



Artigo

## Do positivismo ao positivismo jurídico: reverberações na formação do Bacharel em Direito

### From Positivism to Legal Positivism: reverberations in Bachelor of Law Training

Ricardo Morais Pereira\*<sup>1</sup>, Sônia Aparecida Siquelli\*\*<sup>2</sup>

\*Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro-RJ, Brasil

\*\*Universidade Federal de Alfenas (UNIFAL), Alfenas-MG, Brasil

#### Resumo

O presente artigo analisa as ideias pedagógicas do ensino jurídico no Brasil, numa perspectiva histórica e política, buscando questionar como o pensamento positivista exerceu e ainda exerce influência na formação dos profissionais do Direito, uma vez que, atualmente, o perfil do egresso tem se mostrado com características de um profissional técnico, entretanto incapaz muitas vezes de exercer uma reflexão de sua própria prática. Concebida no século XIX, a escola positivista, que teve como precursor o filósofo Augusto Comte, sustentava que apenas as leis estabelecidas pela ciência deveriam ser aceitas. No campo jurídico, o positivismo foi detalhadamente trabalhado pelo jurista e filósofo austríaco Hans Kelsen em sua obra “A Teoria Pura do Direito”, que corroborou a influência do positivismo filosófico no campo jurídico, ao sustentar que apenas a lei é capaz de realizar plenamente o Direito. Para o rígido pensamento, a norma se basta, sendo a principal fonte do Direito, prevalecendo sobre todas as demais. A metodologia empregada na pesquisa foi de natureza qualitativa, desenvolvida a partir de uma análise bibliográfica dos conceitos filosóficos jurídicos que compõem a formação deste profissional. Também foi feita uma investigação documental nas diretrizes curriculares apontadas pelo Ministério da Educação e Cultura (MEC). Os resultados finais desta pesquisa identificaram que o positivismo jurídico continua influenciando a formação do bacharel do Direito. No entanto, não é o único fator que forja o atual profissional da área jurídica.

#### Abstract

This article analyzes the pedagogical ideas of legal education in Brazil, in a historical and political perspective, seeking to question how positivist thought has exerted and still exerts influence in the formation of Law professionals, since, at present, the egress profile has been shown with the characteristics of a technical professional, who was often incapable of exercising a reflection of his own practice. Conceived in the nineteenth century, the positivist school, whose precursor was the philosopher Augusto

---

<sup>1</sup> Diretor Acadêmico do Centro Universitário do Sul de Minas/Grupo Educacional UNIS. Doutorando em Educação na Universidade Estácio de Sá.  
E-mail: ricardo.morais@unis.edu.br

<sup>2</sup> Professora visitante do Programa de Pós-Graduação em Educação-PPGE, do Instituto de Ciências Humanas e Letras-ICHL da Universidade Federal de Alfenas/MG -UNIFAL. Doutora em Educação pela Universidade Federal de São Carlos.  
ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0002-8992-1898>  
E-mail: soniapsiquelli@gmail.com

Comte, maintained that only the laws established by science should be accepted. In the juridical field, positivism was elaborated in detail by the Austrian jurist and philosopher Hans Kelsen in his work "Pure Theory of Law", which corroborated the influence of philosophical positivism in the legal field, by maintaining that only the law is able to fully realize the Right. For the rigid thought, the norm is sufficient, being the main source of the Law, prevailing over all the others. The methodology used in the research was of a qualitative nature, developed from a bibliographic analysis of the philosophical legal concepts that compose the formation of this professional. A documentary investigation was also made in the curricular guidelines pointed out by the Ministry of Education and Culture (MEC). The final results of this research identified that legal positivism continues to influence the formation of the bachelor of Law. However, it is not the only factor that forges the current legal professional.

**Keywords:** Positivism, Legal positivism, Curricular guidelines, Bachelor's degree in law.

**Palavras chave:** Positivismo, Positivismo jurídico, Diretrizes curriculares, Bacharelado em direito.

## Introdução

Diante de uma sociedade complexa, cada vez mais ávida por direitos e igualdade, este artigo realiza reflexões acerca da formação positivista do profissional do Direito. A Constituição Federal de 1988, promulgada após mais de 20 anos de regime militar e que marcou o processo de redemocratização do Brasil, provocou profundas inovações na sociedade, principalmente no que tange às garantias e direitos fundamentais que o texto consagrou. O profissional do Direito, como conhecedor da lei, desempenha um papel importante na consecução dos princípios insculpidos na Magna Carta. Em virtude disso, dada a complexidade das relações sociais da atualidade, apenas a pura e simples aplicação da lei e redação de documentos, pelo egresso das faculdades jurídicas, mostrar-se-ia insuficiente.

Engana-se quem acredita que o profissional do Direito se limita apenas a isso. Prova disso é que grande parte dos ocupantes do cargo de presidente do Brasil foram egressos das principais faculdades de Direito do país. É preciso mencionar ainda que muitos dos congressistas, responsáveis pela criação das leis brasileiras, possuem a mesma origem. Não raras vezes, estes profissionais também ocupam cargos importantes no Estado, inclusive na direção de instituições de ensino<sup>3</sup>.

Assim, podemos questionar: como lidar com temas de tamanha relevância na contemporaneidade, como corrupção partidária e empresarial, proteção dos povos indígenas, ideologia de gênero, direitos dos homossexuais, biotecnologia, saúde e educação pública, tecnologia da informação, direitos das mulheres, sem a realização de profundas reflexões acerca da formação do profissional do Direito? Para Sanches e Pereira (2009), diante do atual cenário brasileiro, que se encontra em contínuo embate em decorrência dos

---

<sup>3</sup> Em que pese a grande participação de egressos dos cursos de Direito na condução do Estado Brasileiro, é relevante mencionar que há estudos que indicam que a partir da segunda metade do século XX, o bacharelismo começou a perder força, sendo que outros profissionais e até mesmo religiosos passam a desempenhar um papel cada vez maior e decisivo na política nacional.

movimentos sociais que buscam a garantia de direitos e a construção de uma sociedade que reconheça a cidadania como instrumento para a extinção da desigualdade, deve-se fazer uma reflexão acerca do ensino jurídico, de modo a possibilitar uma verdadeira mudança da mentalidade do egresso e sua incorporação dentro de um contexto social atualizado com seu tempo, mas sem abandonar a tradição.

Para compreender a formação positivista do bacharel em Direito no Brasil, primeiramente, é necessário fazer um estudo sobre o conceito do positivismo e, em seguida, compreender o sentido dessa visão na formação do profissional do tradicional curso de Direito. Os princípios fundamentais dessa corrente filosófica, criada por August Comte no século XIX, e a sua importância para o desenvolvimento das ciências permitem a possibilidade de entendimento dessa visão.

Para Comte (1978), o centro de sua filosofia gravita em torno da ideia de que a sociedade só pode ser reorganizada através de uma completa reforma intelectual do homem. Entretanto, entendia que, antes disso, era necessário fornecer aos homens novos modos de pensar, conforme o estado da ciência do seu tempo. Segundo Madureira (2005), diferente de outros pensadores de sua época, como Saint-Simon e Fourier, que se preocupavam em reformar as instituições, Comte suscita em seus seguidores uma revolução do pensamento.

Segundo Rocha (2006), para Comte a experiência jamais mostra mais que uma interligação entre determinados fenômenos. Cada ciência se ocupa com certo conjunto de fenômenos, irredutíveis uns aos outros. A unidade do conhecimento buscada pelas variadas ciências se fixa na utilização de um mesmo método, em qualquer campo de investigação, seja ele natural ou social.

Assim, se lançarem mão de um mesmo método, as ciências teriam a capacidade de “combinar as suas investigações, potencializar as suas descobertas, intensificar o seu desenvolvimento, e garantir a veracidade – ainda que não absoluta, uma vez que o conhecimento resulta tão somente de aproximações – de seus trabalhos”. (ROCHA, 2006, p. 11)

Do ponto de vista filosófico, o positivismo sustenta que a ciência é a única explicação razoável e legítima para a realidade, ao passo que a religião e a filosofia conduzem o homem à confusão, sendo substituídas pelo desenvolvimento científico. Apenas através da ciência, o homem poderá ter um conhecimento completo acerca do mundo em que vive.

O positivismo só tolera fatos que possam ser observados e transformados em leis, conferindo neutralidade à ciência: “o sábio investiga desinteressado das consequências práticas, tendo como propósito somente exprimir a realidade” (MOTTA; BROLEZZI, 2008, p. 4662). Sendo assim, os conceitos comtianos da visão de mundo positivista permitem compreender que, apenas as ciências poderiam alçar o homem a um patamar mais elevado.

No que tange aos direitos, Simioni (2014) assevera que para o positivismo de Comte eles são negados, sendo considerados armadilhas do pensamento metafísico. Para o filósofo francês não existiriam positivamente direitos; tão somente deveres. “Os deveres é que constituem uma facticidade positiva capaz de explicar as causas dos comportamentos sociais” (SIMIONI, 2014, p. 147).

Pensar que o positivismo jurídico é apenas uma faceta do pensamento positivista iniciado por Augusto Comte se mostra equivocado. Entre o

positivismo filosófico e o positivismo jurídico existem aproximações e distinções. No que tange às aproximações, está mais latente o fato de que ambas valorizam a ciência. Aliás, para Mendonça (2011, p.83), “nunca a ciência jurídica conheceu tanto desenvolvimento como no período em que foi acolhida pelo positivismo jurídico”. Outra aproximação evidenciada entre ambas é que ambas valorizam o fenômeno no processo cognitivo e rejeitam a Filosofia.

No que se refere ao distanciamento entre eles, Mendonça (2011) destaca que o positivismo filosófico de Comte tem como base o empirismo, enquanto o positivismo jurídico não se baseia somente no empirismo, mas também no criticismo de Kant.

Sendo assim, tais observações permitem que se faça a afirmativa de que o positivismo jurídico pode ser considerado uma corrente do pensamento jurídico que aceita apenas o fenômeno jurídico como existente e, conseqüentemente, como objeto de conhecimento. Comparato (2016) afirma que, a partir de Comte, o pensamento positivista desenvolveu-se no campo filosófico em diversas correntes. Todavia, todas possuem os mesmos princípios metodológicos, “o conhecimento humano só pode ter por objeto fatos apreendidos pela experiência sensível; fora do mundo dos fatos, a razão só pode ocupar-se, validamente, de lógica matemática” (COMPARATO, 2016, p. 355).

Um dos maiores expoentes do positivismo jurídico no século XX foi o austríaco Hans Kelsen (1881 – 1973). Segundo Oliveira (2012), Kelsen é considerado um dos maiores expoentes do positivismo jurídico. Sua Teoria Pura do Direito buscou “reduzir todos os fenômenos jurídicos à dimensão normativa, razão pela qual muitos autores se referem à sua teoria como normativismo jurídico” (OLIVEIRA, 2012, p. 42).

Para Rocha (2003), Kelsen é um dos juristas mais importantes do século XX, que “no plano científico elaborou uma gigantesca obra – em destaque a Teoria Pura do Direito (Reine Rechts-Lehre) que influenciou a teoria jurídica em quase todos os países” (2003, p. 68). Já Reale (2002, p. 237) sustenta que o jurista austríaco é “um adversário daqueles que querem reduzir a Ciência Jurídica a um capítulo da sociologia, da Economia, da História ou da Geografia”.

Para Kelsen (1998b), o cientista do Direito deve se ocupar exclusivamente com a norma posta, ou seja, aquela prolatada pelo Estado. Para ele, os fatores que interferem na produção da norma, tais como os valores, são estranhos à ciência jurídica. Outras ciências podem estudar estes fatores e traçarem conexões com a ciência jurídica. Aliás, a teoria kelseniana não nega a existência destes fatores, ela apenas não aceita a sua relevância para o estudo da norma jurídica.

O pensamento kelseniano se sustenta na ideia que o jurista deve ter como ponto de partida a norma posta e como ponto de chegada a própria norma posta. Ou seja, não cabe ao operador do Direito questionar os valores utilizados para a criação da norma (*a priori*), tampouco a *posteriori*. Para o positivismo de Kelsen “a norma jurídica é o alfa ( $\alpha$ ) e o ômega ( $\Omega$ ) do sistema normativo, ou seja, o princípio e o fim de todo o sistema” (BITTAR, 2005, p. 337).

A norma jurídica encontra-se no centro de toda a teoria formulada por Kelsen. Mas o que seria a norma para Kelsen? Para o austríaco a norma “é o

sentido de um querer, de um ato de vontade e – se uma norma constitui uma prescrição, um mandamento – é o sentido de um ato dirigido à conduta de outrem, de um ato, cujo sentido é que um outro (ou outros) deve (ou devem) conduzir-se de determinado modo. (KELSEN, 1986, p. 3)

Para Simioni (2014), Kelsen faz uma clara distinção entre as normas jurídicas e as proposições jurídicas. As normas estabelecem deveres (dever-ser), ao passo que as proposições fazem afirmações científicas ao sentido das normas (ser). Frente a uma norma jurídica, o leitor encontrará comandos de que obrigam, facultam, possibilitam ou proíbem determinadas condutas. Já a observação científica procura afirmar a verdade sobre o sentido dessas prescrições.

Assim, segundo Kelsen, o objeto de estudo do jurista é a norma, que prescreve um dever-ser (*sollen*). Por outro lado, a forma como as coisas são ou acontecem, pertencem ao mundo do ser, pelo mundo dos fatos, não interessando ao estudo do Direito.

Para que uma norma seja considerada válida, é necessário que todos os ritos para a sua formulação e inserção dentro do ordenamento jurídico tenham sido devidamente respeitados. No atual sistema brasileiro, por exemplo, para uma norma jurídica ser considerada válida é indispensável que todos os ritos legislativos tenham sido rigorosamente cumpridos.

Ressalte-se que conferir validade a uma norma jurídica não significa afirmar que o seu conteúdo é verdadeiro ou falso, nem tampouco conferir se a sua redação está apta a promover justiça. Atribuir validade a uma norma significa fazer que a mesma obedeça a todas as formalidades exigidas para sua recepção no ordenamento jurídico, bem como sua consonância com normas hierarquicamente superiores. Para Kelsen (1998a, p. 162), “o fundamento de validade de uma norma é sempre uma norma, não um fato. A procura do fundamento de validade de uma norma reporta-se, não à realidade, mas a outra norma da qual a primeira é derivável, num sentido que será investigado posteriormente”.

Bittar (2005, p. 338) assevera que “a validade não submete a norma ao juízo de certo ou do errado, mas ao juízo jurídico, propriamente dito, ou seja, ao juízo da existência ou não (pertinência a um sistema formal) para determinado ordenamento jurídico”.

Ou seja, para Kelsen (1998a), a validade de uma norma não se relaciona com o mundo dos fatos, não confere a ela veracidade ou falsidade. Tampouco está ligada à capacidade dela promover ou não justiça. Para o austríaco, “o fundamento de validade de uma norma não é, como teste de veracidade de um enunciado do ser, a sua conformidade à realidade. Como já dissemos, a norma não é válida por ser eficaz” (KELSEN, 1998a, p. 161).

É expressiva a influência exercida pela escola positivista, bem como o grande número de seguidores desta corrente, não somente na área jurídica, mas também em outros campos profissionais, como no Exército brasileiro do fim do Império e início da República, e também no ensino acadêmico, que acabou se alinhando a este posicionamento. No Brasil, os componentes curriculares dos cursos jurídicos se mostraram afetados pelo positivismo jurídico ao longo da história.

Entretanto, apesar do positivismo jurídico ter entrado em declínio no século XX, principalmente após as duas grandes guerras, como afirma Comparato (2016), questiona-se em que grau ainda permanece a sua

capacidade de influenciar a formação dos bacharéis em Direito e, conseqüentemente, os egressos que atuarão em diversas funções importantes dentro da sociedade.

### **O ensino jurídico após a Carta Magna de 1988: a nova ordem democrática**

Em 5 de outubro de 1988, após longos anos sob o comando ditatorial dos militares, o Brasil, através da promulgação da Constituição Federal, inaugura uma nova fase. Após um regime de exceção, onde atos institucionais tolhiam garantias sociais e individuais, a nova Magna Carta procura exaltar os valores democráticos, respeitando-se os direitos e garantias fundamentais, os direitos sociais e a cidadania.

No que tange à educação, os trabalhos da Constituinte aconteceram em primeira fase na “Subcomissão de Educação, Cultura e Esportes”, e em segunda fase na “Comissão Temática 8: da Família, da Educação, Cultura e Esportes, da Ciência e Tecnologia e da Comunicação”. De acordo com Saviani (2013), “tendo em vista o caráter fundante e o papel de guias gerais exercido pelos Princípios Educacionais, estabeleceu-se a prática de fixa-los na própria Constituição do país”.

A Carta de 1988 atribuiu à União competência privativa para legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional (art. 22, inciso XXIV). Por meio do artigo 205 e seguintes, determinou o norte que deveria seguir a política educacional do país.

No que tange ao ensino jurídico, em 30 de dezembro de 1994, por meio da Portaria Ministerial nº 1.886, determinou-se um novo currículo mínimo. Para Delbono (2007), a Portaria Ministerial 1.886/94 inovou e trouxe avanços para o ensino jurídico, principalmente por buscar uma maior aproximação da realidade social e por buscar uma verdadeira integração entre os conteúdos com as atividades e suscitar a formação de um senso crítico pelos acadêmicos.

Percebe-se um aumento significativo da carga horária total do curso (3.300 horas), o que conseqüentemente afetou a quantidade de anos para a sua conclusão, que subiu para 5 anos. Podemos vislumbrar ainda que procurou-se manter uma certa flexibilidade curricular, com o objetivo de possibilitar às instituições de ensino adequar os seus currículos às demandas do mercado de trabalho e às realidades sociais encontradas em cada região.

Não se pode perder de vista que o Brasil respirava os ares trazidos pela nova ordem democrática. O profissional do Direito não poderia ficar alheio às realidades sociais nas quais encontra-se inserido. Assevera-se ainda que embora o texto da portaria ministerial tenha trazido pela primeira vez a expressão “diretrizes curriculares”, esta não coaduna com a definição adotada pelas leis 9.131/95 e 9.394/94. O que se observa é que na verdade o ato normativo fixou um “currículo mínimo” para os cursos jurídicos.

Para Mossini (2010, p. 111), a portaria inovou “ao estabelecer que as demais matérias e novos Direitos serão incluídos nas disciplinas em que se desdobrarão o currículo pleno de cada curso, de acordo com a observância da interdisciplinaridade”.

No entanto, Delbono (2007) salienta que a flexibilização da portaria esbarra em uma rigidez do currículo mínimo nacional, pois tal procedimento somente seria possível se primeiramente o currículo mínimo estabelecido no

artigo 6º e descrito no quadro acima fosse observado. Assim, podemos pensar que esta flexibilização paradoxalmente era limitada.

Observa-se que as “matérias fundamentais” buscam proporcionar ao acadêmico do curso de Direito momentos de reflexão quanto ao contexto social no qual está inserido. Todavia, evidencia-se a predominância de matérias técnicas, que visam preparar o alunado para o mercado de trabalho. Fato é que a Portaria 1.886/94 trouxe importantes conquistas para uma melhor qualidade dos cursos, mas o tecnicismo exacerbado e o ensino centrado no positivismo jurídico permaneciam.

O Conselho Nacional de Educação, através da Câmara de Educação Superior, editou o parecer CES/CNE 507/99, indicando ao Ministro da Educação que revogasse a portaria 1.886/94, de modo a garantir a coerência nas Diretrizes Curriculares, de acordo com a nova concepção trazida pela legislação então vigente para todos os cursos de ensino superior.

No referido parecer foi reforçado que embora a portaria 1.886/94 tenha trazido transformações importantes ao ensino jurídico, elas ainda não se mostravam suficientes para atender à legislação vigente e aos anseios da sociedade. Assim, após a emissão de diversos pareceres, ouvidos os órgãos de representação profissional e outros segmentos da sociedade brasileira, foram estabelecidas através da Resolução CNE/CES nº 9, de 29 de setembro de 2004, as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Direito<sup>4</sup>.

Pode-se dizer que a Resolução CNE/CES nº 9 é dividida em dez tópicos, quais sejam: organização do curso, projeto pedagógico, perfil desejado do egresso, competências e habilidades, conteúdos curriculares, organização curricular, estágio curricular supervisionado, atividades complementares, acompanhamento e avaliação e trabalho de conclusão de curso.

A finalidade das Diretrizes Curriculares é nortear as Instituições de Ensino Superior (IES) na organização de seus cursos de graduação. A nova resolução não trata mais de um currículo mínimo, mas de conteúdos e atividades essenciais, dentro de grandes áreas.

No entanto, na opinião de Mossini (2010), mesmo que de forma heterônoma, o legislador permaneceu fixando um currículo mínimo para os cursos, pois a resolução de certo modo ainda determina disciplinas a serem lecionadas nos cursos jurídicos.

A expectativa de perfil do egresso constante no artigo 3º, evidencia um esforço para quebrar o paradigma positivista, esperando-se que o profissional nos cursos jurídicos não tenha apenas uma formação técnica, mas também humanista. Uma formação capaz de proporcionar um domínio da práxis jurídica através do desenvolvimento da capacidade da argumentação, interpretação e valorização dos fenômenos jurídicos, mas também dos fenômenos sociais. Um ensino que fomente a autonomia acadêmica, sem, no entanto, perder de vista sua responsabilidade para a consecução da justiça e da cidadania.

---

<sup>4</sup> O presente artigo foi elaborado no ano de 2017, quando se encontrava vigente a Resolução CNE/CES nº 9, de 29 de setembro de 2004. Sendo assim, a presente análise se baseou nas diretrizes curriculares vigentes até então. Em 17 de dezembro de 2018, por meio da Resolução CNE/CES nº 5, foram aprovadas novas diretrizes curriculares para os cursos de bacharelado em Direito, sendo que as instituições de ensino terão o prazo de 2 (dois) anos para implantar as novas diretrizes para os alunos ingressantes.

Diferente das normas anteriores, a Resolução CNE/CES nº 9, trouxe em seu artigo 4º as habilidades e competências que devem ser minimamente desenvolvidas e aperfeiçoadas pelos estudantes de Direito. Ressalte-se que este rol não é taxativo, mas mínimo, podendo a instituição de ensino proporcionar ao acadêmico o desenvolvimento de outras habilidades. Como exemplo, podemos citar que o atual cenário jurídico exige do profissional o conhecimento acerca de tecnologias, já que muitos tribunais têm adotado o processo eletrônico. Outro exemplo é a capacidade de utilização de métodos alternativos de resolução de conflitos, como a mediação, conciliação e arbitragem<sup>5</sup>.

Geralmente a prática docente dos cursos de Direito prefere adotar uma perspectiva positivo-normativista como paradigma constitutivo do método de ensino. Os que empregam esta linha, ocupam-se mais em ensinar o estudante a interpretar a norma e a entender a lógica do ordenamento jurídico, do que analisá-la do ponto de vista ético.

Embora o perfil do egresso determinado no artigo 3º da Resolução CNE/CES nº 9 possa indicar que os cursos devem se preocupar em formar um profissional multifacetado, capaz de desempenhar diversos papéis importantes na sociedade, o que se observa na prática é que os cursos se revestem de características extremamente profissionalizantes, focados em preparar o aluno para o mercado de trabalho.

Na maioria das vezes, os conteúdos do Eixo de Formação Fundamental ocupam pouco espaço nos projetos pedagógicos dos cursos, tendo pouca ou nenhuma relevância o seu estudo. Percebe-se a predominância dos conteúdos do Eixo de Formação Profissional e do Eixo de Formação Prática.

Esta predominância desproporcional de conteúdos profissionalizantes, quem tem menos a função de “formar” e mais a função de “informar”, pode resultar em um profissional “padronizado”, mero reproduzidor de respostas prontas, incapaz de reflexões. Tal prática pode acarretar um aprendizado desvinculado da realidade na qual o aluno do Direito está inserido.

Desde o início dos cursos jurídicos em 1827, percebe-se que os mesmos sempre se revestiram de um formalismo exacerbado, e jamais esteve em seu epicentro o anseio de se provocar discussões acerca do contexto social. Muito pelo contrário. A título de exemplo, note-se que durante o período Imperial, diferente do que ocorrera em outras partes do mundo, como na França, o liberalismo no Brasil acabou por se transformar numa forma de manutenção do poder pelas elites. Com ressaltado por Wolkmer (2000), o liberalismo brasileiro possuía um traço profundamente “juridicista”, resultado do encontro do individualismo político e do formalismo legalista configurando assim a principal característica da nossa cultura jurídica: o bacharelismo liberal.

De certo modo o positivismo jurídico, que exerceu grande influência no século XX em vários países do mundo, no Brasil acabou se adequando a essa cultura conformista que se arrasta desde a chegada dos portugueses nestas terras. Assim o positivismo de Kelsen (o qual foi adotado no Brasil), onde o

---

<sup>5</sup> A Resolução CNE/CES nº 5, de 17 de dezembro de 2018, inseriu os métodos alternativos de resolução de conflitos (mediação, conciliação e arbitragem) como conteúdo obrigatório nos cursos de bacharelado em Direito.



Direito é norma e somente ela deve ser observada, veio a calhar a essa cultura.

Tal situação acabou se espalhando para o ensino jurídico, onde as aulas ministradas acabaram por focar na reprodução de conhecimentos. Todavia, é necessário se questionar: por que os projetos pedagógicos dos cursos de Direito se constituem desta forma? Por que o ensino do Direito ocorre de forma tão dogmática? Será que apenas o positivismo jurídico justifica?

Primeiramente, não se pode olvidar que muitos alunos procuram os cursos de Direito para posteriormente concorrerem a uma vaga no serviço público. Pode-se pensar que as faculdades, atentas a este mercado, tem procurado moldar o seu conteúdo programático aos editais dos concursos públicos, que por sua vez, focam as suas exigências na interpretação das normas jurídicas, e até mesmo nas doutrinas e jurisprudências dominantes.

Outro fator que pode colaborar para este tecnicismo no ensino jurídico, é o Exame da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Após alcançar o grau de bacharel, para se tornar um advogado e compor os quadros da OAB, o candidato deve ser aprovado no exame constituído de duas fases. Na primeira, o candidato deve responder a 80 (oitenta) questões de múltipla escolha. De acordo com o edital do XXIII Exame da OAB (2017), as questões versam sobre as disciplinas profissionalizantes e integrantes do currículo mínimo fixado pelo pela Resolução CES/CNE nº 9/2004, Direitos Humanos, Código do Consumidor, Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Direito Ambiental, Direito Internacional, Filosofia do Direito, Estatuto da Advocacia e da OAB, Regulamento Geral e Código de Ética e Disciplina da OAB.

Diante deste cenário, as faculdades buscam preparar o acadêmico para se submeter ao referido exame, já que o resultado das instituições é amplamente divulgado. Um mal desempenho no exame pode refletir de modo negativo na imagem da faculdade, e conseqüentemente trazer prejuízos financeiros em virtude da baixa captação ou evasão de alunos.

No entanto, ao moldar o seu ensino em fundamentos descompassados com as diretrizes curriculares estabelecidas pelo MEC, o ensino tem sido precarizado. É o que apontam os índices de aprovação no Exame da OAB. De acordo com a OAB, no XXII Exame, houve uma aprovação de apenas aproximadamente 23% (vinte e três por cento) dos candidatos, OAB (2017).

## **Considerações**

As diretrizes curriculares instituídas através da Resolução CNE/CES nº 9 determinam que as instituições de ensino devem procurar a formação de um egresso multifacetado, capaz de interpretar, argumentar e aplicar corretamente as normas, mas que também seja dotado de uma postura reflexiva e crítica. Ou seja, pode-se pensar que as diretrizes educacionais atuais direcionam para a busca de um profissional reflexivo, capaz de limitar-se não somente à norma jurídica.

É possível pensar e refletir na possibilidade de superação da formação antiga, que continua se apoiando em modelos ultrapassados e conservadores. O atual momento social, exige um bacharel do Direito apto a interpretar e aplicar normas, mas que também seja capaz de lidar com temas de tamanha relevância na atualidade, como corrupção partidária e empresarial, proteção

dos povos indígenas, ideologia de gênero, direitos dos homossexuais, biotecnologia, saúde e educação pública, tecnologia da informação, direitos das mulheres, dentre outros.

Nesse sentido, importantes são as contribuições de Warat (1982, 1983, 1997, 2002), aqueles que se apoiam apenas nas premissas de Kelsen para estudar o Direito, seja o docente ou o discente, acabam sendo cooptados pelo que ele denomina “senso comum teórico dos juristas” (WARAT, 1982, p. 51), onde a realidade é indiscutível, pronta e acabada. Desta forma, ao estudante do Direito cabe apenas trilhar este caminho, marcado pela dogmática e pelo positivismo.

Saviani (2007), afirma que a educação é um ato de produzir em cada indivíduo singular a humanidade que é produzida histórica e coletivamente pelos homens. O método pedagógico frutuoso é aquele onde o professor e o aluno encontram-se igualmente inseridos, no entanto ocupando posições diferentes. O educador acredita que esta condição pode ser o ambiente propício para gerar uma relação fecunda entre professores e alunos, criando assim soluções para os problemas postos pela prática social.

Pensamos que a problemática do ensino atual não se encontra somente na adoção do positivismo jurídico kelseniano pelos juristas brasileiros, o problema está também além dos muros das universidades. A mercantilização do ensino, os interesses escusos daqueles que detêm o poder que querem manter tudo como está, a comodidade da manutenção do “senso comum”, os exames da OAB e do MEC. Todos esses fatores podem colaborar para o momento atual do ensino jurídico brasileiro.

Levar com que o aluno se sinta parte do processo formativo e não apenas um mero expectador, em uma sala de aula transformada em um ambiente onde alunos e professores construam o conhecimento em conjunto, tal como o método apresentado por Saviani (2007).

Warat (1997, p. 64), afirma que para se educar com dignidade é necessário “apagar os ecos solenes da palavra legal, negar-se a pensar que o discurso dogmático só se deixa pensar dogmaticamente, rejeitar as ingenuidades epistemológicas que sustentam a concepção de Estado de direito, lutar contra a corrupção dos signos jurídicos”. Para ele, o ensino do Direito deve aliar-se a conhecimentos de outros campos do conhecimento, evitando-se assim um isolamento, onde apenas as verdades pré-montadas são reconhecidas e aceitas.

Aprendemos sempre nos afastando do estabelecido, descobrindo o novo. Não se aprende acumulando simplesmente um cabedal de informações. Aprende-se denunciando as faltas de saber acumulado, desligando seus signos de seus efeitos, fazendo uma passagem emancipatória e facilitadora do novo (WARAT, 1997, p. 64)

Assim, acreditamos que seja necessário que os juristas brasileiros, principalmente aqueles envolvidos com o ensino jurídico abandonem o conformismo, sejam construtores de um novo modelo, onde docentes e discentes, libertados das amarras das verdades prontas, acabadas e fechadas, sejam capazes de forjar a formação de um bacharel crítico e reflexivo, com condições de ser um agente transformador da sociedade.

## Referências

BITTAR, E. C. B. **Curso de filosofia do direito**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

BRASIL. **Resolução CNE/CES n. 9/2004**. Brasília: CNE, 2004.

COMPARATO, F. K. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. 3 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

COMTE, A. Comte (Os pensadores) **Curso de filosofia positiva**; Discurso sobre o espírito positivo; Discurso preliminar sobre o conjunto do positivismo; Catecismo positivista. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

DELBONO, B. F. **Os Direitos difusos e coletivos como componentes obrigatórios na organização curricular das faculdades de direito do Brasil**. 2007. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1998a.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998b.

MENDONÇA, J. S. **Curso de Filosofia do Direito: o homem e o Direito**. 2 ed. São Paulo: Rideel, 2011.

MOSSINI, D. E. S. **Ensino jurídico: história, currículo e interdisciplinaridade**. 2010. Tese (Doutorado em Educação). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, São Paulo, 2010.

MOTTA, C. D. B; BROLEZZI, A. C. **A influência do positivismo na história da educação matemática no Brasil**. Universidade de São Paulo, 2008.

OLIVEIRA, A. G. de. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

REALE, M. **Lições preliminares de Direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROCHA, J. L. **A educação matemática na visão de Augusto Comte**. 2006. Tese de Doutorado em Educação. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2006.

ROCHA, L. S. **Epistemologia e democracia**. 2 ed. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

SAVIANI, D. A educação na Constituição Federal de 1988: avanços no texto e sua neutralização no contexto dos 25 anos de vigência. **Revista Brasileira de Política e Administração da Educação**, v. 29, n. 2, p. 207-221, maio/ago. 2013.

SAVIANI, D. **História das ideias pedagógicas no Brasil**. Campinas: Autores Associados, 2007.

SIMIONI, R. L. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico**. Curitiba: Juruá, 2014.

SANCHES, R. C. F.; PEREIRA, N. C. F. O ensino dogmático do direito como elemento limitador à universalização do acesso à justiça. XVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI. **Anais...** São Paulo, 2009.

WARAT, L. A. **A pureza do poder: uma análise crítica de teoria jurídica**. Florianópolis: Ed. da UFSC, 1983.

WARAT, L. A. **Introdução geral ao direito: a epistemologia jurídica da modernidade**. Porto Alegre: Safe, 2002.

WARAT, L. A. **Introdução geral ao direito: O direito não estudado pela teoria jurídica moderna**. Porto Alegre: Safe, 1997.

WARAT, L. A. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. In: **Seqüência**. UFSC, Florianópolis, SC, Brasil, ISSNe 2177-7055, 1982.

WOLKMER, A. C. **História do Direito no Brasil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.

Enviado em: 21/novembro/2017

Aprovado em: 11/abril/2019

*Ahead of print* em: 02/agosto/2019