo crítico do Direito<sup>86</sup>. Na Itália, um tratamento mais inovador e alternativo no direito ficou por conta de magistrados e juristas práticos, uma vez que a maioria dos acadêmicos continuou com tratativas em torno das doutrinas tradicionais. Ademais, a Itália passou pela peculiar situação, no pós-guerra, de possuir uma Constituição democrática com fortes acentos sociais contrastando com uma legislação positivista, especialmente no que diz respeito ao Direito Civil e ao Direito Penal. Entretanto, um dos autores italianos, que não pode deixar de ser citado, dada sua grande influência nos alternativistas brasileiros, de modo particular em Bueno de Carvalho, foi Luigi Ferrajoli<sup>87</sup>, um dos fundadores da “Magistratura democrática”, grupo de juízes italianos que buscavam utilizar das normas existentes para proferir sentenças progressistas, e também postulador do garantismo jurídico, com sua clara postura político-jurídica:

En la magistratura la crítica derivaba del descubrimiento de la Constitución republicana, que hasta el momento había permanecido ajena a su horizonte ideal y cultural, con la consiguiente transformación de la función del juez iniciada por nuestro grupo. Esta transformación significaba decir “basta” a la aplicación acrítica y mecánica de una legislación que era todavía la que habíamos heredado del fascismo y a defender el principio constitucional de la igualdad y los derechos fundamentales por medio de aquella que, entonces, denominábamos “jurisprudencia alternativa”, simplemente porque en ella se tenían en cuenta los valores de la Constitución, a diferencia de lo que sucedía en la jurisprudencia dominante. (CARVALHO; CARVALHO, 2004, p. 69).

Ainda na Itália ocorreram, na década de 70, vários congressos sobre direito alternativo, marcadamente o de Catânia (15-17 de maio de 1972) e o surgimento de coleções de estudos sobre direito alternativo. Há que citar os trabalhos de Pietro Barcellona (que

---

<sup>86</sup> Cf. LOSANO, Mário. La Ley e la Azada: Orígenes y Desarrollo del Derecho Alternativo em Europa y em Sudamérica. In: CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de (org). **Direito alternativo brasileiro e pensamento jurídico europeu**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 65.

<sup>87</sup> É relevante sua obra, de grande fôlego e influência: FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale**. Roma-Bari: Laterza, 1989.

compilou as atas do Congresso de Catânia)<sup>88</sup> e de Nicolò Lipari (professor de direito civil e fundador com Pietro Barcellona da coleção de estudos “*Critica giuridica e analisi sociale*”, ainda inédita no Brasil.

Na Espanha, após a queda do franquismo em 1974, houve um fecundo trabalho em termos de alternatividade jurídica e de forte influência nos alternativistas brasileiros. Entretanto, o uso alternativo do direito em terras espanholas ficou mais restrito aos meios acadêmicos jurídicos e é interessante que por lá se estude e se publique sobre o uso alternativo do direito aqui no Brasil. Esse fato levou Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho, na apresentação de obra com textos de autores europeus e publicada na Europa que eles organizaram para publicação no Brasil<sup>89</sup>, a questionar: “*por que lá há acolhida e aqui, na terra “tupiniquim”, há indisfarçável preconceito?*” (CARVALHO; CARVALHO, 2004, p. viii, grifo nosso).

Os autores espanhóis de destaque e influência no campo do direito alternativo são: Perfecto Andrés Ibañez, Manuel Calvo Garcia<sup>90</sup>, J. Ramón Capella<sup>91</sup>, Nicolas Maria Lopes Calera<sup>92</sup>, Modesto Saavedra, Alberto Casalmiglia<sup>93</sup>, Joaquín Herrera Flores e David Rubio Sánchez<sup>94</sup>, cujas obras apresentamos em notas.

Cabe ainda mencionar a França onde os estudos de filosofia do direito e de teoria geral do direito ocuparam uma posição de segundo plano, tendo em vista o que ocorreu na Itália, por exemplo. Houve a “*Association critique du droit*”, entretanto, a mesma teve mais repercussão no exterior do que na própria pátria<sup>95</sup>.

Os autores postulam que, seja na Europa, seja nos Estados Unidos, a alternatividade no direito está encerrada, perdurando na América do Sul de modo geral e no Brasil de modo particular. Segundo Mario Losano, na Europa Ocidental, o direito alternativo

<sup>88</sup> BARCELLONA, Pietro (org.). *L'uso alternativo del diritto*. Bari: Laterza, 1973. A obra está dividida em dois volumes: vol. I, *Scienza giuridica e analisi marxista*; vol. II, *Ortodossia giuridica e pratica politica*.

<sup>89</sup> A já referenciada: CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de (org). **Direito alternativo brasileiro e pensamento jurídico europeu**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

<sup>90</sup> CALVO GARCIA, Manuel. **Los fundamentos del método jurídico: una revisión**. Madrid: Tecnos, 1994.

<sup>91</sup> CAPPELA, J. Ramón. **El aprendizaje del aprendizaje: fruta prohibida**. Uma introducción al estudio del derecho. Madrid: Trotta, 1993.

<sup>92</sup> Remeto à obra desse autor em parceria com Saavedra e Ibañez, publicada na Espanha pré-democrática em 1978, tratando da doutrina e prática do Direito Alternativo e que recebeu fortes e duras críticas: CALERA, Nicolas, SAAVEDRA, Modesto; IBÁÑEZ, Perfecto. **Sobre el uso alternativo del derecho**. Valencia: Ed. Fernando Torres, 1978.

<sup>93</sup> CALSAMIGLIA, Alberto. **Introducción a la ciencia jurídica**. Barcelona: Ariel, 1986.

<sup>94</sup> HERRERA FLORES, Joaquín. & RUBIO SÁNCHEZ, David. Jueces para la democracia, **Acta de fundación**. Guadalajara: Gráficas Pontón, 1983.

<sup>95</sup> Para maiores informações, com nomes de magistrados, autores e obras, cf. LOSANO, Mário. La Ley e la Azada: Orígenes y Desarrollo del Derecho Alternativo em Europa y em Sudamérica. In: CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de (org). **Direito alternativo brasileiro e pensamento jurídico europeu**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 77-82.

ou um uso alternativo do direito que datam de 1968 em diante, “hoy pueden considerarse definitivamente cerrados, a pesar de que en Sudamérica sigan estando en plena actividad, pues allí sobre todo a partir de la mitad de la década de los ochenta, tras la caída de las dictaduras militares, han encontrado um terreno fértil” (Carvalho; Carvalho, 2004, p. 56). Não é o escopo desta tese analisar o histórico do uso alternativo o direito na Europa, efetivamente marcado pela fugacidade e deterioramento. Entretanto, é preciso salientar que o movimento foi bastante forte e profícuo na Espanha, depois da queda do franquismo em 1974, com a produção de autores como Perfecto Andrés Ibáñez, Nicolas Maria López Calera, Rubio Sanches e Modesto Saavedra (cujas bibliografias já foram citadas) e que tiveram influência sobremaneira marcante em Amilton Bueno de Carvalho e em outros alternativistas brasileiros<sup>96</sup>.

É essa a base na qual se estrutura a reflexão e prática do direito alternativo inventado no Brasil que analisaremos a seguir.

### 3.3.2 O Direito Alternativo no Brasil – antes a prática depois o movimento

Antes de ser uma teoria ou uma reflexão sobre o direito, o direito alternativo, no Brasil, nasceu da prática, isto é, da atuação dos magistrados alternativos do Rio Grande do Sul empenhados na democratização do espaço jurídico. O rol de magistrados pertencentes ao grupo em tela é apresentado por Sánchez Rubio e Herrera Flores (CARVALHO; CARVALHO, 2004, p. 2) como sendo, além do próprio Amilton Bueno de Carvalho, os juízes Marcio de Oliveira Puggina, Henrique Oswaldo Poeta Roenick, Rui Portanova, Marco Antonio Bandeira Scapini e Aramis Nassif. No dizer de Bueno de Carvalho:

O movimento do Direito Alternativo teve, em seu alvorecer, estes Juízes como norte de atuação prática. O movimento alcança (ou foi alcançado) a práxis destes Juízes já em andamento. E, a partir da agressão que estes Juízes sofreram, em razão de sua atuação, por parte de setores contrários, é que o movimento do Direito Alternativo floresce. A história de um e a de outro são indissociáveis (CARVALHO, A. B., 2004, p. 12).

Tal grupo de magistrados foi, pouco a pouco, através de sua atuação, bem como através de encontros realizados periodicamente, conhecendo-se e se convencendo de que estavam trilhando um caminho novo e certo. Além dos magistrados, há que citar, na origem do movimento, os professores e/ou advogados Antonio Carlos Wolkmer, Agostinho Ramalho Marques Neto, Edmundo Lima de Arruda Jr., José Geraldo de Souza Jr., Celso F.

<sup>96</sup> Para análise do Direito Alternativo na Europa, cf. LOSANO, Mário. La Ley e la Azada: Orígenes y Desarrollo del Derecho Alternativo em Europa y em Sudamérica. In: CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de (org). **Direito alternativo brasileiro e pensamento jurídico europeu**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 55-82.

Campilongo, José Eduardo Faria, Tarso Fernando Genro, Miguel Pressburguer e Roberto Aguiar. Entre os membros do Ministério Público, os procuradores Jacques Távora Alfonsin, Clémerson Merlin Clève, Jacinto Coutinho e Marco Aurélio Aydos Dutra (WOLKMER, 1991, p. 96).

Um desses encontros, porém, foi um divisor de águas: aquele no qual foi convidado a vir a Porto Alegre – RS o jus perito Roberto Aguiar (que permaneceu três dias entre eles realizando uma espécie de curso intensivo). No dizer do próprio Amilton Bueno de Carvalho, “poder-se-ia dividir a vida do Grupo em dois momentos: antes e depois de Roberto” (CARVALHO, A. B., 2004, p. 33).

Os efeitos da consolidação do grupo foram significativos e constituem o grande arranque para a efetivação prático-teórica do direito alternativo no Brasil. Amilton Bueno de Carvalho aponta cinco efeitos que apresentamos integralmente:

- a. a atividade judicante restou mais ousada e muito mais criativa, tudo porque o instrumental teórico ficou mais rico;
- b. os integrantes começaram a produzir textos, ditos de vanguarda, publicados na Revista *Ajuris*;
- c. aqueles que eram professores alteravam significativamente o conteúdo de suas aulas;
- d. alcançamos espaço na Escola Superior da Magistratura e alguns desenvolveram a capacidade de palestrante, recebendo convites com incrível frequência para transmitir suas experiências nas universidades;
- e. a atuação politizada fez com que tivéssemos participação decisiva em todas as greves da magistratura do Rio Grande do Sul. (CARVALHO, A. B., 2004, p. 33-34).

Nesta ocasião, a denominação ainda não era a de juízes “alternativos” e sim “orgânicos”. Veremos adiante como a denominação “alternativos” se consolidou.

Em 24 de outubro de 1990, o Jornal *Folha da Tarde*, de São Paulo, publicou um artigo intitulado “Juízes gaúchos colocam Direito acima da Lei”, assinado pelo dito “jornalista” Luiz Maklouf e que tratava o tema do direito alternativo, no dizer de Sánchez Rubio e Herrera Flores, “de forma sensacionalista e tendenciosa”. (CARVALHO; CARVALHO, 2004, p. 2).

O artigo foi fruto do contato do “jornalista” com Amilton Bueno de Carvalho no início de outubro de 1990. Aquele se dizia credenciado pela indicação do Professor José Eduardo Faria, um dos mais respeitados e amistosos teóricos do grupo dos “orgânicos”, e Bueno de Carvalho, sem verificar com José Eduardo Faria a amizade entre ambos, ingenuamente recebeu-o por três dias e assim descreve o encontro:

A relação se deu agradável. Ele passou o tempo todo conosco. Assistiu audiências. Conversou com um grupo de “orgânicos”. Depois, conversou isoladamente. Ainda contactou com Juízes que eram “contra” a nossa atuação.

Entrevistou pessoas. A coleta de material foi importante. [...] O “jornalista” ficou mais próximo de mim. É que o contato telefônico se deu comigo e eu era naquele momento coordenador do grupo. [...] Ele veio ao meu gabinete e disse: está tudo pronto, agora gostaria de conversar contigo sobre tudo isso (CARVALHO, A. B., 2004, p. 40-41).

A conversa foi realizada de forma informal, uma vez que o material necessário para a reportagem já estava pronto; e o “jornalista” retornou a São Paulo. No dia da publicação do artigo, Amilton Bueno de Carvalho estava palestrando no III Encontro Nacional da Nova Escola Jurídica, em Salvador, Bahia e recebeu, à noite, das mãos do amigo e jus perito Antonio Carlos Wolkmer, um exemplar do jornal. O artigo era extremamente sensacionalista e meticulosamente tendencioso, a começar pelo título, sem qualquer nexos com a realidade: “Juízes gaúchos colocam Direito acima da Lei”. No dizer de Amilton Bueno de Carvalho:

Frases desconectadas do todo, pinçadas em momentos isolados, foram publicadas com destaque: “Juízes negam a lei”; “o Juiz Amilton manda a lei para...”; e “Juízes querem fazer justiça”, e muito etc. No plano pessoal o abalo foi insuportável – poucas vezes sofri tanto na vida. Mas ali mesmo, na Bahia, já veio o apoio de preciosos intelectuais (CARVALHO, 2004, p. 43).

O tiro saiu pela culatra: o artigo uniu nacionalmente os “orgânicos”, agora denominados “alternativos”, e um amplo debate, também em âmbito nacional acabou acontecendo com diversos intelectuais posicionando-se a favor ou contra o movimento<sup>97</sup>, bem como uma série de encontros sobre o tema acabou desencadeada. No dizer de Sánchez Rubio e Herrera Flores,

O que mais se destacou nesta polêmica foi o fato de que outros profissionais do direito, com inquietudes análogas às dos alternativos, decidiram definitivamente se colocarem de acordo, aglutinando-se aos magistrados gaúchos, e assim formar e coordenar uma frente comum para defender suas posições. Adquiriria caráter público e nacional um movimento que, sob o rótulo “Direito Alternativo”, recepcionava um amplo número de advogados populares, procuradores, promotores, magistrados e professores universitários – sobretudo filósofos e sociólogos do direito. Para dar maior consistência e estabilidade, logo iniciaram a organização de fóruns, debates, seminários e encontros sobre os defeitos, a ineficácia e a insuficiência do ordenamento jurídico oficial vigente. [...] Também houve a preocupação de clarificar e sistematizar os diferentes aportes do grupo, editando, coletiva e individualmente, uma série de livros monográficos. Neles foram expostos e descritos a maioria das linhas diretrizes e temáticas do movimento (CARVALHO; CARVALHO, 2004, p. 2-3).

---

<sup>97</sup> Sánchez Rubio e Herrera Flores apresentam em nota, a título ilustrativo, várias citações de artigos e textos publicados no fervor dos acontecimentos que ora narramos (cf. SÁNCHEZ RUBIO, D.; HERRERA FLORES, J. Aproximação ao Direito Alternativo na Ibero-América. IN: CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo. (org.). **Direito alternativo brasileiro e pensamento jurídico europeu**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 2, nota 3.



Assim, o movimento que antes possuía uma práxis estabelecida, passou a contar também com sólida base teórica, com a produção de livros, realização de encontros e conferências, criação de institutos e cadeiras em Universidades e Escolas da Magistratura, teses de mestrado e doutorado. Estava consolidada a invenção do direito alternativo no Brasil. A nosso sentir, é necessário também pontuar duas obras de fundamental importância para o entendimento do fenômeno do direito alternativo no Brasil. Primeiramente, a obra de Edmundo Lima de Araújo Júnior (*Lições de Direito Alternativo I e II*) que, logo após a publicação da reportagem sensacionalista e tendenciosa no *Jornal da Tarde*, foi o articulador do Encontro Nacional em Florianópolis, que fixou as bases para a criação do direito alternativo como movimento nacional. A segunda obra é o trabalho de doutoramento (hoje já publicado) do magistrado catarinense Lédio Rosa de Andrade<sup>98</sup>, *Introdução ao direito alternativo brasileiro*<sup>99</sup>, que Amilton Bueno de Carvalho não tem dúvidas em considerar, em relação ao direito alternativo no Brasil, “a obra mais completa até agora produzida sobre o tema” (CARVALHO, A. B., 2004, p. 11).

Uma vez analisada a origem do movimento do direito alternativo, vamos nos debruçar agora em suas ideias centrais.

### 3.3.3 Direito alternativo – ideias centrais

Amilton Bueno de Carvalho insiste em trazer o tema da conceituação do que é o direito alternativo, “porque, apesar das inúmeras publicações, o movimento continua ainda pouco compreendido” (CARVALHO, A. B., 2004, p. 49). As ideias iniciais de Bueno de Carvalho, que o mesmo continua repisando, já estavam expostas em seu primeiro livro *Magistratura e Direito Alternativo*, uma coletânea de seis artigos, cinco já publicados e um outro inédito,<sup>100</sup> bem como em sua obra seguinte *Direito alternativo na jurisprudência*. A seguir, vieram as obras *Direito alternativo em movimento*, *Garantismo penal aplicado*, *Aplicação da pena e garantismo* (com Salo de Carvalho) e a participação como co-autor em

---

<sup>98</sup> Lédio Rosa de Andrade foi introduzido pelo jus perito mexicano Oscar Correias (de grande penetração internacional) no Departamento de Sociologia e Metodologia das Ciências Sociais da Universidade de Barcelona, Espanha, que o orientou na tese de doutorado citada abaixo.

<sup>99</sup> Eis a referência: ROSA DE ANDRADE, Lédio. **Introdução ao direito alternativo brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado – Universidade do Sul de Santa Catarina, 1996.

<sup>100</sup> Quatro artigos foram publicados na Revista da *Ajuris* (“A Lei. O Juiz. O Justo”; “Jurista Orgânico: uma contribuição”; “Jusnaturalismo de caminhada: uma visão ético-utópica da lei”, em parceria com André Baggio; e “Magistratura e mudança social: visão de um Juiz de Primeira Instância”); o quinto (“O Fetiche da Lei no Mito Adâmico”), foi publicado no *Cadernos de Religião* do Instituto Teológico João Wesley; o sexto, como já dissemos, era inédito e, ademais, deu o título ao livro: “Magistratura e Direito Alternativo”.

diversos livros<sup>101</sup>. Em 2001, com Salo de Carvalho, publicou a tradução da obra *Entre a lei e o direito – uma contribuição à teoria do direito alternativo*, da lavra de Diego Duquelsky. Em 2004, também com Salo de Carvalho, traduziu e organizou a coletânea *Direito alternativo brasileiro e pensamento jurídico europeu*, prefaciada por Lédio Rosa de Andrade, na qual participaram David Sánchez Rubio, da Universidade de Sevilha – Espanha; Joaquín Herrera Flores, da Universidade Pablo de Olavide – Espanha; Nicolas López Calera e Modesto Saavedra, ambos da Universidade de Granada – Espanha e Mario Losano, da Universidade de Milão – Itália.

Didático, maduro e rico é o livro *Teoria e prática do direito alternativo*, editado pela Síntese de Porto Alegre, em 1998<sup>102</sup>, no qual Amilton Bueno de Carvalho revisa e sintetiza seus textos anteriores com o objetivo de alcançar os estudantes universitários, bem como vincular tenazmente a alternatividade em sua teoria e sua prática, como ele mesmo define:

Este trabalho ([...] destinado ao aprendizado universitário) representa uma espécie de síntese, revisão e complementação de textos meus anteriores. Não há, pois, “novidade nova” nele (CARVALHO, A. B., 2004, p. 6).

Recentemente, em 2011, publicou: *Eles, os juízes criminais, vistos por nós, os juízes criminais*, e também o instigante *Direito Penal a marteladas: algo sobre Nietzsche e o Direito*, em 2013, ambos pela Lumen Juris.

Com isso, temos um panorama da obra de Amilton Bueno de Carvalho e podemos passar ao exame do que é, no seu entender, o movimento do direito alternativo. E nada melhor que deixarmos o próprio Amilton Bueno de Carvalho fornecer-nos as características do movimento:

Ele se caracteriza (e assim procuro defini-lo) pela busca (desesperada e urgente) de um instrumental prático-teórico destinado a profissionais que ambicionam colocar seu saber-atuação na perspectiva de uma sociedade radicalmente democrática. Uma atividade comprometida com a utópica vida digna para todos, com abertura de espaços visando a emancipação do cidadão, tornando o direito em instrumento de defesa/libertação contra qualquer tipo de dominação. O direito enquanto concretização da liberdade (CARVALHO, A. B., 2004, p. 50).

---

<sup>101</sup> Apresentamos algumas obras nas quais Amilton Bueno de Carvalho apresenta textos de sua lavra: “Derecho y transición democrática”, publicação em Oñati, País Basco, Espanha; “Direito alternativo do trabalho”, São Paulo: Editora Acadêmica; “Introdução crítica do direito do trabalho”, Brasília: Editora Universidade de Brasília; “Lições de direito alternativo I”, São Paulo: Editora Acadêmica; “Lições de direito alternativo processual”, São Paulo: Editora Acadêmica; “Direito penal e processual penal – uma visão garantista”, Rio de Janeiro: Lumen Juris; “Direito e Democracia”, São Paulo: Editora Letras Contemporâneas; “Escritos de direito e processo penal”, Rio de Janeiro: Lumen Juris; “Garantias constitucionais e processo penal”, Rio de Janeiro: Lumen Juris; “Derecho alternativo y crítica jurídica, México: Editora Porrúa; “Pluralismo jurídico y alternatividad judicial”, Colômbia: Publicação ILSA.

<sup>102</sup> A obra foi reeditada e a sua 5ª edição é a que utilizamos: CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito Alternativo – Teoria e Prática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

Ademais, o movimento caracteriza-se pelo entendimento de que a lei (como expressão de poder) “é parcial, é comprometida, serve a interesses escusos” (CARVALHO, A. B., 1996, p. 33-34), de modo que o juiz, ao julgar, deve fortalecer-se na busca do justo e não na força da lei, pois, no entender de Bueno de Carvalho (1991, p. 35), o juiz não é escravo da lei, como postulava Cícero.

Como movimento situado na América Latina e no Brasil de incipiente democracia, Amilton Bueno de Carvalho entende o Direito como instrumental combativo contra qualquer tipo de dominação imposta. Desse modo, “o Judiciário se transforma em possível arena democrática, onde o cidadão ousa buscar a defesa de seus direitos” (CARVALHO, A. B., 2004, p. 51) e na qual o jurista deve ser ator participante, sujando “as mãos com a lama impregnante da prática jurídica” (CARVALHO, A. B., 2004, p. 55). Eis o compromisso do juiz: “a busca incessante da justiça, ‘jamais atingida e sempre mutável’ – como ensina André Jean Arnaud, tendo como limites, de um lado, o caso concreto, e, de outro, os princípios universais do direito” (CARVALHO, A. B., 2004, p. 57).

Tais características ficam mais compreensivas ainda quando analisamos os usos do direito postulados pelo movimento do direito alternativo. Segundo Amilton Bueno de Carvalho, o movimento do direito alternativo envolve: 1. o uso alternativo do direito; 2. a positividade combativa e 3. o uso do direito alternativo em sentido estrito.

Quanto ao uso alternativo do direito, a matriz de seu entendimento é aquela que apresentamos ao tratarmos da origem europeia do direito alternativo, ou seja, a Magistratura Democrática Italiana, no final da década de 60, as atuações e reflexões espanholas após a queda do franquismo e toda efervescência da Europa pós-1968. Em síntese, o uso alternativo do direito consiste em tomar o direito instituído (que, via de regra, protege aos detentores do poder) e utilizá-lo como instrumento de democratização, libertação e efetivação da justiça de duas maneiras:

(a) na utilização das contradições, ambiguidades e lacunas do direito numa ótica democratizante e (b) na busca, via interpretação qualificada, diferenciada, de espaços possibilitadores (1) do avanço das lutas populares e (2) da democratização cada vez mais dos efeitos da norma, através da crítica constante. [...] É levar a norma ao seu limite máximo de tensão democratizante (leia-se irradiar seus efeitos benéficos a um número cada vez maior de pessoas) (CARVALHO, A. B., 2004, p. 58-59).

E os atores desse processo interpretativo são todos aqueles que lidam com o direito posto, ou seja, juízes, promotores, advogados, defensores, professores e doutrinadores. São eles que têm a missão de concretizar a justiça na história, pois, no entender de Amilton

Bueno de Carvalho, “a justiça só existe no processo histórico, é um valor relativo a ser extraído a partir da realidade vigente” (CARVALHO, A. B., 1997, p. 40).

Quanto à positividade combativa, trata-se de utilizar o direito posto como instrumento de combate: eis o conceito de “positivismo de combate”, da lavra de Miguel Pressburguer. Isso porque a busca é a de tornar efetivas normas e dispositivos legais que são fruto de conquistas históricas e democráticas que, apesar de sua promulgação e oficialidade, não são aplicados. “Para Bueno de Carvalho, o direito oficial é um instrumento bastante útil de recepção e aplicação das conquistas humanas” (CARVALHO; CARVALHO, 2004, p. 10) e, para que a positividade se torne combativa, o jurista necessita da mobilização e do apoio popular, uma vez que

além da concretização, a luta implica em não permitir retrocesso na busca permanente e renovável da utópica vida em abundância para todos. [...] Luta-se, por exemplo, para que normas do Código do Consumidor, direito dos trabalhadores, garantias penais, já incorporados no sistema tenham vida real e não apenas formal (CARVALHO, A. B., 2004, p. 60).

Nesta época em que o neoliberalismo promove ataques constantes às conquistas sociais, de modo particular nas relações de trabalho, a perspectiva do positivismo de combate é fundamental quando se trata de emancipação, uma vez que

A história do neoliberalismo no Brasil tem como uma de suas principais marcas o ataque persistente aos fundamentos teóricos que orientaram a redação do texto constitucional (uma leitura de economia, política e sociedade bastante influenciada pela esquerda – aliás, não é por menos que o capitão do neoliberalismo por aqui pediu que esquecessem o que havia escrito décadas atrás, em diálogo com tais correntes teóricas), o que resultou, sem dúvida, em grande obstáculo ideológico às necessárias lutas pela eficácia dos direitos sociais (MELO, 2011, p. 57).

E prossegue A. B. Carvalho (2004, p. 10):

A sociedade é a fonte que dinamiza a gênese, o desenvolvimento e a finalização dos excedentes axiológicos. Estes ficam representados, como parâmetros de orientação universal, pelos princípios gerais do direito. Para que não fiquem no mundo do ideal e do abstrato, deve-se positivá-los, concretizá-los em normas jurídicas. Desta forma passam à vida diária, através da lei, e uma interpretação orientada à sua eficácia plena, se consegue que os ideais humanos de liberdade, de vida em abundância etc., se convertam em realidade.

Já no que diz respeito ao direito alternativo em sentido estrito, este também pode ser definido como direito insurgente, paralelo, emergente, “achado na rua”, concorrente e refere-se a uma normatividade vinculada ao plano instituinte e não presente no plano instituído (ou seja, o estatal), que busca coexistir com o plano instituído do direito posto.

Assim, entende-se que não cabe apenas ao Estado a criação das normas jurídicas e isso apenas pode ser compreendido a partir do pluralismo jurídico, como explicita Carvalho (2004, p. 64):

Oscar Correas define o pluralismo ‘como la coexistencia de dos o más sistemas normativos que pretenden validez en el mismo territorio’. (...) ‘diremos que estamos frente a un derecho alternativo respecto del dominante, cuando pueda decirse que algunas normas de uno de los sistemas modalizan deónticamente de manera diferente las mismas conductas. Es decir, hay derecho alternativo quando las normas de un sistema declaran obligatorias conductas que el outro declara prohibidas o facultativas.

Entende-se que

[...] o povo, em sua caminhada histórica, constrói e destrói os direitos que lhe servem como solução aos seus problemas. A sociedade, por meio de seus sujeitos coletivos – sindicatos, partidos políticos, corporações, setores da Igreja, movimentos sociais etc., –, ao encontrar-se em um contínuo processo de ação, gera suas próprias normas. O Estado não outorga os direitos; é a sociedade que os cria. O Estado se encarrega de canalizar um modo, entre outros, de torná-los efetivos (CARVALHO; CARVALHO, 2004, p. 11).

Justamente nesse aspecto do uso do direito alternativo em sentido estrito é que ocorrem os maiores mal-entendidos (alguns honestos e outros nem tanto) na forma de julgar o movimento do direito alternativo, pois dizem os críticos que os alternativistas querem estar acima da lei, quando não se trata de nada disso e é essa uma visão deturpada e simplista de um trabalho teórico-prático já bastante consolidado.

No início da caracterização do Direito Alternativo já tratamos dos limites que a alternatividade busca observar e o movimento jamais postula a defesa unilateral de um direito paralelo, especialmente se o mesmo não for benéfico para a sociedade analisada de forma holística. Ao abordar o tema presente, Sánchez Rubio e Herrera Flores explicitam:

Os princípios gerais do direito servem como mecanismos que previnem a arbitrariedade das decisões judiciais. Desta forma, apenas será reconhecido como direito alternativo aquele conjunto de normas que respeitem o ser humano, que possuam efeitos plenamente democráticos e que realmente neguem as relações de opressão/dominação humanas (CARVALHO; CARVALHO, 2004, p. 11).

Enfim, eis uma nova perspectiva, uma nova invenção do direito, com a consciência de que a lei é parcial, é instrumento de poder, serve a interesses escusos e de que a justiça precisa ser perseguida, fabricada, concretizada. Não podem os que lidam com o ensino jurídico crer na pureza e na neutralidade do direito, uma vez que essa “suposta neutralidade serviu aos interesses de quem detinha o poder, dominava e destruíra” (TAGLIAVINI, 2008, p. 39), ou como expresso por Roberto Lyra Filho (2002, p. 94) sobre o tema dos juízes, “o neutro é um reacionário encabulado e não tem coragem e a franqueza de confessar que é moço de recados da dominação que mascara”.

A concretude do direito alternativo, como apresentado, exemplifica a possibilidade do uso do direito para a ação política e engajada e fundamenta o sim de nossa resposta à questão da possibilidade de um ensino jurídico emancipador. Ora,

A história, enfim, não terminou. Para Marx, ela nem mesmo começou. Enquanto isso, o capitalismo – que, em parte, escondeu suas vestes neoliberais para saltar sobre a crise recente – não permite, com a mercadorização de tudo quanto existe, o otimismo de quem pretenda ver um outro mundo surgir. Ao contrário, exige a militância oposta, cada vez mais potente e objetiva, cada vez mais consciente de sua posição e convencida de que o capital, sob a face “humana” que aqui e ali oferece (responsabilidade social, ambiental etc.), não se dobrará contra seus próprios impulsos destrutivos (MELO, 2011, p. 78).

Nossa proposta é efetivar uma verdadeira operação cavalo de troia, ou seja, por dentro do sistema, atuando em meio a ele, tirar-lhe as máscaras e desnudá-lo. Como já afirmado, não postulamos a conversão do capitalismo, uma vez que é preciso ir além dele para radicalizar suas contradições e “ao cobrar aquilo que o capital, por meio do direito, promete e não pode entregar, o coro dos descontentes pode obrigar o capital a trocar seu manto jurídico por outro. E talvez então, desfeito de sua principal feição ideológica, ele fique nu. E vulnerável” (MELO, 2011, p. 78).

Formatemos, então, nosso cavalo de troia.

### **3.3 Por um ensino jurídico emancipador – crítica e resistência**

A trajetória reflexiva desta tese norteou-se pelo problema da possibilidade dentro do sistema de um direito emancipador, bem como de um ensino de direito que encaminhe para a emancipação. Por qual viés deve ser encaminhada essa possibilidade? As linhas abaixo buscam apresentar as respostas.

Que entendemos por emancipação? Ora, não aquela “emancipação política” denunciada por Marx (2000, p. 34) e da qual tratamos em nossa primeira seção (p. 17), que reduz o homem a membro da sociedade civil-burguesa, ou seja, ao homem egoísta, separado do homem e da comunidade, abstrato, submetido à propriedade privada e à sociedade de classes.

Como a noção de emancipação significa restituir ao ser humano aquilo que é humano e que foi projetado para fora como força que se apresenta alienada, a verdadeira emancipação não se completa enquanto o Estado, e com ele o próprio Direito, não voltar a se diluir no todo social como parte integrante da produção e reprodução social da existência. Para diferenciar esta

emancipação da mera emancipação político-jurídica, Marx a chamou de “emancipação humana” (IASI, 2005, p. 172).

Essa emancipação humana só pode ocorrer quando o homem deixar de ser cidadão abstrato, um ser genérico, para reconhecer e organizar suas próprias forças sem a abstração idealista de que somos senhores absolutos da história. E quanto ao direito e seu ensino? Cremos que, sim, é possível falar em emancipação humana, uma vez que, como esclarece Iasi (2005, p. 185),

Foram os seres humanos que criaram o direito e não o Direito que criou os seres humanos. Seria então possível um produto controlar seu produtor e subjugar-lo? Parece evidente que sim. A sociedade do capital é um produto da humanidade que a subjuga até torná-la desumana. O direito é um instrumento dos seres humanos em sociedade, mas, todavia, os seres humanos podem converter-se em meros meios de um ordenamento jurídico. Em Marx são os seres humanos concretos, inseridos em suas relações determinadas, que fazem a história, e não manifestações de qualquer essência.

Assim, um importante viés assumido por esta tese – e que é imprescindível para um ensino jurídico emancipador – é a compreensão de que o direito é produto humano (fabricado, forjado, inventado pelo humano), sempre dinâmico e condicionado à produção da vida material, como apresentado nas seções anteriores. Dessacralizar o direito – eis um significativo aspecto para que a formação jurídica colabore com a emancipação humana, revelando como o direito burguês se apresenta fabricado na forma de um direito igual para desiguais, com o sujeito abstrato do direito alienado do sujeito concreto. Nesse sentido, por mais que se considere reducionista, a explanação de José Murilo de Carvalho (p. 215-216) é translúcida:

A parcela da população que pode contar com a proteção da lei é pequena, mesmo nos grandes centros. Do ponto de vista da garantia dos direitos civis, os cidadãos podem ser divididos em classes. Há os de primeira classe, os privilegiados, os “doutores”, que estão acima da lei, que sempre conseguem defender seus interesses pelo poder do dinheiro e do prestígio social. [...] Para eles, as leis ou não existem ou podem ser dobradas.

Ao lado da elite privilegiada, existe uma grande massa de “cidadãos simples”, de segunda classe, que estão sujeitos aos rigores e benefícios da lei. São a classe média modesta, os trabalhadores assalariados com carteira de trabalho assinada, os pequenos funcionários, os pequenos proprietários urbanos e rurais [...]. Para eles, existem os códigos civil e penal, mas aplicados de maneira parcial e incerta.

Finalmente, há os “elementos” do jargão policial, cidadãos de terceira classe. São a grande população marginal das grandes cidades, trabalhadores urbanos e rurais sem carteira assinada, posseiros, empregadas domésticas, biscateiros, camelôs, menores abandonados, mendigos. São quase invariavelmente pardos ou negros, analfabetos, ou com educação fundamental incompleta. Esses “elementos” são parte da comunidade política nacional apenas nominalmente. Na prática, ignoram seus direitos civis ou os têm sistematicamente desrespeitados por outros cidadãos, pelo

governo, pela polícia. Não se sentem protegidos pela sociedade e pelas leis. Receiam o contato com agentes da lei, pois a experiência ensinou que ela quase sempre resulta em prejuízo próprio. Alguns optam abertamente pelo desafio à lei e pela criminalidade. Para quantificá-los, os “elementos” estariam entre os 23% de famílias que recebem até dois salários mínimos. Para eles vale apenas o Código Penal.

Os alunos de direito (e de qualquer outro curso) compreendem imediatamente essa divisão de classe, e o direito, com isso, vai se desmitificando, abrindo caminho no processo de emancipação, uma vez que, pelo exemplo acima, se pode desvelar como a abstração do *sujeito concreto* em *sujeito de direito* apenas molda-o ao sistema ao invés de beneficiá-lo. Apresentar essa reflexão ao grande contingente de estudantes de direito que não pertence a primeira classe – e que existem cada vez em maior número – possui um germe emancipador que ainda não estamos em condições de avaliar.

Segundo Tagliavini (2013a, p. 56):

O estudante de direito é jovem, com uma presença feminina ligeiramente superior, com renda familiar entre R\$ 700,00 e R\$ 4.600,00 mensais, mantido pelos pais ou responsáveis, usufruindo algum tipo de bolsa, e que quer prestar um concurso público quando se formar; é um estudante que, em geral, vem de uma educação básica fraca, que não está acostumado a ler e informa-se pela televisão ou pela internet, às quais todos têm acesso; ele estuda, na sua imensa maioria, em faculdades de direito no período noturno, ouvindo aulas expositivas, do tipo *preleções*, ou dialogadas, fazendo provas dissertativas ou testes, num paradigma de ensino positivista do direito; mas apesar de tudo, ele avalia bem a sua escola, achando que se poderia ter exigido mais dele.

Esse é o material humano com o qual o ensino jurídico deve lidar e podemos presumir que sua expressiva maioria está imersa na ideologia capitalista, sem ter a mínima noção da exploração a que estão submetidos. Um ensino do direito emancipador deve questionar e responder:

a quem interessa tal estado de coisas? A quem interessa que o sistema mantenha seu aparente poder de regular e pacificar a vida social? A quem interessa ser tratado *igualmente* perante as leis? A quem interessa concorrer num *livre mercado*? A quem interessa viver sob direitos sociais mais flexíveis (ou seja, ter menos direitos sociais)? Por óbvio, àqueles que conseguem contornar os efeitos mais perversos do sistema, isto é, uma parcela mínima (e que diminui assustadoramente) da população mundial (MELO, 2007, p. 17).

O desafio apresentado para um ensino jurídico emancipador deve levar em conta a premissa da relação dialética entre mito e esclarecimento outrora refletida, uma vez que é nesse contexto que o ensino do direito acontece e, apesar de longa, é muito perspicaz a leitura do momento atual feita por Eduardo Bittar (2006, p. 18-19) a mostrar que:



não se vive uma época de esclarecimento geral porque a sociedade pós-moderna treina as consciências e as coopta: pela rapidez da sucessão de imagens televisivas; pela sobrecarga de informação inconsistente a ser drenada; pelo bombardeio instantâneo de dados provenientes de todos os meios de comunicação; pela sedução do gosto infindável atrativo dos objetos de desejo no consumo; pela fluidez das relações humanas superficiais nos diversos ambientes de alta rotatividade humana; pela mecanização da vida, na esteira da operosidade inconsciente das atividades quotidianas; pela sensualidade da estética das vitrines e dos balcões de ofertas de novidades de consumo; pelo imediatismo e pelo eficientismo cobrados pelo mercado de trabalho e pela pressa acumulativa e de resultados, inerentes à maximização do capital; pela aceleração do ritmo de vida, marcado pela contingência e pela fugacidade; pela imperativa escravização da mão-de-obra assalariada à condição de trabalho, como forma de conservação do emprego ante o agigantamento da massa de manobra constituída pelo exército de reserva do desemprego; pela fungibilidade do humano ante a evolução técnica e tecnológica; pela massificação e a tendência ao anonimato na indiferença do coletivo distante e amorfo; pela cooptação dos projetos educacionais para a vala-comum do treinamento/adestramento tecnológico-profissional determinados pela lógica imediatista de recrutamento pelo mercado de trabalho; pela depreciação da formação humana diante dos imperativos pragmáticos e as exigências de qualificação exclusivamente técnicas ou tecnocráticas das profissões.

Apesar da impressão de aumento de liberdade, o homem pós-moderno vive o paradoxo do adensamento da opressão e da fragilidade pessoal.

Se já não é fácil apenas *dialogar* com o tempo presente, que dizer *educar* para emancipação nessas condições de treinamento e cooptação. Para que isso ocorra é necessário fazer refletir, tanto discentes como docentes, sobre qual o lugar próprio que cada um ocupa dentro do sistema, isto é, qual o grau de independência e de autonomia que se possui em sua própria subjetividade. Como há tempos ensinava Paulo Freire (1987, p. 68), “ninguém educa ninguém, ninguém educa a si mesmo, os homens se educam entre si, mediatizados pelo mundo”, por isso, um ensino jurídico voltado para a emancipação deve buscar a superação da contradição entre educador e educando, cientes de que ambos são sujeitos do processo de educação. E mais, uma educação para a emancipação,

a problematizadora, comprometida com a libertação, se empenha na desmistificação [... e tem no diálogo] o selo do ato cognoscente, desvelador da realidade. [...] Na medida em que, servindo à libertação, se funda na criatividade e estimula a reflexão e a ação verdadeiras dos homens sobre a realidade, responde à sua vocação, como seres que não podem autenticar-se fora da busca e da transformação criadora (FREIRE, 1987, p. 72).

O capitalismo tem em seu bojo a contradição, os germes de sua própria superação: quando o ensino superior passou a interessar o capital, multiplicaram-se as ofertas de vagas nos mais diversos cursos e, especialmente, nos cursos de direito, como tivemos oportunidade de verificar. Com isso, milhares de pessoas, que antes jamais imaginaram poder cursar uma faculdade, tiveram oportunidade de entrar na academia. O capital não tem a menor

intenção de formar, de educar, de emancipar aqueles que se apresentam nos bancos escolares. Pelo contrário, recebe-os e os trata de forma assistencialista, imobilista, fixista, inibindo a criatividade por meio da domesticação e negando aos alunos sua vocação ontológica e histórica de humanizar-se. Mas a contradição, o “cavalo de troia” desse movimento,

o que importa mesmo na escola, [...] é a *oficina pedagógica onde se dá a transformação de um adolescente média 3.4 num profissional do direito*. O curso de direito tem *mil dias de trabalho acadêmico efetivo para operar essa transformação*. Se o curso for noturno, pode-se dizer que é uma *história das mil e uma noites*, contando com a festa da formatura. Numa metáfora utilizada por René Magritte, na obra *Perspicácia*, de 1936, é a transformação de uma potência (ovo) em ato (cidadão, profissional competente, sujeito livre capaz de voar, Ícaro que deu certo, pessoa feliz...). E isso exige: *competência técnica; compromisso político* (TAGLIAVINI, 2013a, p. 30).

E o direito, como já vimos, pode sim ser utilizado como instrumento para a ação política e engajada, nos moldes, por exemplo, do direito alternativo que estudamos. Mais ainda, como reflete Melo (2011, p. 34):

o direito, no mesmo momento em que empreende sua função de dominação, não pode evitar que, na “mão contrária”, realize também *certa* abertura e *certo* estímulo à resistência dos próprios grupos dominados. É neste ponto que se pode identificar o caráter dialético da ideologia jurídica, demonstrando que a função exercida pelo direito no conjunto da ideologia social é marcada por uma inescapável “mão dupla” (com perdão das metáforas automobilísticas...), que redundando numa forma de dominação sob a qual os diversos grupos sociais e profissionais da área jurídica, mesmo convencidos da insuficiência dos meios que dispõem, encontram suas razões para insistir no direito como forma de luta política. Mesmo nos autores que negam em bloco o potencial político do direito, aqui e ali aparecem indicações de que um “uso tático” do direito não deve ser desprezado.

É a partir da crença nesse caráter dialético do direito que dizemos sim, é possível um ensino do direito emancipador. Entretanto, para isso, é necessário acreditar no educando; mais, é preciso auxiliar o educando para a apropriação da crença em si mesmo, como ensina Freire (2002, p. 104), em sua *Educação como prática para a liberdade*:

A superação de posições reveladoras de descrença no educando. Descrença no seu poder de fazer, de trabalhar, de discutir. Ora, a democracia e a educação democrática se fundam ambas, precisamente, na crença no homem. Na crença em que ele não só pode mas deve discutir os seus problemas. Os problemas do seu País. Do seu Continente. Do mundo. Os problemas do seu trabalho. Os problemas da própria democracia.

Por isso, um ensino jurídico em viés emancipatório deve rebelar-se contra um ensino mercantilizado, encarado como forma de rápida ascensão social e moldado pelas exigências heteronômicas do mercado. “Faculdades de Direito se tornam, não raro, fábricas de adestramento. No lugar da preparação para a emancipação, pratica-se o adestramento (que se faz com ratos de laboratório por condicionamento) aos imperativos do mercado, às exigências

imediatistas (BITTAR, 2006, p. 28). Como brada Tagliavini (2013a, p. 35): “ESSE MODELO ESTÁ FALIDO. E quem duvida deve voltar a ler os resultados, pois é esse o modelo adotado na maioria dos cursos de direito. É esse o direito que se ensina ERRADO”.

Como tivemos oportunidade de refletir nas seções anteriores, de modo específico na segunda, quando tratamos das diretrizes curriculares para os cursos de direito no Brasil, é farta a literatura de análise crítica da expansão do ensino jurídico no Brasil. Bittar (2006, p.10-11) faz um inventário das ideias e propostas, concepções e teorias, tendências e conceitos, de potencial emancipador, na linha da tese que defendemos e abaixo o apresentamos:

- no lugar do ensino centrado no professor-leitor, o ensino voltado para a interação aluno-professor;
- no lugar do ensino calcado nas verdades da “lei”, clara demonstração da influência positivista sobre o saber jurídico, o estudo crítico e ético-social do fenômeno jurídico;
- no lugar do ensino monolítico, condensado no cristalizado conjunto dos valores das carreiras jurídicas, a formação educacional mais ampla, que, inclusive, prepara para a cidadania;
- no lugar de projetos pedagógicos de forte concentração profissional, propostas de intensificação da formação humanista do operador do Direito;
- no lugar da pedagogia vertical, centrista e verbal do docente (elocuições magistrais dos lentes catedráticos), o interesse pelas propostas lúcidas interativas, dinâmicas e alternativas de ensino/aprendizagem do direito.
- no lugar de grades curriculares centradas no exclusivismo da ciência do direito, a incorporação de novas disciplinas capazes de despertar habilidades diversas no operador do Direito (Criatividade, Informática Jurídica, Psicologia da Negociação, Estudos da Realidade Brasileira etc.);
- no lugar de conteúdos programáticos enfocados na especialização temática, e no exclusivismo metodológico, a interdisciplinaridade dos saberes jurídicos, inclusive entre teoria e prática;
- no lugar das metodologias de ensino formais (exposição, leitura de código etc.), abertura de campo para a invasão de novas metodologias que priorizam a ação e a interação (Internet, *Power Point*, cursos a distância, laboratório de prática interativo, atendimento à população, prestação de serviços jurídicos à sociedade, ações de cidadania, projetos de discussão grupal, pesquisas institucionais, convênios de cidadania com órgãos públicos, monografias etc.);
- no lugar de cursos-padrão, centrados no positivismo jurídico, maior aderência do curso às peculiaridades regionais, locais (urbanas ou rurais) bem como às necessidades profissionais, ao mercado de trabalho e às condições socioeconômicas específicas;
- etc.

Vem, então, o questionamento: é preciso que tenhamos outras diretrizes curriculares para formatar o cavalo de troia? Não. Já o explicitamos em nossa segunda seção. Porém, além disso, como refletido por Tagliavini (2013a, p. 58-59) ao tratar das mais recentes diretrizes, “seus objetivos não foram ainda minimamente atingidos. Não precisamos de novas diretrizes. Precisamos de decisões políticas e investimentos para sua implantação completa”.

Mais: na formatação de nosso cavalo de troia é preciso ter a perspectiva de Adorno (2000, p. 121), em *Educação após Auschwitz*, de que “a educação tem sentido unicamente como educação dirigida a uma auto-reflexão crítica”, aquela que situa o sujeito em sua condição chamando-o à consciência de que está no interior de um sistema que o quer devorar, como o cavalo dentro dos muros de troia. Continua Adorno (2000, p. 122), “a pressão do geral dominante sobre tudo que é particular, os homens individualmente e as instituições singulares, tem uma tendência a destroçar o particular e individual juntamente com seu potencial de resistência”. Manter aceso o potencial de resistência: eis uma das armas que não pode ficar fora de nosso cavalo de troia.

Nesse sentido, aprofunda Adorno (2000, p. 169) em *Educação e emancipação*: “a exigência de emancipação parece ser evidente numa democracia”. E mais adiante (2000, p. 182-183. Grifo nosso):

Mesmo correndo o risco de ser taxado de filósofo, o que, afinal, sou, diria que a figura em que a emancipação se concretiza hoje em dia, e que não pode ser pressuposta sem mais nem menos, uma vez que ainda precisa ser elaborada em todos, mas realmente em todos os planos de nossa vida, e que, portanto, *a única concretização efetiva da emancipação consiste em que aquelas poucas pessoas interessadas nesta direção orientem toda a sua energia para que a educação seja uma educação para a contradição e para a resistência.*

Dissecando o pensamento adorniano para aplicá-lo à nossa tese, perceber a constatação do filósofo de que são *poucas* as pessoas interessadas na direção de uma educação para a emancipação, mas não simplesmente porque não querem educar para emancipar, e sim porque imersas na ideologia do sistema que distorce a realidade e impede que se perceba a heteronomia que procura nos submeter. São muitos os cursos de direito, mas são poucos (em atitudes isoladas) os que atuam em viés emancipador, como na constatação de Gentil e Tagliavini.

Gentil (2011, p. 71) sugestivamente equipara os cursos de direito às características de um prato de *fast food*, ou seja, “rápido, de fácil assimilação, superficial e sem sabor”:

Na praça de alimentação em que são servidos *direito e educação* e onde a especialidade é a simbiose desses dois pratos, materializada no *ensino jurídico*, estão disponíveis várias modalidades desse alimento, havendo uma receita diferente para cada uma. Mas, atenção, pois o *cliente*, eufemismo para *freguês*, não terá muitas opções para variar de sabor, caso queira fazer uma experiência gastronômica mais profunda: as receitas só apresentam diferenças na aparência; muda a cor do embrulho, o logotipo da loja, o tamanho da bandeja, o formato da comida, mas o conteúdo, ainda que haja alteração na ordem dos ingredientes, é invariavelmente o mesmo.

Tagliavini (2013a, p. 36) é contundente:

O problema do ensino de direito no Brasil é um caso extremo. **Como está não presta.** Não presta, nem para ensinar os estudantes a exercer o direito, em qualquer de suas vertentes profissionais, nem para formar pessoas que possam melhorar o nível da discussão dos nossos problemas, das nossas instituições e das nossas políticas públicas. Representa um desperdício, maciço e duradouro, de muitos dos nossos melhores talentos. E frustra os que, como alunos ou professores, participem nele: quanto mais sérios, mais frustrados.

Seguindo com Adorno, o filósofo fala de *uma educação para contradição e para a resistência*. Para a *contradição*, no sentido de estar atento às contradições do sistema que oculta o sujeito concreto em sujeitos de direito, que estabelece ilusões ideológicas sustentadas por contradições reais, de tal modo que não basta combater as ideias falsas por si só: “é preciso que se solucione a contradição real por meio de uma ação transformadora sobre a realidade” (MELO, 2011, p. 14). Nesse aspecto, entendemos que auxiliar o educando do curso jurídico a superar uma falsa consciência do mundo é uma ação transformadora sobre a realidade, com alto potencial revolucionário.

Para a *resistência*, no sentido de estar apto para suportar a dificuldade, o esforço, a fadiga que é fazer oposição, reagir, ir contra, superando “a inércia dos satisfeitos e a ditadura dos bem sucedidos” (TAGLIAVINI, 2013a, p. 37), tendo coragem de assumir desafios e o convencimento de que é possível mudar a realidade bastante tenebrosa do ensino jurídico. E a situação requer resistência uma vez que

o cotidiano das disciplinas ensinadas nas Faculdades, no lugar de produzir capacidade de autonomia, produz, em seu conjunto, o esvaziamento de ideais de vida (gerando em seu lugar o conformismo), a formatação de mentalidades para a aceitação (a inaceitação é sempre mal recebida), o encapsulamento de vontade de libertação (gerando apatia), a castração da luta pela sempre presente exigência da pureza do conceito (criando a consciência da abstração e da nulidade da ação). Trata-se de um modelo de ensino que desestimula, em todos os momentos, a dúvida – ela é mal vista, mal recebida e profundamente deslocada –, mas somente se torna bem-vinda quando se trata da dúvida meramente “esclarecedora da matéria lecionada”. O recomeçar de modo diferente não é autorizado, por isso o pensar é aniquilado a cada passo que se dá na “ministração da matéria oficial a ser lecionada para cumprir o currículo mínimo”. A opressão (poder) é a marca deste sistema, e não a liberdade (autonomia). A opressão está em tudo: distância docente, frieza calculista dos olhares, tapetes vermelhos, rituais acadêmicos pomposos e formais, impermeabilidade das congregações ou conselhos acadêmicos, verticalidade das estruturas burocráticas, na feição sisuda do magistrado-professor que adentra a sala de aula sem desvestir-se do cargo, na falta de transparência das políticas das coordenadorias, na massividade impessoal das salas lotadas de pessoas cujas esperanças de ascensão social de depositam sobre o sonho de serem igualmente autoridades, reproduzindo o *status quo*, em um país onde só se respeita a autoridade do título ou do cargo (BITTAR, 2006, p. 28-29).

Resistência. Esse é um qualificativo primordial do cavalo de troia na luta por uma educação jurídica emancipadora. Em *Educação – para quê?*, Adorno (2000, p. 144) sentencia: “a educação por meio da família, na medida em que é consciente, por meio da escola, da universidade teria neste momento de conformismo onipresente muito mais a tarefa de fortalecer a resistência do que de fortalecer a adaptação”. Uma vez mais: resistência.

Como observado por Bittar (2006, p. 20-21), “Foucault, em seus últimos escritos sobre ética, [propõe a] criação de uma ética da resistência como forma de enfrentamento da microfísica do poder”. Parodiando o filósofo francês, na linha da reflexão que viemos construindo, nossa tese propõe uma *microfísica da resistência* como caminho para um ensino jurídico emancipador. Em primeiro lugar, uma resistência periférica, isto é, no cotidiano educativo, no planejamento de cada componente curricular e de cada aula, bem como na execução formativa de cada um dos mil dias que cada aluno vivencia no curso de direito.

O segundo momento da microfísica da resistência é sair do mundo das intenções e dos discursos para o mundo concreto das práticas reais e efetivas. Atente-se, no discurso, as diretrizes curriculares para os cursos de direito apresentam o seguinte perfil para o bacharel em direito:

sólida formação geral, humanística e axiológica, capacidade de análise, domínio de conceitos e da terminologia jurídica, adequada argumentação interpretação e valorização dos fenômenos jurídicos e sociais, aliada a uma postura reflexiva e de visão crítica que fomente a capacidade e a aptidão para a aprendizagem autônoma e dinâmica, indispensável ao exercício da Ciência do Direito, da prestação da justiça e do desenvolvimento da cidadania (Resolução CNE/CES 9/2004, Art. 3º).

É entusiasmante; mas ainda está na ordem do discurso, a carecer de decisões políticas, de investimento, de atitudes que concretizem a beleza da abstração. Como diriam Marx e Engels (2007, p. 94),

não se parte daquilo que os homens dizem, imaginam ou representam, tampouco dos homens pensados, imaginados e representados para, a partir daí, chegar aos homens em carne e osso; parte-se dos homens realmente ativos e, a partir de seu processo de vida real, expõe-se também o desenvolvimento dos reflexos ideológicos e dos ecos desse processo de vida.

Em outras palavras, é preciso por os pés no chão. E uma educação jurídica para a emancipação nasce do chão das salas de aula e não dos gabinetes artificialmente agradáveis dos que escrevem, defendem e editam as diretrizes curriculares nacionais.

Prosseguindo, Foucault afirmava que o indivíduo é simultaneamente um efeito do poder e seu centro de transmissão. Em terceiro lugar, então, que a microfísica da resistência incentive cada sujeito da educação jurídica (coordenadores, professores, alunos)

não apenas a resistir e opor-se ao sistema que aí se encontra, como também, ao mesmo tempo, ser centro de transmissão de resistência, na linha de Adorno em *Educação – para quê?* (2000, p. 154): “eu diria que hoje o indivíduo só sobrevive enquanto núcleo impulsionador da resistência”.

Como quarto aspecto, a microfísica da resistência incita a não esperar que venha do alto, seja do Ministério da Educação, seja da Comissão Nacional de Educação Jurídica da OAB, seja da coordenação acadêmica ou de qualquer outra instância superior, a determinação de se efetivar uma educação jurídica emancipadora. Isso jamais ocorrerá. Pior: no discurso, já está tudo belamente previsto. Para quem lida com a educação jurídica, a microfísica da resistência quer ser uma bandeira, uma convocação para a luta, para “a aventura do conhecimento [que] é um desafio para corajosos navegantes, dispostos a enfrentar as ondas contrárias dos mares estabelecidos, na busca da periferia, existente, mas ainda desconhecida ou não admitida” (TAGLIAVINI, 2013a, p. 94).

Por fim, a microfísica da resistência, em seu quinto aspecto, deve ter a sutileza de formar, organizar e por em circulação um saber, aparelhos de saber, isto é, teorias de aprendizagem que encaminhem uma educação para a emancipação, por meio da qual todos os sujeitos envolvidos no processo, muitas vezes imersos e perdidos na heteronomia do sistema, encontrem seu lugar próprio, a partir do qual possam exercitar sua independência e sua autonomia. Não é o escopo desta tese entrar nas minúcias das teorias de aprendizagem que possuem o viés da emancipação, para isso remetemos à indefectível obra de Tagliavini (2013a) – largamente citada nesta tese –, que aborda questões de teorias de ensino e aprendizagem, inovações pedagógicas, métodos de estudo para aprender direito, bem como a aprendizagem baseada em problemas. Aqui contentamo-nos em consignar que “a educação que se quer, bem como o ensino jurídico de que se carece, deve sensibilizar, tocar, atrair, fomentar, descortinar horizontes, estimular o pensamento. É dessa criatividade que se nutre a autonomia” (BITTAR, 2006, p. 32). Nesse sentido, rebela-se Paulo Freire (1987, p. 58) contra a concepção bancária da educação

em que a única margem de ação que se oferece aos educandos é a de receberem os depósitos, guardá-los e arquivá-los. Margem para serem colecionadores ou fichadores das coisas que arquivam. No fundo, porém, os grandes arquivados são os homens, nesta (na melhor das hipóteses) equivocada concepção “bancária” da educação. Arquivados, porque fora da busca, fora da práxis, os homens não podem ser. Educador e educandos se arquivam na medida em que, nesta distorcida visão da educação, não há criatividade, não há transformação, não há saber. Só existe saber na invenção, na reinvenção, na busca inquieta, impaciente, permanente, que os homens fazem no mundo, com o mundo e com os outros. Busca esperançosa também.

Assim, com a temática da esperança, nos encaminhamos para nossas considerações finais.



## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em uma retomada do caminho percorrido nesta tese, foi feita uma pesquisa teórico-conceitual, embasada no levantamento de dados históricos, no estabelecimento de marcos teóricos e na construção de uma linha argumentativa que possibilitasse analisar o fenômeno do ensino jurídico em crise e acenar para perspectivas nesse campo da educação. No primeiro capítulo, o cabedal teórico foi constituído a partir de três perspectivas: 1) o direito como fetiche – Marx e Engels, 2) o direito como mito – Adorno e Horkheimer, 3) o direito como invenção – Nietzsche e Foucault. A partir desse marco teórico, analisou-se como o direito, invenção humana, fenomenizou-se histórica e culturalmente como técnica de solução de conflitos e braço do poder, tanto no Ocidente como nas terras brasileiras. O fio condutor dessa investigação teórico-conceitual se estendeu do jusnaturalismo (e o jusnaturalismo moderno), passando pelo iluminismo, até desembocar no positivismo jurídico. O segundo capítulo, analisou a invenção do direito no Brasil, a criação das primeiras faculdades e o processo histórico-legislativo que conduziu o direito, de modo geral, e o ensino jurídico, de modo específico, nas terras brasileiras. A questão da possibilidade de alguma emancipação dentro do sistema analisado, bem como da possibilidade de um ensino de direito que encaminhe para a emancipação e por qual viés, ocupou o terceiro capítulo, crítico-propositivo, a postular uma microfísica da resistência, como instrumento de resgate da educação emancipadora raptada pelo neoliberalismo capitalista.

No início desta tese, apresentávamos documentos oficiais a denunciar a crise pela qual passava o ensino jurídico brasileiro na terceira década do século XIX, por sinal, quando foram inauguradas as *primeiras* faculdades de direito no país.

Desde a introdução afirmamos que o estado da arte poderia ser assim resumido: *há uma crise no ensino do direito*. A documentação a sustentar o argumento é farta. A título de considerações finais acrescentamos.

Brasil. Século XX – 1955 – Fim da era Vargas. Aula inaugural dos cursos da Faculdade Nacional de Direito – Rio de Janeiro, pelo Prof. Francisco Clementino de San Tiago Dantas, intitulada *A educação jurídica e a crise brasileira* (2009):

Quem examina a cultura modera, nos últimos decênios [estamos na década de 50] não só entre nós, mas também entre outros povos, não poderia deixar de reconhecer que o Direito, como técnica de controle da sociedade, vem perdendo terreno e prestígio para outras técnicas, menos dominadas pelo ético, e dotadas de grau mais elevado de eficiência, [como] a ciência da administração [e] a ciência econômica (p. 15).

Poderíamos dizer que o curso jurídico é, sem exagero, um curso de institutos jurídicos, apresentados sob a forma expositiva de tratado teórico-prático (p. 16).

De fato, o currículo fundado apenas no princípio da formação geral que hoje vigora entre nós, e executado pelo método de preleções e estudo expositivo, não pode deixar de produzir, mesmo em relação aos melhores alunos, uma preparação extremamente superficial (p. 22).

Queixam-se os professores do desinteresse dos alunos [...]. Queixam-se os alunos dos professores, da indiferença de um, da impontualidade de outro, das excentricidades de um terceiro, das exigências descabidas de um quarto, e assim por diante. [...] Tudo isso pode ser recolhido ao arsenal das velharias da tradição acadêmica, e abrir espaço a uma reflexão grave sobre o que a educação jurídica está hoje reclamando para aglutinar num esforço comum alunos e mestres, com o objetivo de servir à cultura jurídica do nosso país e à recuperação desse surto de decadência ético-jurídica, que está patente aos olhos de todo observador (p. 26).

Ora, na década de 50, o ensino jurídico estava restrito às universidades públicas e às poucas universidades confessionais; seus diretores caberiam, com folga, em um auditório. Fazer uma reforma jurídica era algo pontual. O diagnóstico é calamitoso: “*surto de decadência ético-jurídica*”! Interessante é que os mesmos objetivos reformistas da referida aula inaugural estão listados no artigo 4º da Resolução CNE/CES nº 9/2004, que atualmente rege os cursos de direito no Brasil. Puxa, são mais de cinquenta anos!

Brasil. Século XX – 1976 – Ditadura militar – Presidência de Ernesto Geisel. Artigo de Joaquim Falcão (2009), intitulado *Classe dirigente e ensino jurídico – uma releitura de San Tiago Dantas*:

Ninguém, sobretudo os que se preocupam com os incertos caminhos de nossa educação jurídica, deveria desconhecer a aula inaugural dos cursos da Faculdade Nacional de Direito, proferida em 1955, por San Tiago Dantas. [...] A descrição que San Tiago faz da crise, que existia antes de 1955, é tão concorde à realidade, e o esboço de solução que apresenta, de soluções tão evidentes, que o leitor, ao encontrar no texto exatamente aquilo que percebe em sua experiência cotidiana, fica com poucas opções a escolher. Em geral, adere a San Tiago [...] seja ele professor ou estudante, advogado, educador ou pesquisador.

Se compararmos a situação de 1955 com a atual de 1976, constatamos que pouco mudou. A crise persiste incólume a todos os esforços de superação... (p. 39).

Brasil. Século XXI – 2011 – 8º ano de governo petista. Artigo de Plínio Gentil, *Ensino jurídico, cidadania e fast food* (2011):

Pouco a pouco vai se moldando o saber jurídico – outrora destinado a formar elites dirigentes – buscado e difundido pelas agências educadoras, acabando por desaguar, daí em diante, e permanentemente, no cultivo de uma técnica,

pura e superficial. [...] Trata-se da cultura de um autêntico *fast-food* jurídico (p. 76).

Sob influência do mercado, elemento fundante do intercâmbio social numa economia capitalista, a educação jurídica – propagada pelas instituições de ensino superior e pelos *cursinhos* – tende a preparar o educando para responder à demanda por uma habilidade pontual e rasa, voltada para o manejo de processos no fórum, na qual não está incluída a capacidade de reflexão. [...] O resultado é que faculdades e *cursinhos* modelam um operador dócil, como convém a quem, no mais das vezes, exercerá um trabalho assalariado (p. 81).

Basta!

Patente a crise.

Crônica.

Sedimentada desde a fundação dos cursos jurídicos no Brasil aos dias atuais.

Enquanto o sistema for o capitalismo será necessário fazer uso tático do direito e o liberalismo burguês deixou, contraditoriamente, alguns espaços pelos quais é possível rumar para a emancipação. A educação é um caminho e

é considerada, pelos Estados signatários do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, *direito de toda pessoa*, conforme está fixado no seu art.13, item I. Mas não se trata de *qualquer* educação: é preciso, segue o texto, que se trate de um processo que *deverá visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade* (GENTIL, 2011, p. 72).

E na legislação brasileira, como vimos, também há horizontes abertos através dos quais se pode vislumbrar uma educação para a emancipação.

É o cavalo de troia!

Aliás, o mito de Troia, narrado em tantos poemas épicos, apesar das várias versões, possui a constante de que os gregos teriam se unido para assaltarem Troia com o intuito de resgatar Helena, filha de Zeus e de Leda, esposa raptada de Menelau, rei de Esparta, e, para isso, contam com o auxílio de Atena, a guerreira deusa da sabedoria. Tomemos Helena como a *educação emancipadora* que nós todos, educadores, devemos unidos resgatar do sistema capitalista que a raptou. Contemos com o apoio de Atena (deusa da guerra, da sabedoria, da estratégia em batalha) e formatemos o nosso cavalo de troia, tornemo-nos aguerridos, preparados para as vicissitudes, sem pusilanimidade. Levantemos a bandeira: vamos resgatar a educação emancipadora, com nosso cavalo de troia, por meio de uma microfísica da resistência. Esta tese contenta-se em ser apenas um exercício de crítica, como preparação para o combate, como despertar de “um sonho que é substantivamente político e adjetivamente pedagógico” (FREIRE, 2004, p. 175).

Urge resistir, não ceder ao choque, opor força à força, defender-se, conservar-se firme, não sucumbir, durar, subsistir...

## REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodor; HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento: fragmentos filosóficos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.

\_\_\_\_\_. **Educação e emancipação**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.

AGOSTINHO. **A cidade de Deus**. Petrópolis: Vozes, 2001a.

\_\_\_\_\_. **Confissões**. Petrópolis: Vozes, 2001b.

AGUIAR, Roberto A. R. **A crise da advocacia no Brasil: diagnóstico e perspectiva**. 3ª ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1999.

ALMEIDA JÚNIOR, Fernando Frederico de. **A expansão do ensino de Direito: massificação ou democratização a serviço da prática da justiça no Brasil?** Tese de Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Educação – UFSCar. São Carlos: 2007, 240p.

ARIÈS, Philippe; DUBY, Georges. **História da vida privada**. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

ARRUDA JR., Edmundo Lima de. (org.). **Lições de Direito Alternativo I e II**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1991.

BALIKIAN, José Eduardo. **Direito alternativo no ensino do direito: presença explícita, implícita ou inexistente**. Dissertação de mestrado. Mestrado em Educação – UNOESTE. Presidente Prudente, 2008. 117p. Disponível em: <[http://tede.unoeste.br/tede/tde\\_busca/arquivo.php?codArquivo=194](http://tede.unoeste.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=194)>. Acesso em: 15 out. 2014.

BARCELLONA, Pietro (org.). **L'uso alternativo del diritto**. Bari: Laterza, 1973.

BARRETO, Plínio. **A cultura jurídica no Brasil (1822-1922)**. São Paulo: Estado de São Paulo, 1922.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador. Ano I, vol. I, nº 6, setembro, 2001. Disponível em: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_6/dialogo-juridico-06-setembro-2001-luis-robotto-barroso.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/dialogo-juridico-06-setembro-2001-luis-robotto-barroso.pdf)>. Acesso em: 15 out. 2014.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, março/abril/maio, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%20C7O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2014.

BASTOS, Aurélio Wander. **O ensino jurídico no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

BASBAUM, Leôncio. **História Sincera da República**. São Paulo, Alfa-Omega, 1976. v.1.

BELLUZZO, Luiz Gonzaga de Mello. **Ensaio sobre o capitalismo no século XX**. Sel. e org. Frederico Mazzucchelli. São Paulo: Editora UNESP/Campinas: Editora UNICAMP, 2004.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

\_\_\_\_\_. **Estudos sobre ensino jurídico**: pesquisa, metodologia, diálogo e cidadania. 2ª ed. rev. mod. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2006.

BITTAR, Marisa; FERREIRA JÚNIOR, Amarílio. Educação jesuítica e crianças negras no Brasil Colonial. In: **Revista Brasileira de Estudos Pedagógicos**. Brasília: INEP, set-dez/1999, v. 80, n. 196. p. 472-482. Disponível em: <<http://rbep.inep.gov.br/index.php/RBEP/article/viewFile/172/171>>. Acesso em: 29 jul. 2014.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986.

\_\_\_\_\_. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

CALERA, Nicolas, SAAVEDRA, Modesto; IBÁÑEZ, Perfecto. **Sobre el uso alternativo del derecho**. Valencia: Ed. Fernando Torres, 1978.

CALSAMIGLIA, Alberto. **Introducción a la ciencia jurídica**. Barcelona: Ariel, 1986.

CALVO GARCIA, Manuel. **Los fundamentos del método jurídico**: uma revisão. Madrid: Tecnos, 1994.

CAPPELA, J. Ramón. **El aprendizaje del aprendizaje: fruta prohibida**. Uma introducción al estudio del derecho. Madrid: Trotta, 1993.

CARLINI, Angélica; CERQUEIRA, Daniel Torres de; ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. **180 anos do ensino jurídico no Brasil**. São Paulo: Millennium, 2007.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Eles, os juízes criminais, vistos por nós, os juízes criminais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

\_\_\_\_\_. **Direito alternativo em movimento**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Luam Editora, 1997.

\_\_\_\_\_. **Direito alternativo na jurisprudência**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993.

\_\_\_\_\_. **Direito Alternativo – Teoria e Prática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

\_\_\_\_\_. **Magistratura e direito alternativo**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Luam Editora, 1991.

\_\_\_\_\_; CARVALHO, Salo (org.). **Direito alternativo brasileiro e pensamento jurídico europeu**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

\_\_\_\_\_. **Garantismo penal aplicado.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CARVALHO, José Murilo de. **A cidadania no Brasil.** 6ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

\_\_\_\_\_. **A construção da ordem: a elite imperial; Teatro de sombras: a política imperial.** 2ª ed. rev. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, Relume-Dumará, 1996.

CÍCERO, Marco Túlio. **Das leis.** São Paulo: Cultrix, 1967.

COMTE, Augusto. **Curso de filosofia positiva.** São Paulo: Abril Cultural, 1973. (Coleção Os pensadores).

COTRIM, Lauro Teixeira. **O ensino do Direito no Brasil e os limites e contradições na atuação do advogado público.** Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Educação – UFSCar. São Carlos: 2007, 154p. Disponível em: <[http://www.bdtd.ufscar.br/htdocs/tedeSimplificado//tde\\_busca/arquivo.php?codArquivo=1427](http://www.bdtd.ufscar.br/htdocs/tedeSimplificado//tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1427)>. Acesso em: 29 ago. 2014.

DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. A educação jurídica e a crise brasileira. In: **Cadernos FGV Direito Rio. Educação e direito.** v. 3. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2009. p. 09-37

DELA COLETA, José Augusto; GOMES, Luiz Roberto. A face oculta da universidade brasileira: percepções de comportamentos ilícitos na educação superior por alunos e professores. In: **Educação e Filosofia.** Uberlândia. v. 26, n. 52, p. 465-489, jul./dez. 2012.

FALCÃO, Joaquim. Classe dirigente e ensino jurídico: uma releitura de San Tiago Dantas. In: **Cadernos FGV Direito Rio. Educação e direito.** v. 3. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2009. p. 39-80.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro.** 13 ed. São Paulo: Globo, 1998, v. 1.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **A ciência do direito.** São Paulo: Atlas, 1980.

FERNANDES, Florestan. **A revolução burguesa no Brasil: ensaio de interpretação sociológica.** Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional. In: **Revista de Informação Legislativa,** Brasília: Senado Federal, v. 48, n.189, p. 105-131, jan./mar. 2011. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242864>>. Acesso em: 13 mar. 2013.

FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale.** Roma-Bari: Laterza, 1989.

FILGUEIRAS, Luiz. **A história do Plano Real: fundamentos, impactos e contradições.** São Paulo: Boitempo, 2000.

\_\_\_\_\_. O neoliberalismo no Brasil: estrutura, dinâmica e ajuste do modelo econômico. In: BASUALDO, Eduardo M.; ARCEO, Enrique. **Neoliberalismo y sectores dominantes. Tendencias globales y experiencias nacionales.** CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, Buenos Aires. Agosto 2006. p. 179-206

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas.** Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002.

\_\_\_\_\_. **Microfísica do poder.** 16 ed. Rio de Janeiro: Graal, 1996.

FREIRE, Paulo. **Educação como prática da liberdade.** 26ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

\_\_\_\_\_. **Pedagogia da tolerância.** São Paulo: Editora Unesp, 2004

\_\_\_\_\_. **Pedagogia do oprimido.** 17ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

GENTIL, Plínio Antônio Britto. Ensino jurídico, cidadania e *fast food*. In: LIMA, Fernando Rister de Souza; PORT, Otávio Henrique Martins; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima (coords.). **Poder judiciário, direitos sociais e racionalidade jurídica.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 71-83.

\_\_\_\_\_. O direito penal como objeto do conhecimento na sociedade contemporânea. In: TAGLIAVINI, João Virgílio (org.). **A superação do positivismo jurídico no ensino do direito:** uma releitura de Kelsen que possibilita ir além de um positivismo restrito e já consagrado. Araraquara: Junqueira&Marin Editores, 2008. p. 167-202.

GOMES, Luiz Roberto. **Educação e consenso em Habermas.** Campinas: Editora Alínea, 2007. (Coleção educação em debate).

GONH, Maria da Glória. Movimentos sociais na contemporaneidade. **Revista Brasileira de Educação,** Rio de Janeiro, v. 16, n. 47, maio-ago. 2011. p. 333-361 Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbedu/v16n47/v16n47a05.pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2015.

GRAMSCI, Antonio. **Cadernos do cárcere.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. v. I, 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010.

HERRERA FLORES, Joaquín; RUBIO SÁNCHEZ, David. Jueces para la democracia, **Acta de fundación.** Guadalajara: Gráficas Pontón, 1983.

HESPANHA, António Manuel. **Panorama histórico da cultura jurídica europeia.** Lisboa: Europa América, 1977.

HOBBS, Thomas. **Do cidadão.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. **Leviatã.** São Paulo: Martins Fontes, 2008.

HOBSBAWM, Eric. **A era dos extremos: o breve século XX: 1914 – 1991.** São Paulo: Companhia das Letras, 1995.



HORKHEIMER, Max. **Teoria crítica: uma documentação**. São Paulo: Perspectiva/Edusp, 1990.

IASI, Mauro Luís. Direito e emancipação humana. In: **Revista da Faculdade de Direito**. São Paulo, v. 2, n. 2, p. 170-192, 2005. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/view/477>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

LIMA, Fernando Antônio de; ROSSATO, Felipe Candido. As manifestações populares brasileiras em junho de 2013: sua natureza e suas verdadeiras intenções. **Revista Crítica do Direito**, v. 52, n. 3, set./out. 2013. Disponível em: <<http://www.criticadodireito.com.br/todas-as-edicoes/numero-3-volume-52/fernando>>. Acesso em: 10 dez. 2014.

LYRA FILHO, Roberto. A nova filosofia jurídica. In: MOLINA, Mônica Castanha e outros (orgs.). **Introdução crítica ao direito agrário** [o direito achado na rua, v. 3]. Brasília: EdUnB, 2002.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. 2ª ed. rev. São Paulo: Max Limonad, 2002.

LUCAS, Fábio. **Conteúdo social nas constituições brasileiras**. Belo Horizonte: Universidade de Minas Gerais, 1959. Disponível em: <[www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:livro:1959;000057722](http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:livro:1959;000057722)>. Acesso em: 02 ago. 2014.

LYRA FILHO, Roberto. **O direito que se ensina errado: sobre a reforma do ensino jurídico**. Brasília: Centro Acadêmico de Direito da UNB. 1980. Disponível em: <[http://issuu.com/ricardo2p/docs/o\\_direito\\_que\\_se\\_ensina\\_errado](http://issuu.com/ricardo2p/docs/o_direito_que_se_ensina_errado)>. Acesso em: 22 fev. 2014.

KANT, Immanuel. Resposta à pergunta: O que é Esclarecimento? In: KANT, Immanuel. **Textos seletos**. Petrópolis: Vozes, 1985.

KELSEN, Hans. **A ilusão da justiça**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

\_\_\_\_\_. **O que é justiça?** São Paulo: Martins Fontes, 2001.

\_\_\_\_\_. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACHADO NETO, A. L. **Sociologia jurídica**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**. São Paulo, Boitempo, 2007.

\_\_\_\_\_. **A questão judaica**. São Paulo: Centauro, 2000.

\_\_\_\_\_. **Crítica da filosofia do direito de Hegel**. São Paulo, Boitempo, 2005.

\_\_\_\_\_. **O capital**. São Paulo: Nova Cultural, 1988. V. 1.

\_\_\_\_\_. Prefácio à Contribuição à crítica da economia política. In: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich, **Obras escolhidas**. São Paulo: Alfa-Ômega, s/d, v. 1.

MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do direito**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MELO, Tarso Menezes de. **Ambiguidade e resistência: direito, política e ideologia na neoliberalização constitucional**. 2011. Tese (Doutorado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2011. 104 p. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-10052011-092250/>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

\_\_\_\_\_. **Direito e existência concreta: a ideologia jurídica e a função social da propriedade rural**. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo – USP. São Paulo: 2007, 128p. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-28112007-085733/>>. Acesso em: 13 jan. 2015.

MELO FILHO, Álvaro. Currículo jurídico: um modelo atualizado. In: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Ensino jurídico: diagnóstico, perspectivas e propostas**. Brasília: OAB, 1992.

MESQUITA, Márcio Satalino. **O positivismo jurídico como fundamento da educação do bacharel em direito: a concepção do objeto como condicionante do modo de ensino**. Dissertação de mestrado. Programa de Pós-Graduação em Educação – UFSCar. São Carlos: 2005. 354 p. Disponível em: <[http://www.bdt.d.ufscar.br/htdocs/tedeSimplificado//tde\\_busca/arquivo.php?codArquivo=858](http://www.bdt.d.ufscar.br/htdocs/tedeSimplificado//tde_busca/arquivo.php?codArquivo=858)>. Acesso em: 15 ago. 2014.

NIETZSCHE, Friedrich. **Genealogia da moral: uma polêmica**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

\_\_\_\_\_. Sobre verdade e mentira no sentido extra-moral. In: **Nietzsche**, vol. 1. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

NADER, Paulo. **Filosofia do direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

NOBRE, Marcos (Org.). **Curso livre de teoria crítica**. Campinas: Papyrus, 2008.

OCKHAM, Guilherme de. **Oito questões sobre o poder do papa**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **170 anos de cursos jurídicos no Brasil**. Conselho Federal da OAB, Brasília, 1997. Petrópolis, Vozes, 1997.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Ensino jurídico: diagnóstico, perspectivas e propostas**. Brasília: OAB, 1992.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Ensino jurídico: novas diretrizes curriculares**. Brasília: OAB, 1996.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Ensino jurídico:** parâmetros para elevação de qualidade e avaliação. Brasília: OAB, 1993.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. OAB **ensino jurídico:** balanço de uma experiência. Brasília: Conselho Federal, 2000.

PACHUKANIS, Evgeny Bronislavovich. **Teoria geral do direito e marxismo.** São Paulo: Acadêmica, 1988.

PRADO Jr., Bento. **A retórica de Rousseau e outros ensaios.** São Paulo: Cosac Naify, 2008.

PRADO JÚNIOR, Caio. **História econômica do Brasil.** 26ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1976.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dante. **História da filosofia:** Antiguidade e Idade Média. v. I. São Paulo: Edições Paulinas, 1990a. Coleção Filosofia.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. **História da filosofia:** do humanismo a Kant. v. II. São Paulo: Edições Paulinas, 1990b. Coleção Filosofia.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. **História da filosofia:** do romantismo até nossos dias. v. III. São Paulo: Edições Paulinas, 1991. Coleção Filosofia.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito.** 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 1962.

ROCHA, José Manuel de Sacadura. **Fundamentos de filosofia do direito:** o jurídico e o político da antiguidade a nossos dias. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei; ARRUDA JÚNIOR Edmundo Lima de. (Org.). **Educação jurídica.** 3ª ed. corr. Florianópolis : FUNJAB, 2014.

Disponível em: <<http://funjab.ufsc.br/wp/wp-content/uploads/2014/04/FINAL-3a-ed-Educacao-Juridica-07-04-2014.pdf>>. Acesso em 22 mar. 2014

\_\_\_\_\_. **Ensino Jurídico e Direito Alternativo.** São Paulo: Acadêmica, 1993.

\_\_\_\_\_ (org.). **Ensino jurídico para que(m)?** Florianópolis, Fundação Boiteux, 2000.

\_\_\_\_\_. **Pensando o ensino do direito no século XXI:** diretrizes curriculares, projeto pedagógico e outras questões pertinentes. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

ROSA DE ANDRADE, Lédio. **Introdução ao direito alternativo brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado – Universidade do Sul de Santa Catarina, 1996.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Discurso sobre as ciências e as artes. In: **Os Pensadores.** Nova Cultural, 1997, vol. II.

\_\_\_\_\_. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens.** São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. **Emílio, ou, da educação.** São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RUBY, Christian. **Introdução à Filosofia Política**. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1998.

SANTOS, André Luiz Lopes dos. **Ensino jurídico: uma abordagem político-educacional**. Campinas: Edicamp, 2002.

SANTOS, João Luiz Riberio dos. (Org.) **Educação jurídica em questão: desafios e perspectivas a partir das avaliações**. São Carlos/São Paulo: Editora do Autor/OAB/SP, 2013.

SARTORI, Vitor Bartoletti. Direito e fetichismo: forma jurídica, forma-mercadoria e alienação na sociedade civil-burguesa. In: KASHIURA JÚNIOR, Celso Naoto, et al (org.). **Cadernos de pesquisa marxista do Direito**, v. 1, n.1, São Paulo: Outras Expressões, 2011, pp.169-187.

SAVIANI, Dermeval. **A nova lei da educação: trajetória, limites e perspectivas**. 5ª ed. Campinas: Autores Associados, 1999.

\_\_\_\_\_. O Congresso Nacional e a Lei nº 4.024/61 – A estratégia da “conciliação” na “democracia restrita”. In: **Política e Educação no Brasil – o papel do Congresso Nacional na legislação do ensino**. Campinas: Autores Associados, 1999.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. As faculdades de Direito ou Os eleitos da nação. In: **O espetáculo das raças**. São Paulo: Cia. das Letras, 1993.

SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e sociedade no Brasil colonial**. São Paulo: Perspectiva, 1979.

SIMÕES, Teotônio. **Os bacharéis na política – a política dos bacharéis**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1983. Disponível em: <[www.ebooksbrasil.org/eLibris/bachareisteo.html](http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/bachareisteo.html)>. Acesso em: 01 ago. 2014.

TAGLIAVINI, João Virgílio. **Aprender e ensinar direito: para além do direito que se ensina errado**. São Carlos: Edição do Autor, 2013a.

\_\_\_\_\_. (coord.). **Exame de Ordem: uma visão crítica**. São Carlos: Edição do Autor, 2010.

\_\_\_\_\_. (coord.). **IX exame de ordem: uma crítica acadêmica**. São Carlos: Edição do Autor, 2013b. Disponível em: <[www.educardireito.com.br/BACKUP/docs/IX\\_EXAME\\_DE\\_ORDEM.pdf](http://www.educardireito.com.br/BACKUP/docs/IX_EXAME_DE_ORDEM.pdf)>. Acesso em: 22 jan. 2014.

\_\_\_\_\_. (org.). **A superação do positivismo jurídico no ensino do direito: uma releitura de Kelsen que possibilita ir além de um positivismo restrito e já consagrado**. Araraquara: Junqueira&Marin Editores, 2008.

TOMÁS DE AQUINO, **Suma teológica**. São Paulo: Loyola, 2005, v. IV.

TORRES, João Carlos Brum. A desigualdade entre os homens segundo Rousseau: um dos monumentos da inteligência humana de todos os tempos [Apresentação]. In: ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Porto Alegre: L&PM Editores, 2009. Disponível em:

<[http://www.lpm.com.br/site/default.asp?TroncoID=805133&SecaoID=816261&SubsecaoID=935305&Template=../artigosnoticias/user\\_exibir.asp&ID=836492](http://www.lpm.com.br/site/default.asp?TroncoID=805133&SecaoID=816261&SubsecaoID=935305&Template=../artigosnoticias/user_exibir.asp&ID=836492)>. Acesso em: 05 jan. 2015.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria pura do direito**: repasse crítico de seus principais fundamentos. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. **Das arcadas ao bacharelismo**. 2ª ed. São Paulo: Perspectiva, 1982.

WARAT, Luis Alberto. **A ciência jurídica e seus dois maridos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2000

WIGGERSHAUS, Rolf. **A Escola de Frankfurt**. História, desenvolvimento teórico, significação política. Rio de Janeiro: Difel, 2002.

WOLKMER, Antônio Carlos. **História do Direito no Brasil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

\_\_\_\_\_. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1991.