

Fernando José Gautier Luso Soares (*)

Doutor em Direito

Maria de Guadalupe Carrasco de Melo Saião (**)

Professora

ABSTRACT

Law is a formative element of Mankind. It's Culture and a civilization factor. Meanwhile Pedagogy is important as an arranged incorporation of cultural benefits.

From a pedagogical point of view the attitude, predominant for a long time, of *magister dixit* is nowadays left behind, being truly that Law carries a remarkable educational contribution.

In order the practical realization of legal system is extremely important the activity of a creative interpretation. It's therein needed a conciliator synthesis of both systems: the opened one used for instance in the United Kingdom and in the USA, and the closed, in vigour in Portugal and in the european Continent in general.

Keywords: Law/Culture, Society, Pedagogy, Philosophy of Education, Teacher/Student, legal systems, legal methods, legal thought.

RESUMO

O Direito constitui um elemento formativo do Homem. É Cultura e factor de civilização. Por seu turno a Pedagogia releva enquanto incorporação ordena-

(*) Doutor em Direito. Docente na Academia Militar de Introdução ao Estudo do Direito I e II e de Direito Comunitário. Membro efectivo do CINAMIL – Centro de Investigação da Academia Militar.

(**) Licenciada em Filologia Germânica pela Faculdade de Letras da Universidade de Lisboa. Professora dos Ensinos Básico e Secundário (na Reforma). Formadora de Cursos de Língua Inglesa. Orientadora de Estágio de Professores e Assessora no Centro de Formação de Professores de S. Sebastião (em Setúbal).

da de bens culturais, sendo que a formação do Homem se vai consolidando, atento o seu entorno.

Do ponto de vista pedagógico a postura, por muito tempo dominante, do *magister dixit* encontra-se hoje ultrapassada, devendo não deixar de ter-se em linha de conta o facto de que o Direito aporta um considerável contributo educacional.

Com vista à realização prática do Direito importa de sobremaneira a actividade de uma criativa interpretação jurídica. É, neste sentido, necessária uma síntese conciliadora dos dois sistemas jurídicos (aberto e fechado).

Palavras-chave: Direito/Cultura, Sociedade, Pedagogia, Filosofia da Educação, Professor/Aluno, sistemas jurídicos, métodos jurídicos, pensamento jurídico.

«Está, pues, claro que la legislación debe regular la educación y que ésta debe ser obra de la ciudad. No debe dejarse en olvido cuál debe ser la educación y cómo se ha de educar.» (Aristóteles, Política, 1337a)

O Direito constitui um elemento formativo do Homem. Homem que é um Ser finito no tempo. Fazemos parte de uma cadeia geracional, e aquilo que somos é o resultado daquilo que foram os que nos antecederam, desde logo os nossos ascendentes.

Somos, como refere Vallet de Goytisolo, animais *sociais e políticos*, social e culturalmente unidos, sendo que nos relacionamos *operacionalmente* com os nossos contemporâneos (2004, p. 27). A Cultura que recebemos dos nossos antepassados é, a um tempo, alicerce e estrutura, que nos prepara para com os outros nos relacionarmos. É essencial do ponto de vista daquilo que somos enquanto pessoas que vivemos em sociedade.

O conceito alargado de cultura inclui assim, além das formas de comportamento, também o conjunto de valores, crenças e normas existentes, que são específicas de um determinado grupo social. Parece ser um facto que as várias sociedades humanas possuem patrimónios próprios, os quais vão transmitindo às gerações futuras e que funcionam como quadros de referência colectivos, sempre em evolução, permitindo estabelecer a chamada “identidade cultural” de uma sociedade. Do ponto de vista de uma teoria da “identidade cultural” o indivíduo é ensinado a pensar e a interagir com o seu semelhante no seio da comunidade que integra. A Cultura é, assim, simultaneamente um elemento mediador e um elemento diferenciador do diálogo intercultural. Sem ela eu não existiria, com ela eu sinto-me diferente do outro (Carvalho Guerra, 1997, p. 170-171).

Entretanto, há que não esquecer que o Direito é Cultura. Factor de civilização que nos impõe padrões de conduta, donde resulta nítido que ele não interessa por exclusivo aos juristas. Estes aprendem a movimentar-se no seio do ordenamento jurídico, mas o Direito interessa à sociedade em geral, na

medida em que integra regras que para todos são imperativas, daí o falar-se na sua função de encaminhamento e modelação da sociedade.

Cumpra assim ter em conta a relação entre Pedagogia e Direito. Aquela – ao invés do que pretende Ferrater Mora (1986, p. 894), que a distingue da *Filosofia da Educação*, relegando-a tão-só para questões de método e de procedimento – releva enquanto incorporação ordenada de bens culturais, designadamente o Direito, com vista à sua compreensão, e também à sua transformação, relacionando-se por conseguinte com a multiplicidade de questões que afectam a vida humana, enquanto vida em sociedade. A Pedagogia tem por intuito a *educação da personalidade*. Com razão se adverte que o êxito de um professor não depende simplesmente da pura instrução especializada dos seus discípulos, mas sim de “saber fazer de cada um uma personalidade”. Assim, como poderia desligar-se a Ciência do signo culturalista do nosso tempo?, questiona Sauer (1933, p. 130 e 287).

E o interessante é que o Direito é não só um bem cultural, mas também uma Ciência – concretamente uma Ciência do espírito (ou da Cultura) –, a qual contribui para o desenvolver do pensamento. Enquanto *arte do bom e do justo*, para cada relação jurídica permite procurar a fronteira entre o justo e o injusto. Permite-nos despertar e quedarmo-nos despertados para aquilo que é correcto e estimula no sentido de que nos mantenhamos no caminho do bem.

Resulta assim ser relevante a ideia acerca da natureza do indivíduo culturalmente inserido e da sua relação com a comunidade. Reportando-se ao objecto da Ciência do Direito, objecto esse que é a conduta humana, considera Cabral de Moncada que esta está situada na região dos objectos culturais, sustentando que: se a Natureza *se explica*, a Cultura e o espírito *compreendem-se* (Cabral de Moncada, 1959, p. 396-397).

O Homem nasce e cresce no seio de uma determinada Cultura e, naturalmente, dela vai, ao largo do seu desenvolvimento, bebendo, conformando-se, ou não, com as regras das diversas ordens normativas (v. g. jurídica, moral, religiosa) que, ainda que em planos distintos, regem a sociedade.

A sua formação vai-se assim consolidando, atento o seu entorno. E se o sentimento do justo é algo de inato – isto é: independentemente da sua idade ou instrução ele é sensível ao certo e ao errado –, a verdade é que o conceito de justiça consubstancia algo de mais complexo que se prende com uma instrução que implica estudo e reflexão / reflexão e estudo.

Há, no sentido do que vem de referir-se, que contrariar uma postura que poderá parecer cómoda para docentes e discentes, mas que, na realidade, resulta por demais ultrapassada e sem dúvida que pedagogicamente redutora. A postura do *magister dixit*.

A ilustrar esta nossa ideia aqui registamos as ainda actuais e significativas palavras que, a propósito de *o finalismo e o a-finalismo do nosso sistema educativo*, António Quadros, Filósofo e Académico, expressou há 55 anos com desassombro e extraordinária lucidez em Conferência proferida aos 02 de Março no Salão nobre da Faculdade de Direito de Lisboa. Com efeito, refere o Autor que «Ao estudar, o fim do aluno é hoje “passar o exame”, “ter o diploma” – e nada mais. Pretende o diploma porque o diploma dá acesso a posições social ou economicamente compensadoras. Daí a sua total obediência, para não dizer escravização, à ciência do professor, que pode ser falsa, incompleta, desactualizada, pervertida e burocratizada, mas que não constitui para o aluno mais do que “o obstáculo que é preciso transpôr”, sem análises nem afirmações de personalidade que estariam deslocadas. Por sua vez, o professor, uma vez instalado na sua posição liceal ou universitária, limita a sua acção ao ensino de um conjunto de conhecimentos especializados, sujeitando inteiramente o aluno, ou a uma preguiça que o impede de actualizar-se constantemente no seu ramo de saber, ou a uma incapacidade intelectual para transcender o “conhecimento do compêndio”, ou à específica direcção cultural do seu espírito, divergente e, até, antagónico da dos outros professores seus colegas». Com o que prosegue: «(...) observa-se que, ao longo da sua apendizagem, o aluno apenas estudou para os sucessivos exames com que pretenderam medir a sua memória (...)» (Quadros, 1956, p. 7, 87, 90-91).

Anos volvidos, Alte da Veiga sustenta que são inúmeros os docentes que analisam os problemas e valores veiculados através das diferentes provas dos alunos sendo que no Ensino Superior estes são vistos como meros sujeitos de uma classificação final, com o que falha o relacionamento pessoal, na medida em que temos então um aluno submisso, sempre sujeito a avaliações “objectivas”, que cada vez mais afastam os intervenientes no âmbito do processo educativo, reduzindo-os posteriormente a simples objecto de complexas fórmulas matemáticas só possíveis porque se “materializou o espírito”, dando azo a consequências funestas, uma vez que se verifica uma desfocada preocupação pela justiça, deixando de discutir-se os pressupostos filosóficos, v. g. axiológicos e antropológicos em geral (Alte da Veiga, s/ data, p. 397). É, entretanto, bem recente a afirmação do também Filósofo e Académico José Gil, proferida em debate televisivo, segundo o qual «É preciso que o esforço do pensamento seja uma exigência da Universidade» (Gil, 2011)¹. Ora, por vezes, mais vale

¹ No que se refere ao Jurídico – no âmbito universitário e incluso do ponto de vista discente – pensar o Direito constitui actividade intelectual que implica pensar o já pensado, sendo que tal se traduz em uma dinâmica criativa, a qual sem dúvida nos cumpre continuar a assegurar (Luso Soares, 1993, p. LXXIV, n. 17 e Luso Soares, 2009, p. 23).

uma tese incorrecta, mas inteligentemente sustentada do que um mero debitar de uma qualquer afirmação que o aluno apanhou sem se preocupar em sobre ela reflectir.

Do ponto de vista pedagógico, e necessariamente com implicações no plano da Ciência, embora possa não concordar-se com tudo, a verdade é que Bolonha aponta na boa direcção quando preconiza um cada vez maior incremento de uma postura activa por parte do aluno. O Ensino Superior Universitário implica-a, sob pena de o não ser.

Acresce que o Direito, numa perspectiva pedagógica, que aliás entendemos como dele incidível, aporta um considerável contributo educacional, e isto quer em termos práticos de vida quotidiana, quer em termos que chamaríamos de *ginástica intelectual*.

Os padrões de conduta que, atento o seu conteúdo axiológico, o Direito impõe, têm assim a ver com a nossa postura em termos de vida quotidiana, sendo que a pedagogia que resulta da aludida ginástica intelectual que o Direito implica, embora, em primeira linha, tenha a ver com a actividade dos diversos profissionais do Jurídico – v. g. professores de Direito, magistrados judiciais ou do ministério público, advogados, notários, conservadores do registo civil, predial ou automóvel, solicitadores –, reflecte-se sem dúvida naquele que é o quotidiano de todos nós.

Detenhamo-nos, contudo, um pouco mais no segundo destes dois referidos aspectos; isto é: aquele que implica o trabalho dos juristas, trabalho este que é (leia-se: deve reflectir-se) em prol da sociedade.

Para tanto, não podemos deixar de ter em consideração a existência de dois sistemas jurídicos com as suas especificidades próprias, isto sem embargo de ambos buscarem a Justiça e ambos reivindicarem um mesmo ascendente comum: o Direito romano.

Reportamo-nos ao sistema jurídico aberto, modelo decisionista de índole casuista, e assim de procura do justo concreto, vigente, por exemplo, na Grã-Bretanha e nos Estados Unidos, e ao sistema jurídico fechado, modelo normativista, que busca o justo a partir de normas abstractas, sendo que este vigora entre nós, tal como na generalidade do Continente europeu.

Entretanto, a romanística tem encontrado na ideia do que o que resta de mais formativo no legado jusromanista é o espírito do casuísmo, tratando-se de fazer regressar os ordenamentos jurídicos aos caracteres estruturais e operativos de um Direito jurisprudencial que tem a ver com a actividade criadora dos juristas (Araújo, 1989, p. 69).

Porém, não se nos oferece como menos relevante que do ponto de vista do *método jurídico* – aquele que respeita ao caminho a seguir na realização prática

da ordenação jurídica, maxime na determinação, interpretação e aplicação das normas com vista à solução dos casos concretos –, não será de descartar um pluralismo metodológico, tradutível em uma equilibrada via média, superadora de exclusivismos e reducionismos metodológicos. Isto é: o método jurídico deve lograr conjugar devidamente as exigências decorrentes da norma (modelo abstracto do justo) e as decorrentes do caso (sede do justo concreto), ultrapassando por conseguinte reducionismos normativistas e decisionistas (Bigotte Chorão, 1991, p. 59 e 61).

Afigura-se que a visão da ordenação jurídica – prossegue o ora citado autor – como um processo de determinação prudencial do justo no quadro de uma concepção jusnaturalista encerra imensas virtualidades de ordem metodológica. Evidencia que aquela determinação de carácter racional e volitivo, ou teórico-prático, opera sucessiva e gradualmente no plano geral-abstracto da formulação da lei, tal como no plano singular-concreto da decisão do caso, em ambos os momentos convergindo factores naturais (*naturalis ratio*) e factores positivos (*civis ratio*) a que o operador jurídico não poderá deixar de atender⁽²⁾. A natureza das coisas interessa tanto ao legislador [que cria a lei] como ao juiz [ao qual cumpre decidir, aplicando o Direito], sendo que na perspectiva que vem de referir-se assume papel essencial a *equidade*, como expressão das exigências de justiça do caso (*iustum concretum*), que hão-de ser prudentemente ponderadas na interpretação, correcção ou integração da lei. Mas, acima de tudo, uma tal concepção tem o mérito de dotar a hermenêutica jurídica de uma base ontológica, na medida em que o Direito é um *dever ser* radicado no *ser* e cujo conteúdo se vai descortinando e concretizando, mercê da determinação prudencial (Bigotte Chorão, 1991, p. 61-62).

Eis, em nosso entender, uma síntese harmonizadora dos dois sistemas jurídicos e que, a um tempo, promove um dualismo jurídico enriquecedor e pedagogicamente relevante na busca da justiça.

Todavia, tal perspectiva continua a esbarrar com a dicotomia vigente que, porventura por inércia, teima em manter o antagonismo, em boa medida resultante de uma tradição que não vem permitindo o confluirem normativismo e decisionismo, sendo que a questão pedagógica do Direito e do papel deste no seio da

² Note-se que a vontade não constitui a fonte última do Direito, pois aquela não é mais do que uma força. Com efeito, existe uma *regra de Direito* que aprova certos fins e reprova outros e que por conseguinte aprova as vontades dirigidas no sentido dos primeiros e reprova as dirigidas no sentido dos segundos, verificando-se, nestes termos, a diferença *qualitativa* existente entre uma força desnuda, isto por oposição a uma força que incorpora a solidariedade e certos estados de alma, como é o caso do sentimento de justiça (Renard, 1947, p. 211 e 213).

sociedade, v. g. no que respeita à reabilitação da credibilidade na Justiça por parte do comum das pessoas poderá também – afigura-se-nos – passar por aqui.

Numa perspectiva que diríamos conciliadora, e reportando-se ao actual problema metodológico da interpretação jurídica tem Castanheira Neves um entendimento que aponta no sentido de uma postura intelectual indutora de uma evolução epistemológico-metodológica do pensamento jurídico, a qual se encontra relacionada com os imediatos objectivos práticos da realização do Direito, sendo neste sentido que sustenta que o que exige e constitui a interpretação jurídica é a intenção normativo-metodológica que convoca e reelabora um critério normativo pressuposto em ordem a uma específica solução normativa concreta, acrescentando que não é a falta de clareza das leis que justifica a interpretação, mas sim a problemático-concreta realização normativa do Direito que a não pode nunca dispensar (Castanheira Neves, 2003, p. 9 e 28-29).

Eis, por conseguinte, algo que, relacionado com tudo o que vimos de dizer, reflecte a relação entre Pedagogia e Direito, uma vez que a preconizada criatividade interpretativa do jurídico constitui um estreitar do elo de ligação entre estes dois aludidos factores de civilização.

BIBLIOGRAFIA

- Alte da Veiga, Manuel (s/ data). “Aceitação do Erro e Pluralismo Cultural”, in *Formar Professores para a Escola Cultural no Horizonte dos Anos 2000*, Colectânea de Textos Organizada por Manuel Ferreira Patrício com base no III Congresso da AEPEC – Associação da Educação Pluridimensional e da Escola Cultural, Porto Editora, Porto, p. 397-408.
- Araújo, Fernando (1989). “Actualidade dos Estudos Romanísticos”, in *Estudos de Direito Romano*, volume 1, AAFDL – Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, p. 13-80.
- Aristóteles (2008). *Política*, Introducción, Traducción y Notas de Manuela García Valdés, Editorial Gredos, 4.^a reimpresión, Madrid, España.
- Bigotte Chorão, Mário (1991). “Direito”, in *Temas Fundamentais de Direito*, Almedina, reimpresão, Coimbra, p. 29-64.
- Cabral de Moncada, Luís (1959). “O Saber dos Juristas”, in *Estudos Filosóficos e Históricos. Artigos, Discursos, Conferências e Recensões Críticas*, volume II, Acta Universitatis Conimbrigensis, Coimbra, p. 394-400.
- Carvalho Guerra, Isabel (1997). “Interculturalidade: uma forma de comunicação paradoxal?”, in *Educação em Debate*, Colectânea de Textos Coordenada

- e Organizada por Pedro d'Orey da Cunha, Universidade Católica Editora, 1.^a edição, Lisboa, p. 167-180.
- Castanheira Neves, António (2003). *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica*, I, Coimbra Editora, Coimbra.
- Ferrater Mora, José (1986). *Diccionario de Filosofia*, Alianza Editorial, 5.^a reimpresión, Barcelona, España.
- Gil, José (2011). *Prós e Contras*, RTP 1, debate realizado na Aula Magna da Reitoria da Universidade de Lisboa, subordinado ao tema *E agora Portugal?*, 28 de Março. Internet: <http://ww1.rtp.pt/icmblogs/rtp/pros-contras/?t=Video-do-programa.rtp&tag=679>, consultado aos 04 de Abril de 2011.
- Luso Soares, Fernando José Gautier (1993) [= Fernando Luso Soares (filho)]. “Prefácio”, in *Tradução, Prefácio e Organização de A Encruzilhada Metodológica Jurídica no Renascimento. A Reforma, A Contra-Reforma*, de Juan Vallet de Goytisolo, Edições Cosmos, Lisboa.
- Luso Soares, Fernando José Gautier (2009). *Ensaio para a História da Formação do Direito Medieval Português (O Elemento Romano)*, Prefácio, Lisboa.
- Quadros, António (1956). *A Angústia do nosso Tempo e a Crise da Universidade. Ensaios*, Cidade Nova, Lisboa.
- Renard, Georges (1947). *Introducción Filosófica al Estudio del Derecho*, tomo I, *El Derecho, La Justicia y La Voluntad*, versión castellana del Dr. Santiago Cunchillos Manterola, Ediciones Desclée, De Brouwer, Buenos Aires.
- Sauer, Wilhelm (1933). *Filosofía Jurídica y Social*, Traducido directamente del alemán y Anotado por Luis Legaz Lacambra, Editorial Labor, Barcelona – Madrid – Buenos Aires.
- Vallet de Goytisolo, Juan (2004). *Manuales de Metodología Jurídica*, I, *Manual Introductorio a las Metodologías del Derecho*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, España.