

TRÊS REAÇÕES A UM PANFLETO DE DUNCAN KENNEDY

THREE RESPONSES TO A PAMPHLET BY DUNCAN KENNEDY

KENNEDY, DUNCAN, *LEGAL EDUCATION AND THE REPRODUCTION OF HIERARCHY: A POLEMIC AGAINST THE SYSTEM: A CRITICAL EDITION*, NEW YORK: NEW YORK UNIVERSITY PRESS, 2004.

OBSERVAÇÕES SOBRE O ENSINO DO DIREITO A PARTIR DE DUNCAN KENNEDY

Ana Mara França Machado

Em 1983 circulou pela faculdade de direito de Harvard um panfleto escrito por um de seus professores, Duncan Kennedy, que contestava o modo tradicional de ensinar. 23 anos depois, o texto *Legal Education and the reproduction of hierarchy* continua atual e muitas de suas críticas servem para o ensino do Direito no Brasil.

Nesse panfleto, o autor aponta a maneira pela qual a educação jurídica americana contribuiu para a reprodução da hierarquia na sociedade e na ordem dos advogados. A tese do texto é: a Escola de Direito é um espaço político intelectualmente pretensioso que serve para a reprodução de uma cultura hierárquica. Ela promove o treinamento ideológico de seus alunos:

“[L]egal education causes legal hierarchy. Legal education supports it by analogy, provides it a general

legitimating ideology by justifying the rules that underlie it and provides it a particular ideology by mystifying legal reasoning.” (p.87)

A ideologia que dá suporte à hierarquia legal não é nada mais do que uma aplicação especializada da ideologia meritocrática presente na sociedade americana. Vejamos.

O texto se inicia com o relato de uma experiência do autor junto aos alunos do primeiro ano. Kennedy mostra que os alunos iniciam o curso com uma postura culturalmente reacionária e se assustam ao se depararem com uma ciência eminentemente conservadora em suas premissas e ideologias. O primeiro ano é ideologicamente carregado. Os alunos passam por um lento processo de formação da consciência. Com o passar dos anos, as ideologias a eles transmitidas os tornam adequados ao sistema vigente.

A hierarquia estabelecida entre “mestre” e “aluno” agrava este quadro. Aulas expositivas em que o “mestre” transmite a correta interpretação da matéria, ou seja, a sua, são as mais comuns. A atividade crítica e criativa é deixada de lado. Esse modo de ensino repercute em todas as esferas e atividades relacionadas ao direito.

Contribui para a formação desta hierarquia a mensagem emitida pelos professores de que o simples fato do aluno cursar faculdades melhor avalia- das já o diferencia dos demais. De fato, muitas vezes, o profissional é valorizado pela faculdade e não por

sua capacidade individual. Kennedy aponta que a hierarquia entre as escolas é desnecessária e injusta. As escolas doutrinam os alunos a acreditarem que pessoas e instituições se arranjam naturalmente em hierarquias e que este estado de coisas se legitima devido a seu caráter meritocrático (p.72).

O autor atribui ao “*legal reasoning*” parte da culpa por este estado de coisas. Esse rigoroso procedimento analítico seria ininteligível para o homem leigo, mas de certa forma, daria validade e força às regras do sistema, colaborando para que a atividade intelectual questionadora do aluno não seja exercida de forma plena. No modo de pensar e praticar o “*legal reasoning*” está embutida a estrutura hierárquica e autoritária que o ensino tradicional reproduz.

Ao aluno é dado um conteúdo que carece de uma abordagem crítica e problematizante. O conteúdo intelectual do ensino parece ser somente o aprendizado de leis; o que elas são e por que são deste modo. A atitude passiva de uma classe não questionadora quanto ao conteúdo do sistema legal inibe um aprendizado que deveria ter uma maior carga reflexiva. A falta de atividades em sala de aula que visem a mudar esse quadro é um dos problemas enfrentados pelo ensino americano há 20 anos atrás e é um problema enfrentado atualmente pelo ensino brasileiro do direito.

Após quase 5 anos de faculdade, fico com a impressão de que o conhecimento a mim transmitido foi passado de maneira desarticulada e assistemática. Salvo algumas poucas exceções, não

pude encontrar em sala de aula reflexão crítica. A falta de um projeto pedagógico de ensino se tornou evidente com o passar dos anos.

A ciência do direito no Brasil se apóia no estudo por meio de manuais concebidos como no início do século XIX. Neles, prevalece, quase sempre, a opinião de seu autor, sem grande problematização. Não há renovação ou atividade crítica se o suporte para o estudo não acompanha as mudanças sociais. Hoje vejo que o ensino dogmático é essencial para a boa formação do aluno, no entanto ele também deve ser problematizante, sob pena de não retratar o real contexto social em que estamos inseridos. Kennedy aponta que o direito, por ser uma disputa de poder, não tem resultado pré-determinado. Esse é um aspecto desprezado no ensino (p.41).

Fica aquela sensação de que o Direito se esforça para ser uma ciência cada vez mais isolada das demais ciências humanas. Enquanto outras ciências humanas buscaram uma renovação com o passar dos anos, o direito parece preso aos modelos de ensino utilizados desde sempre. Fica a questão: Que pedagogia é essa? Kennedy acrescenta que *“a more rational system would emphasize the way to learn law, rather than rules and skills rather than answers.”*(p.46)

Ter como fonte principal de estudo manuais que condensam a opinião de um autor com relação à matéria e não problematizam as soluções adotadas é uma atividade inibidora da pesquisa. Não há atividade crítica ou criativa

neste contexto. O estudo dogmático praticado desta maneira, implica em uma discutível qualidade da formação teórica e técnica do profissional.

Agrava ainda mais esta situação a tradição “parecerista” do direito brasileiro. O simples recorte da parte da matéria que serve à defesa dos interesses defendidos pelo parecerista, sem a exposição das contrariedades a esta exposição, é uma característica de nosso sistema e é fruto do nosso ensino deficitário.

Assim como Kennedy apontou, o aluno não sabe diferenciar quando está aprendendo de quando não está, ao mesmo tempo em que não consegue entender o seu processo de aprendizado: “O ensino é inconsciente e absorvido por osmose (...) o aluno fica à espera do momento em que, de uma hora para outra, conseguirá pensar como advogado”. Esse quadro se agrava ainda mais quando lembramos que o ensino é dado isoladamente à experiência prática.

Há um aspecto importante do ensino brasileiro que quero ressaltar. Nosso sistema ensina aos alunos que eles aprenderão apenas o que forem capazes de aprender. Se eles se sentem incompetentes ou sentem que poderiam ter feito melhor, a culpa é exclusivamente deles, ou seja, a culpa é individual. Há projetos de ensino e aprendizado individualizados de parte a parte, sem uma instância coletiva que se interponha entre aluno e professor para criar, criticar e renovar métodos e critérios de ensino. O sistema perpetua essa mensagem, os estudantes a internalizam e, com isso, se preparam

para as hierarquias que seguem ao final do curso.

O ensino de doutrina sem reflexão metodológica, em isolamento às habilidades práticas faz com que ela pareça irrelevante diante da prática.

Esse é um ponto problemático do sistema brasileiro. Diferentemente do caso americano, no Brasil a carga horária da maioria dos cursos permite ao aluno estagiar durante a graduação em direito. No entanto, essa experiência, que deveria contribuir para a formação prática do graduando, teve suas premissas invertidas. O aluno busca um conhecimento prático que não adquire em sala de aula ao mesmo tempo em que procura se inserir no mercado de trabalho, ainda sem preparo técnico.

Dois problemas decorrem deste estado de coisas: a formação prática na sua essência não é alcançada pela Faculdade de Direito, uma vez que o profissional que o mercado procura, ainda nos primeiros anos do curso de direito, não tem e não pode ter grande preparo técnico-jurídico, apenas a habilidade para exercer funções burocráticas e uma grande disposição de se adaptar ao esquema do escritório. O graduando que opta por investir na sua entrada precoce no mercado acaba por prejudicar seus estudos durante a graduação.

Por outro lado, o estudante que opta pela sua inserção tardia no mercado, ou seja, após a graduação, é preterido em relação aos candidatos já experientes. Esse contexto extremamente competitivo, ao invés de colaborar para o aumento de qualidade do profissional,

parece contribuir para piorar a formação dos alunos. Ou pelo menos retira da Faculdade a possibilidade de ter papel maior na formação teórica e prática de seus alunos. Se a doutrina ensinada parece não servir para a prática e se o ensino da prática se faz, desde os primeiros anos, nos escritórios, para que serve a Faculdade?

E quanto ao ensino ético? Kennedy aponta que nunca há uma correta solução legal que seja diversa à correta conduta ética e política. A preocupação quanto à formação ética do profissional parece ter sido relegada a segundo plano no ensino brasileiro. O caráter ético do ensino em si já é de difícil definição, no entanto a preocupação quanto a sua delimitação não tem dispensado muitos esforços por parte das universidades. No Brasil não há um consenso sobre este assunto. A ordem dos advogados apresenta o seu entendimento, porém o assunto não é levado ao debate.

Outro problema que presenciei durante a graduação é o fato de a grade curricular ser rígida. A proporção de créditos cursados por área do direito pode ser excessiva ou deficitária. Ao aluno que deseja aprofundar seus estudos em uma vertente do direito não é dada a oportunidade de optar por uma grade curricular que se adapte às suas necessidades.

Como se pode ver, o texto de Kennedy levanta mais problemas do que é capaz de resolver. No entanto, contribuí muito ao colocá-los na pauta, estimulando o leitor a pensar nos problemas de seu sistema de ensino e em

possíveis soluções. Pois não se trata de apenas criticar: Kennedy aponta que a negação pura e simples da hierarquia é o exercício de uma falsa consciência. O problema não é se a hierarquia está lá, mas como entendê-la e quais são suas implicações para a reprodução do sistema. O autor afirma que a luta contra a hierarquia não deve derivar soluções de uma certa filosofia política em abstrato, mas lidar com as contradições presentes no sistema.

Por isso mesmo, depois da leitura deste texto, resta claro para mim que é essencial pensar uma reforma estrutural, metodológica e pedagógica, do ensino do direito no Brasil. Além disso, imagino que algumas soluções são razoáveis e possíveis. A despeito de não apresentar soluções para os problemas que levanta, o texto de Duncan Kennedy incomoda e faz pensar. Tenho certeza de que todos os que se aventurarem a lê-lo serão estimulados a desenvolverem sua própria pauta para a reforma do ensino jurídico brasileiro, o que faz do texto, por fim, um panfleto extremamente eficaz.

* * *

REFLEXÕES REFORMISTAS A PARTIR DE UM PANFLETO REVOLUCIONÁRIO

Flavia Portella Püschel

Este texto não é uma resenha, mas uma reação à leitura do panfleto de Duncan Kennedy, *Legal Education and the Reproduction of Hierarchy*. O texto de Duncan Kennedy, embora escrito há mais de duas décadas e no contexto das

faculdades de Direito norte-americanas, é uma experiência de leitura fascinante para qualquer pessoa envolvida com uma faculdade de Direito também no Brasil hoje: alunos, professores e pessoal administrativo.

O panfleto é todo muito interessante e provocativo. Mesmo assim, seguindo a proposta de não fazer uma resenha, quero tratar apenas de uma das várias questões levantadas pelo texto, aquela que me interessou especialmente, por colocar em xeque não simplesmente minha posição e atitudes individuais, mas meu papel como membro da instituição faculdade de Direito e o papel da própria instituição de ensino.

Para isso, vou me colocar em uma posição menos glamorosa que a de Duncan Kennedy: uma posição não revolucionária. Vou adotar aqui a posição reformista (eufemismo para conservadora, diriam alguns?), de alguém que é parte de uma instituição e está comprometida com a sua continuidade.

Quero refletir sobre o que é possível fazer, institucionalmente, para lidar com o problema da reprodução da hierarquia nas faculdades de Direito. Vou argumentar que a reprodução da hierarquia é em certa medida essencial às Faculdades de Direito e que, portanto, a completa eliminação dessa reprodução e a continuidade da instituição são incompatíveis. Em seguida, procurarei imaginar formas para lidar com a reprodução da hierarquia dentro das faculdades de Direito, de modo a evitar tanto quanto possível – sem a eliminação da

instituição de ensino — os seus efeitos perniciosos sobre os alunos.

Antes, uma palavra a meu respeito parece ser apropriada. Se Duncan Kennedy identifica a faculdade de Direito como um ambiente onde se reproduz a mentalidade branca, masculina e de classe média, é preciso deixar claro que não tenho nenhuma pretensão de neutralidade.

Sou a segunda geração da minha família a ter curso superior e a segunda também com a titulação acadêmica de doutor, a única da família a seguir carreira na área jurídica. Meu pai, filho de imigrantes, estudou em escola particular até o ensino médio. Depois, formou-se em uma faculdade pública. Minha mãe teve toda a sua formação em escolas públicas, do ensino fundamental ao curso superior.

No caso de minha mãe, a escola pública foi sem dúvida o meio que possibilitou que a filha de operários chegasse à faculdade. Já na minha geração, no entanto, a escola pública teria provavelmente sido um obstáculo ao acesso a um ensino superior de qualidade. De todo modo, meus pais não arriscaram. Estudei em escolas particulares praticamente durante todo o ensino fundamental e médio (na verdade, minha variada vida escolar incluiu uma rápida experiência na escola pública, abandonada diante da deficiência evidente do ensino oferecido). Como a maior parte dos filhos de classe média da minha geração, minha educação foi complementada por uma variedade de cursos extracurriculares em instituições privadas: inglês,

francês, alemão, música, dança, artes plásticas. Na adolescência, participei de um programa de intercâmbio de estudantes no exterior. Após concluir o ensino médio em uma escola técnica do Senai, fui admitida pelo sistema de exame vestibular a uma faculdade pública, onde concluí a graduação e depois também o doutorado. Durante toda a minha vida escolar, até a conclusão do curso de graduação em Direito, contei com o apoio financeiro de meus pais e não precisei trabalhar.

A faculdade onde estudei Direito é uma das mais tradicionais do país e notoriamente uma das mais bem conceituadas. A faculdade é pública. Dentre os 460 alunos que nela ingressaram no último exame vestibular, 58,2% são homens, 80% são brancos, 87,3% realizaram seus estudos de ensino médio exclusivamente em escola particular e 25,5% tem renda familiar mensal superior a R\$10.000,00.¹

Trabalhei em algumas faculdades de Direito privadas em São Paulo. A faculdade onde leciono atualmente é privada. Trata-se de uma faculdade criada recentemente, com o projeto de oferecer um ensino de Direito diferente do tradicionalmente encontrado nas demais faculdades do País. Todo ano, a faculdade oferece cinquenta vagas a alunos selecionados dentre aqueles que obtêm as melhores notas em um exame vestibular. O curso é pago, mas a instituição conta com um sistema de financiamento próprio para alunos que não possam arcar com os custos. O valor financiado deve ser devolvido em parcelas, ao final do

curso, sem cobrança de juros. Dentre os 50 alunos ingressantes no último exame vestibular, 46% são homens, 92,3% realizaram seus estudos de ensino médio em escola particular e 59,7% têm renda familiar mensal superior a R\$12.000,00. Não foi feito levantamento acerca da raça ou cor dos estudantes, mas posso dizer que não há nenhum negro entre os ingressantes no ano de 2006.

Atualmente, somos 23 professores, dos quais aproximadamente 30% são mulheres e 70% homens. Até o momento, não contamos com nenhum professor negro. Não temos sistemas de quotas para contratação de professores, nem para admissão de alunos.

A QUESTÃO COMO APRESENTADA POR DUNCAN KENNEDY

A tese fundamental do panfleto é que as faculdades de Direito são espaços políticos e que a mentalidade profissionalizante reinante obscurece esse fato, ocultando o importante papel que a faculdade de Direito exerce no “treinamento ideológico para o serviço voluntário nas hierarquias” do sistema vigente. Segundo Duncan Kennedy, a experiência básica de um aluno de direito parte de um ambiente de sala de aula que promove a passividade, para uma atitude passiva em relação ao conteúdo do ordenamento jurídico.

No primeiro capítulo do panfleto, Duncan Kennedy descreve uma aula como exemplo desse problema. Trata-se de uma aula de processo civil baseada na discussão de uma decisão judicial. O

professor estimulou os alunos a levantarem argumentos a favor e contra a norma jurídica estabelecida pela decisão. O professor criticou os alunos que apresentaram argumentos de justiça e equidade, enviando a todos a mensagem implícita de que se tratava de um modo inadequado, não jurídico, de lidar com a questão. Por outro lado, os alunos que levantaram argumentos formais também foram criticados pelo professor, e dessa vez a mensagem implícita foi a de que o Direito não é um simples jogo de palavras.

Quase ao final da aula, quando o nível de tensão e frustração dos alunos já estava alto, o professor finalmente retomou vários dos argumentos levantados anteriormente e apresentou a sua resposta, justificando a norma estabelecida pelo tribunal.

Segundo Duncan Kennedy, muitos alunos descreveram essa aula como “brilhante” e “útil”. Os alunos viam o professor como tendo lhes mostrado a verdade sobre um problema prático importante e complicado, e aceitaram a solução oferecida sem verdadeiro questionamento.

Na verdade, os alunos estavam muito contentes porque essa aula não os havia deixado com a sensação de que o problema era insolúvel e irremediavelmente confuso e de que eles não tinham aprendido nada.

Segundo Duncan Kennedy, o que o professor fez foi apenas dar aos alunos um sentimento espúrio de fechamento em uma situação na qual deixar questões em aberto leva os alunos ao pânico.

Para Duncan Kennedy, esse modo particular de fechamento traz implícita

a forte mensagem de que “por trás de resultados jurídicos aparentemente injustos ou sinistros existe provavelmente uma explicação altamente racional”, fundada em uma argumentação jurídica que remete a objetivos sociais gerais, que requerem um determinado resultado, e não em questões de equidade relativas à situação concreta específica. No segundo capítulo de seu panfleto, Duncan Kennedy aponta os modos pelos quais o curso de Direito funciona como um reprodutor do *status quo*.

A estruturação do currículo do curso e a forma como as disciplinas são ensinadas são dois desses modos.

Um currículo básico de primeiro ano nas faculdades de Direito norte-americanas inclui Contratos (*contracts*), Responsabilidade Civil (*torts*), Direitos Reais (*property*), Direito Penal (*criminal law*) e Processo Civil (*civil procedure*). Essas disciplinas, aponta Duncan Kennedy, tratam das normas fundamentais do capitalismo liberal do final do século XIX, mas são ensinadas nas faculdades de Direito como se tivessem uma lógica interna própria e pouca relação com questões políticas. Disciplinas como Filosofia do Direito, História do Direito e atividades de prática jurídica, ensinadas mais para o final do curso, são tratadas como periféricas e apresentadas como menos relevantes

Além disso, as habilidades que os alunos aprendem em cada uma das disciplinas (reter um grande número de regras de maneira sistematizada, identificar pontos em que essas regras são

ambíguas, conflitantes ou lacunosas, etc.) são ensinadas de um modo que as mistifica. Duncan Kennedy reconhece que se trata de habilidades importantes, úteis na prática das profissões jurídicas, e que podem ser de grande ajuda para pensar a respeito de política, de políticas públicas e discursos éticos em geral. O problema, segundo ele, é, em primeiro lugar, que elas são aprendidas como parte de um certo modo de argumentar juridicamente, ininteligível para o leigo, que ao mesmo tempo explica e legitima a grande maioria das normas em vigor. Em segundo lugar, as questões jurídicas são apresentadas como isoladas, de modo que os estudantes não conseguem desenvolver uma visão geral do que é o Direito, de como ele funciona ou de como ele poderia ser mudado de maneira global.

Outro problema é que tais habilidades ligadas ao modo jurídico de argumentar são aprendidas por “osmose”, isto é, de maneira inconsciente.

Por fim, essas habilidades são ensinadas sem relação com experiências práticas, o que impede os alunos de assumir futuramente, quando vão praticar uma profissão jurídica, uma posição que não seja aquela de aprendiz, com os advogados mais velhos substituindo os professores no controle de um treinamento profissional despolitizado.

De todos esses problemas, o que mais me interessa é aquele relacionado à forma específica da argumentação jurídica. Parece-me que ele se liga intrinsecamente com a questão da organização

do currículo, na medida em que a mistificação da dogmática jurídica é o que impede que se perceba o modo como a estruturação das disciplinas está comprometida com o *status quo*.

Segundo Duncan Kennedy, o aspecto central da ideologia reproduzida pelas faculdades de Direito é uma distinção entre Direito e política: uma argumentação jurídica é diferente de uma argumentação política.

Para Duncan Kennedy, a argumentação jurídica tem suas especificidades, mas não se distingue do discurso ético e político em geral enquanto método para se chegar a resultados corretos. Nesse sentido, não existe uma “solução jurídica correta” que não seja a solução ética e política correta para o problema jurídico. Nas palavras do autor: “tudo o que se ensina, com exceção das próprias regras formais e das técnicas argumentativas para manipulá-las, é *policy* e nada mais”.

De acordo com Duncan Kennedy, quando ensina as normas de propriedade, contratos e responsabilidade civil como derivadas do raciocínio jurídico e não como resultado da política ou da economia, a faculdade de Direito favorece o programa de centro-esquerda, de reforma limitada da economia de mercado e de atitudes *pro forma* em relação à igualdade racial e sexual.

A solução seria, segundo Duncan Kennedy, “[...] pensar sobre o Direito de um modo que permita entrar nele, criticá-lo sem rejeitá-lo completamente, e manipulá-lo sem se entregar ao seu [dele] sistema de pensar e agir” (grifo no original).

UMA PROPOSTA NÃO REVOLUCIONÁRIA DE MUDANÇAS NO MODO DE ENSINAR DIREITO

Em primeiro lugar, colocando-me na posição de alguém comprometido com a continuidade da faculdade de Direito, é preciso encarar o fato de que o curso de Direito não se destina simplesmente a mostrar aos alunos o que é o Direito, mas dedica-se principalmente também a ensinar a *exercer*, a *praticar* o Direito. Em outras palavras, o curso não se destina a olhar o Direito de fora, mas a introduzir o aluno, a colocá-lo *dentro* do Direito. Nesse sentido, a faculdade de Direito está comprometida com a formação profissional e esse seu objetivo molda necessariamente a estrutura do curso e das aulas, pelo menos em certa medida.

O objetivo de formação profissional é o vínculo necessário que a faculdade de Direito tem com o *status quo*: faz parte dos objetivos da formação universitária em Direito habilitar o bacharel a atuar no sistema. A não ser que se abandone esse objetivo, não me parece possível eliminar a reprodução da hierarquia do sistema das faculdades de Direito. Nesse sentido, só mesmo uma atitude revolucionária poderia quebrar o vínculo entre a faculdade de Direito e o sistema vigente. Não há, de fato, alternativas reformistas.

O que não significa que nada possa ser feito. É possível imaginar uma faculdade que forme profissionais para atuar no sistema, mas que não o faça ingenuamente. Isso seria talvez uma reprodução menos eficiente da hierarquia, mas, não sendo incompatível com ela, pode ser uma proposta institucional.

Em outras palavras, não é possível evitar que a faculdade de Direito seja um local de reprodução do *status quo*, mas é possível colocar isso em evidência.

Para pensar em uma proposta de mudança nesses termos, é preciso tratar preliminarmente do papel da dogmática jurídica. Afinal, se os efeitos perniciosos de reprodução da hierarquia vierem diretamente da dogmática, e não apenas do modo como ela é ensinada, uma proposta de reforma nos moldes acima tende a obter pouco resultado.

Quando se diz, como Duncan Kennedy, que o modo de argumentar jurídico, isto é, que a dogmática jurídica, não se distingue do modo de argumentar político no que se refere à justificação de uma solução normativa como correta, é preciso esclarecer sobre o que se está falando.

O modo de argumentar político aparece em nosso sistema de duas maneiras diversas em relação à dogmática jurídica: como razão ou objetivo da norma geral e abstrata e como fundamento da solução jurídico-dogmática do caso concreto. Explico.

Para lidar com a questão do papel da dogmática jurídica na sala de aula e seu papel mistificador, é preciso levar a sério a idéia de que, em princípio, o papel das normas jurídicas gerais e abstratas é fixar certas escolhas políticas. Essas escolhas, traduzidas no texto das normas, são feitas em outro lugar e não no Direito. Em outras palavras, para falar do conteúdo político que há no fazer dogmática jurídica, é preciso, em primeiro lugar, esclarecer que há um

conteúdo político que lhe é anterior. Com relação a essas decisões políticas – tomadas, no nosso sistema, primordialmente no âmbito do Poder Legislativo – é possível fazer o esforço de mostrá-las, isto é, de deixar claro para os alunos que as normas jurídicas se relacionam a certa opção política e que não são, portanto, neutras.

Outra questão, mais complicada do ponto de vista do professor de dogmática jurídica em qualquer disciplina, são as escolhas políticas feitas *por meio* da própria dogmática.

Parece-me que é a esse conteúdo político da dogmática jurídica que se refere Duncan Kennedy ao afirmar que a argumentação jurídica não se distingue do discurso ético e político em geral enquanto método para se chegar a resultados corretos e que tudo o que se ensina na faculdade de Direito, com exceção das regras formais e das técnicas argumentativas para sua manipulação é *policy*. A aplicação das técnicas de argumentação jurídico-dogmática limita o espectro de soluções possíveis a partir de certos dados, mas não permite chegar a uma única solução sobre a qual não possa haver divergência. Acredito que esse espaço decisório exista, que ele propõe problemas fundamentais de legitimidade e que ensinar Direito sem assumir, colocando em evidência, essa característica do raciocínio dogmático é de fato mistificador e obscurece, empurrando para debaixo do tapete, escolhas de *policy* feitas dentro do Direito, isto é, por meio da própria dogmática jurídica (ou para além dela).

É possível pensar que essa circunstância deveria nos levar a desejar e a buscar o fim da dogmática jurídica. No entanto, pessoalmente, não penso que ela seja em si mesma necessariamente um instrumento de mistificação. A dogmática pode ser pensada como um espaço procedimentalizado de luta pelo sentido das normas jurídicas, deslocando-se a questão para a construção de meios de controle democrático desse espaço.²

Essa questão não cabe, naturalmente, nos limites deste texto, mas, de todo modo, penso que a realização do objetivo proposto por Duncan Kennedy, de “[...] pensar sobre o Direito de uma maneira que permita entrar nele, criticá-lo sem rejeitá-lo completamente, e manipulá-lo sem se entregar ao *seu* [dele] sistema de pensar e agir” (grifo no original), passa, necessariamente, por encarar o conteúdo de *policy* que há nas decisões tomadas por meio da dogmática jurídica, o que não equivale a dizer que ela seja necessariamente mistificadora.

Dito isso, como criar um curso de Direito que minimize os efeitos perniciosos da reprodução da hierarquia?

Para formar alunos conscientes, é importante valorizar as disciplinas não dogmáticas, como Filosofia, Sociologia e História do Direito, assim como é importante que disciplinas de Economia sejam também valorizadas no curso de Direito. No entanto, isso só pode ser alcançado, na minha opinião, com uma mudança no modo como se ensinam as próprias disciplinas dogmáticas. Se no ensino da dogmática

não se fizer o vínculo com as questões filosóficas, sociológicas, históricas e econômicas, essas últimas continuarão a ser consideradas apenas disciplinas propedêuticas, conhecidas entre os alunos como “perfumaria jurídica”.

A relação entre a dogmática jurídica e questões filosóficas, sociológicas, econômicas, políticas, etc. só pode ser feita se abandonarmos o modo como tradicionalmente se ensinam as disciplinas dogmáticas.

Vou dar um exemplo do que chamo de modo tradicional de ensino das disciplinas dogmáticas, com base na experiência real de um conhecido meu, calouro de uma boa faculdade de Direito. Numa típica aula de Direito Civil, por exemplo, o professor apresenta o conjunto de regras relativas a certo instituto jurídico de maneira sistemática, em uma aula expositiva e sem sequer fazer referência direta aos textos legais pertinentes. A leitura recomendada é um manual de Direito, em que a matéria é apresentada do mesmo modo. Mesmo no manual, o texto legal tem lugar secundário. Normalmente, há remissão aos artigos de lei relativos à matéria, mas não um exercício de interpretação do texto legal.

Apresentado desse modo, o Direito Civil (e todos os demais ramos do Direito, uma vez que as aulas das outras disciplinas dogmáticas seguem em geral esse mesmo padrão) aparece como um conjunto de regras dadas (não se sabe muito bem por quem). A referência ao Direito romano como origem das normas reforça ainda a noção de sua permanência

e atemporalidade, de falta de historicidade e, portanto, da falta de relação com as contingências de cada sociedade, da falta de relação com a política, com a economia, etc.

Há uma disciplina, ensinada no primeiro ano, que propõe a reflexão sobre a dogmática jurídica, mas seu efeito sobre os alunos é limitado, pois há uma grande dificuldade para relacionar as discussões feitas no âmbito dessa disciplina com o que realmente acontece na aula de Direito Civil.

O livro usado nessa disciplina acabou virando sinônimo de texto incompreensível nas brincadeiras dos estudantes e logo a disciplina foi relegada pela maioria dos alunos à categoria da “perfumaria”, junto de outras matérias do primeiro ano, notadamente economia.

Não digo, naturalmente, que a experiência seja vivida do mesmo modo por todos os estudantes. Mas, muito freqüentemente, os alunos que não se sentem bem com a dogmática jurídica acabam se conformando, estudando para conseguir a nota necessária para aprovação e levando as suas inquietações para outros campos de estudo, muitas vezes para outras faculdades, como a faculdade de Filosofia ou de Ciência Política.

Não quero dizer tampouco que esse método de ensino seja ruim. A avaliação depende dos objetivos propostos. Para atingir o objetivo de profissionalização, isto é, para formar pessoas capazes de atuar no sistema vigente, parece-me que um curso nesses moldes pode ser excelente e isso não deve ser desprezado.

No entanto, a partir do momento em que uma faculdade de Direito coloque entre seus objetivos formar profissionais capazes de perceber o quanto sua formação os prepara para reproduzir o *status quo*, é preciso fazer mudanças em relação ao modo tradicional de ensino.

Para começar, é preciso mudar o papel do professor e sua relação com os alunos. O professor precisa deixar de ser encarado como aquele que detém um conhecimento a ser transmitido. Ele deve ser apenas um guia. Sem isso, não é possível estimular verdadeiras discussões em sala de aula. A tendência será ocorrerem pseudodiscussões, como a descrita por Duncan Kennedy, em que os alunos são estimulados a participar apenas para tornar a intervenção final e definitiva do professor mais dramática e dar-lhe um ar de sabedoria superior.

O professor de Direito não deve, aliás, dar resposta nenhuma, uma vez que não há realmente uma resposta certa, especialmente quando o que se está discutindo são os fundamentos de uma determinada solução normativa.

Naturalmente, há um preço a pagar por essa mudança, que é o fim das certezas reconfortantes. Os alunos terão de aprender a viver com a dúvida, o que pode ser muito difícil e angustiante. É o fim da sensação de ter aprendido algo definitivo, que se pode anotar no caderno e estudar na véspera da prova.

Além da mudança na postura do professor, é preciso que os alunos tenham espaço para refletir sobre o que estão fazendo. Parece-me que Duncan Kennedy tem razão ao identificar como

problema o aprendizado “por osmose”. O modo jurídico de argumentar deve entrar no debate. Disciplinas de Teoria do Direito são úteis nesse processo, mas, a meu ver, a dogmática deve ser discutida também nas disciplinas dogmáticas, sem o que me parece que a abstração das discussões teóricas dificulta sua vinculação com a realidade do trabalho do jurista.

Por fim, o ideal seria que, nas próprias disciplinas dogmáticas, a discussão fosse além da dogmática, isto é, que se discutissem quais os interesses protegidos pelas normas estudadas.

Com isso se mostraria mais claramente o modo como as soluções jurídicas dogmáticas estão comprometidas com certas forças políticas e econômicas.

Naturalmente, é mais fácil falar do que fazer.

A implementação dessas medidas esbarraria em muitos obstáculos, a começar pela resistência dos próprios alunos, devido ao alto grau de angústia que um curso assim tende a gerar. E não é preciso nem dizer que abdicar da sua posição de superioridade seria uma dificuldade grande para muitos professores.

No entanto, as duas maiores dificuldades, na minha opinião, são a formação dos professores e a falta de tempo. Os professores de Direito foram formados em cursos tradicionais e, se muitos deles conseguem perceber deficiências nesse tipo de formação, isso não muda o fato de que não foram preparados para, por exemplo, tratar de política e economia em suas aulas de Direitos Reais ou Direito Contratual. Quanto à falta de

tempo, é preciso lembrar que o objetivo profissionalizante – mantido nessa minha proposta – exige que os alunos apreendam um grande número de informações, o que demanda muito tempo já no método tradicional. Quando um professor se propõe a, além disso, investigar aspectos políticos e econômicos relacionados aos institutos jurídicos, a velocidade com que os alunos podem continuar o trabalho de assimilação das informações necessárias para operarem profissionalmente no sistema naturalmente cai.

Ainda assim, e apesar das dificuldades, penso que seja possível fazer essas modificações. Penso também que seria bom fazê-las. Acho que essas mudanças no modo de ensinar Direito resultariam em uma diminuição razoável dos efeitos negativos da educação jurídica apontados por Duncan Kennedy, ao mesmo tempo em que são suficientemente compatíveis com as exigências de formação de profissionais para o mercado para poderem ser propostas institucionalmente.

* * *

DUNCAN KENNEDY – LEGAL EDUCATION AND THE REPRODUCTION OF HIERARCHY

Yuri Corrêa da Luz

INTRODUÇÃO

O livro *Legal education and the reproduction of hierarchy*, de Duncan Kennedy, publicado em 1983, contém diversos elementos que merecem, por si sós, uma atenção individualizada, seja por

parte dos juristas, seja por parte dos cientistas políticos e sociais. Embora escrito na forma de um simples *pamphlet*, nele residem questões as mais diversas: a determinação externa da consciência dos indivíduos, a relação Estado/sociedade civil, a reestruturação das classes sociais no último século, entre outras. No entanto, como graduando em Direito que sou, creio que a questão por ele tratada sobre a qual posso me debruçar com maior segurança é também a questão que enfrento e com o qual convivo todos os dias: *a dos problemas do ensino jurídico*.

O que mais surpreende no livro de Kennedy é a constante sensação de *déjà-vu* proporcionada por sua descrição da Law School norte-americana. Em diversos pontos, é mesmo necessário um esforço para nos convenceremos de que não se trata de uma análise de nosso ensino jurídico. “O sistema anglo-saxão é totalmente diverso do romano-germânico”, alguns poderiam dizer. “Um modelo tão distinto do nosso não pode em nada conosco se assemelhar”, outros poderiam completar. Mas talvez seja exatamente este *o grande mérito de Kennedy: demonstrar que a crítica, quando bem colocada e bem conduzida, pode levantar e denunciar problemas amplos, que transcendem o âmbito de configuração de arranjos institucionais específicos*.

A leitura de suas descrições, que são no momento o que nos interessa, leva-nos à identificação de uma gama de fenômenos que constatamos cotidianamente, dentro e fora das salas de aula das principais faculdades de

Direito de nosso país. A forma como os alunos enxergam a relação teoria/prática; a idéia de que especular é desnecessário (e até prejudicial) para a resolução de conflitos; a separação artificial entre direito e política; o ensino técnico apartado da realidade; as limitações práticas impostas aos alunos pelo conteúdo e pela pedagogia de nossos cursos jurídicos. Todas estas noções são verificáveis nesta obra. E penso que nossa realidade pode ser vista à luz dela.

Há pouco tempo, disse um filósofo, depois de ter “se aventurado” em um dos cursos jurídicos mais reconhecidos do Brasil, que nele era verificável um fenômeno ao mesmo tempo interessante e assustador. “Os alunos de Direito”, afirmava, “chegam à faculdade com muita disposição, criatividade e agudez de pensamento; com o transcorrer da graduação todas estas qualidades parecem diluir, e todo aquele potencial parece se tornar limitado e enrijecido”. O que acontece com nós alunos ao longo do curso de Direito? Qual seria o papel que nossas aulas, que nossos professores, que nosso meio, enfim, exercem nesta (de)formação? São questões que Kennedy buscou apontar.

O autor problematiza um ensino jurídico deficiente pela demonstração de dois tipos de conseqüências: por um lado, *a produção sobre os estudantes de um imaginário distorcido em relação à realidade*; por outro, *a limitação concreta que este ensino impõe àqueles que, moldados neste âmbito, encontram-se*

sem condições de enfrentar os problemas substanciais que uma sociedade apresenta ao direito.

A PRODUÇÃO DE UM IMAGINÁRIO DISTORCIDO

Da mesma forma que o ensino norte-americano diagnosticado por Kennedy, também *o ensino jurídico brasileiro tem a técnica como elemento central de nosso aprendizado*. O que nos ensinam é uma grande quantidade de regras; aprendemos as normas dos códigos civil, penal, administrativo, bem como dos códigos de processo, em aulas que em grande medida nos deixam com a sensação de que, para absorver todo esse conteúdo, bastaria ler o direito positivo e pronto. Aqui, o Código não é somente o ponto de chegada da análise, mas também seu ponto de partida; tudo parece dele surgir e a ele retornar; tudo já estaria lá previsto. Esta idéia, passada por grande parte dos professores, coloca diversos problemas à formação do imaginário dos alunos de Direito.

Tendo como universo único de estudo uma grande quantidade de regras e técnicas argumentativas, *nós estudantes acabamos muitas vezes por acreditar que a isso se resume o fenômeno jurídico, absolutizando perante nós mesmos o conteúdo que nos é passado, apostando nele todas as fichas, e caindo na armadilha de acreditar que os problemas de nossa vida jurídica encontrarão nele uma resposta satisfatória*.

E caímos na postura de que nada poderia interferir neste processo de aprendizado daquilo que é “Direito”: os conflitos políticos, as ideologias, tudo

isso tem de ser afastado para que seja feita uma correta “análise jurídica” de determinado caso. A *separação Direito/Política*, tida por Kennedy como “o coração intelectual da mistificação”, é mais que evidente em nossas faculdades. E é por meio dela que se produz um imaginário que chega mesmo a estabelecer a idéia de que as leis, de fato construídas pelo processo político e por forças políticas, proviriam de algum lugar misterioso, longínquo e inexplicavelmente neutro do ponto de vista ideológico. *Os professores, ao nos ensinar apenas regras e normas aos montes, acabam por fazer muito mais do que isso: ensinam que são delas que devemos partir, que este é o limite que devemos respeitar, e que alterá-las e entender suas causas não é nosso papel (isso é coisa para os políticos, dizem)*. Os próprios professores parecem cair nesta distorção: quando alguém questiona as causas e as consequências de determinadas normas, nossos catedráticos levantam a abstrata figura d’“O legislador” (nunca fala-se em legisladores concretos!), afirmando que essa foi a Sua vontade, e que questioná-la é uma postura argumentativa política, não jurídica. Como bem percebeu Kennedy, “the message is that the system is OK”.

Ainda, na faculdade de Direito, os conceitos, a doutrina e toda a exposição que teria como fim último nos proporcionar uma “base teórica” acabam por criar um abismo entre o aprendizado e a realidade que nos cerca. Como não identificamos a construção cotidiana de nosso sistema jurídico (já que

não reconhecemos a nós um papel ativo em sua produção), não percebemos a historicidade e a contingência do mesmo (exceto por uma noção rasa e etapista de história provinda dos manuais doutrinários). Sendo assim, os conceitos expostos, as doutrinas, as descrições do funcionamento do sistema, tudo isto não precisa ser dotado de veracidade. Os manuais não precisam ter compromisso com a realidade, pois, afinal, a conhecemos em geral tão pouco que sequer conseguimos perceber quão distantes dela estão os manuais se colocam. A idéia de expor uma doutrina sem, no entanto, apresentar uma comparação, uma demonstração, uma verificação com a realidade (porque muitas das doutrinas são, inclusive, contrafáticas!) faz com que esta última seja tida como absolutamente apartada da primeira.

Há alguns meses atrás, uma professora me surpreendeu com uma prova cabal desta separação. Depois de ter permanecido durante quase duas horas explicando conceitos e expondo doutrinas, lançou ao final da aula o que me pareceu um anti-clímax: “Tudo isso que eu disse foi explicado porque se pede no programa. Mas na prática, nada disso acontece. Fiquem disso avisados”. Eu, surpreendido de ter ouvido por duas horas algo absolutamente inverídico e irreal, perguntei a ela porque então ela explicou algo que simplesmente *não é*. A resposta veio com tom de naturalidade: “Como professora de Direito, devo ensinar a vocês como as coisas devem-ser, e não como as coisas não-devem-ser”.

Ora, pensei, aonde chegamos? *O compromisso com a realidade do Direito, com a forma como ele se manifesta em nossas vidas, é tão efêmero... que aquilo que efetivamente é (o ser do dever-ser, digamos) é visto pelo jurista como aquilo que não-deve-ser!* Não há espaço para realidade em nosso ensino, e parece que estamos fadados a não conhecer aquilo que nós estudamos.

Este tipo de aprendizado torna os alunos capazes de formulações as mais variadas possíveis? Sim, sem dúvida; mas somente se percebermos que, *para nós juristas, “possível” é (e deve ser entendido como) operar somente em um contexto normativo estático, isto é, utilizar um sistema que já está dado e pronto. Os alunos nos cursos de Direito no Brasil não são preparados a operar a dinâmica do sistema; nosso ensino, por sua forma de exposição, por seu conteúdo de exposição, transmite-nos cotidianamente de forma absolutizada uma idéia historicamente construída, tornando-a “natural”: a idéia de que não cabem ao jurista a formulação e o desenho de novas instituições, que a ele não se pode exigir a construção de uma ordem normativa diversa, restando a nós somente operar aquela que a nós é entregue acabada. Passam-nos a mensagem subliminar de que devemos passivamente operar e instrumentalizar desígnios econômicos e políticos e, paradoxalmente, acreditamos que destes estamos totalmente apartados pelo manto inviolável da “racionalidade jurídica”.*

AS LIMITAÇÕES CONCRETAS IMPOSTAS PELO ENSINO JURÍDICO

Diante deste quadro simplificado de nosso imaginário, é de pensar então

como nosso ensino jurídico limita não somente nossa maneira de enxergarmos a realidade do Direito, mas também nossa forma de nela atuar e com ela interagir. *A faculdade de Direito não só ensina técnicas e tarefas práticas, mas também, pela forma com que o faz, reproduz a idéia de que um jurista em nada pode alterar seu próprio objeto de estudo, já que de fato pouco o conhece.*

A “teoria” que não atém sua preocupação com os movimentos reais da sociedade impele muitos de nós, inseguros em relação ao próprio futuro profissional (um sentimento comum entre muitos estudantes de Direito), de procurar um lugar onde “aprender algo prático”. Surge então em muitos a necessidade de procurar um *estágio*, em que finalmente, muitos pensam, “podem-se cobrir as insuficiências do curso de Direito, excessivamente ‘teórico’”. Tudo parece perfeito: como estagiário, o estudante recebe salário, seguro-saúde e até um generoso ticket refeição; no entanto, há um preço a pagar por isso: a renúncia às tentativas de superar por si as deficiências de conteúdo exposto nas salas de aula. Precisamos lembrar que no Brasil *estágio* é trabalho, e trabalho pesado. Há pouco espaço para o estudo e para a especulação. Portanto, este modelo de ensino não só constrói um imaginário distorcido da realidade, como também, àqueles que percebem alguma insuficiência, impele a desistir do estudo que talvez possa superá-lo.

Por outro lado, não só a *desistência* de melhorar do ensino, mas também a

impossibilidade de fazê-lo, acaba surgindo deste modelo. *O conteúdo exposto determina as possibilidades de sua instrumentalização.* Profissões “não-convenções” (como em direito comunitário e urbanístico, ou em assistência jurídica para os mais pobres) são vistas com um ar de desconfiança: apesar de reconhecidamente exaltadas como “ato moralmente admirável”, são tidas como “não-desafiadoras”, pouco rentáveis, enfim, como “um trabalho menor”. Isso talvez porque estas não defendem causas evidenciadas pela faculdade, que as trata como questões secundárias. *Existe um problema estrutural que determina o afastamento dos alunos destas profissões: o atual conteúdo do que é ensinado não capacita os estudantes a pensar problemas como estes. Direito urbanístico, conflitos de massa, entre outros, são tratados à margem dos “reais interesses práticos de um futuro graduado em Direito” (qual seja de trabalhar em um grande escritório, ou se preparar para um cargo da burocracia estatal).* Este é o principal sentido prático apresentado pela faculdade, e não é de admirar que sejam estes os horizontes, por ela definidos, que se tornam objeto de desejo dos alunos.

Todas as demais alternativas seriam “arriscadas demais”. Montar um próprio escritório; defender aqueles que consideramos merecedores de nossa assistência; entender conflitos reais e cotidianos que envolvam mais do que interesses de massa, de grupo e difusos, para além dos interesses individuais de apenas dois sujeitos processuais; estudar e servir aos próprios ideais; para isso a

faculdade não parece estar nem preparada, nem disposta a ensinar. *Para ela, seu potencial é ilimitado, desde que respeitadas as suas condições. O céu é o limite, até onde a redoma permitir.* E aqueles que desejam fugir deste horizonte se vêem sem possibilidades práticas de fazê-lo, já que, entre tantas e tantas regras e normas que tiveram de aprender, as que eles mais precisam para atuar nestas “profissões marginais” não foram trabalhadas. Ironicamente, o “trabalho menor” acaba por ser o mais desafiador e o menos mecânico, visto que exige grande criatividade. Criatividade esta que é necessária para superar os limites práticos que o ensino jurídico proporciona a todos aqueles que enfrentam o seu dia-a-dia.

CONCLUSÃO

Duncan Kennedy me fez perceber que, em uma faculdade de Direito (não só nos Estados Unidos, mas também no Brasil), aprendemos quantas e quais são as regras, como são as suas redações, em que código se localizam, quais doutrinadores as comentam. Desta forma, também aprendemos que estas são *dadas*, e que nada podemos (ou devemos) fazer a respeito. *Aprendemos que o papel do jurista é ficar longe da argumentação política, ser fiel ao nosso papel de operador do Direito, operador da racionalidade jurídica. Aprendemos que a realidade e a efetividade destas regras e destas instituições que [somente] aplicamos são secundárias em*

relação ao que “deve-ser”. Aprendemos a seguir um caminho predeterminado por nosso ensino, em nosso cotidiano. *Nós estudantes, então, desenvolvendo desta forma acabamos por reproduzir esta realidade quando saímos da Faculdade. Ou seja: “this system is there, in part because they remake it anew every day”.*

O que poderia alterar esta realidade é algo que, diante de tantos “aprendizados”, ironicamente *não aprendemos: a aprender.* E é nesse sentido que o autor afirma como necessária uma mudança no ensino jurídico. Segundo ele, *um sistema mais racional daria ênfase a como se aprender e compreender o sistema jurídico, em vez de como absorver e memorizar regras. Deveria se desenvolver a capacidade de pensar respostas, em vez de dá-las prontas. Desta forma, os juristas seriam inclusive mais flexíveis para transitar sobre as diversas questões práticas, podendo resolver conflitos, pensá-los e cumprir com sua função de forma satisfatória, ainda que diversos deles não tivessem sido abordados na faculdade.* Seria preciso que nós estudantes pudéssemos desenvolver um olhar crítico sobre o sistema do qual fazemos parte, podendo especular sobre o que iremos estudar, e superando então as redomas psíquicas e práticas a que hoje somos submetidos. Como alcançar este ideal é algo difícil de dizer, até mesmo para Kennedy. No entanto, penso que o primeiro passo, fundamental para os que vierem em seguida, já foi apontado no prefácio deste livro: “Resist!”.

NOTAS

1 Dados da Fuvest, disponíveis em: www.fuvest.br/vest2006/estat/estat.stm. Acesso em: 26 set. 2006.

2 Sobre esse tema, cf. J. R. Rodriguez, F. P.

Püschel e M. R. de A. Machado. O raciocínio jurídico-dogmático e suas relações com o funcionamento do Poder Judiciário e a democracia. Texto apresentado no 3.º Congresso Latino-americano de Ciência Política promovido pela Alacip, Campinas, 2006.

Ana Mara França Machado

ALUNA DO 5º. ANO DE DIREITO DA USP

Flavia Portella Püschel

PROFESSORA DA DIREITO GV E PESQUISADORA
DO NÚCLEO DIREITO E DEMOCRACIA DO CEBRAP

Yuri Corrêa da Luz

ALUNO DO 3º. ANO DE DIREITO DA USP

