

REVISTA DOS TRIBUNAIS

Ano 99 • volume 891 • janeiro 2010 • p. 1-800

Repositório autorizado de
Jurisprudência

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Proc. 33/85 – DDID,
(DJU 23.10.1985, p. 18.861),
registrado sob n. 006/85

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Port. n. 8, de 31.05.1990
(DJU 06.06.1990, p. 5.171).

PUBLICAÇÃO OFICIAL DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA

Acre, Alagoas, Amapá, Amazonas, Bahia,
Ceará, Distrito Federal, Espírito Santo, Goiás,
Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do
Sul, Minas Gerais, Pará, Paraíba, Paraná,
Pernambuco, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande
do Norte, Rio Grande do Sul, Rondônia,
Roraima, Santa Catarina, São Paulo, Sergipe,
Tocantins.

TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS
1.ª, 2.ª, 4.ª e 5.ª Regiões

TRIBUNAL DE JUSTIÇA MILITAR
São Paulo

Central de Relacionamento RT
(atendimento, em dias úteis, das 8 às 17 horas)
Tel.: 0800-702-2433
www.rt.com.br

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

TERCEIRA SEÇÃO

Dogmática e crítica da jurisprudência (ou da vocação da doutrina em nosso tempo)

OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR

Doutor em Direito Civil pela USP. Membro da Asociación Iberoamericana de Derecho Romano – Oviedo. Avaliador *ad hoc* de cursos jurídicos do MEC. Advogado da União.

ÁREA DO DIREITO: História do Direito

RESUMO: A doutrina teve uma função definitiva como parte do método jurídico. Em termos ideais, sua operacionalização é livre e espontânea. Na tradição continental, ela teve o papel de criticar tanto o direito positivo, quanto as interpretações acerca dele. Atualmente, a doutrina experimenta um período de declínio. O direito jurisprudencial mostra-se como uma fonte criativa e central do direito. O artigo afirma que é necessário rever a função da doutrina para restaurar sua relevância.

PALAVRAS-CHAVE: Doutrina – Doutrinadores – Jurisprudência – Fontes do Direito – Poder criativo.

ABSTRACT: The legal doctrine had an established function as part of jurists' methods. In ideal terms, such construction is free, and spontaneous. In the continental tradition, it held the role to criticize both the statutory law and the interpretations about the former. Nowadays, the legal doctrine method faces a period of decline. The judge-made law appears a central and creative source of lawmaking. The paper states that it is necessary to review the function of the legal commentaries in order to restore its importance.

KEYWORDS: Legal commentaries – Legal doctrine method – Judge-made law – Sources of lawmaking – Creative power.

SUMÁRIO: 1. Colocação do problema – 2. Que é doutrina e qual sua função?: 2.1 Origens etimológica e teológica da doutrina; 2.2 Diferentes acepções da doutrina: 2.2.1 Considerações iniciais; 2.2.2 Primeira acepção: (a) doutrina obrigatória pela vontade do príncipe; 2.2.3 Segunda acepção: (b) doutrina jurisprudencial; 2.2.4 Terceira acepção: (c) doutrina propriamente dita; 2.3 A visão da doutrina na dogmática e na lei; 2.4 Conceito de doutrina proposto: 2.4.1 Conceito e elementos; 2.4.2 Primeiro elemento: opinião posta (disponível); 2.4.3 Segundo elemento: jurista-doutrinador; 2.4.4 Terceiro elemento: finalidade de criar o Direito; 2.5 Síntese conceptual; 2.6 Funções da doutrina – 3. Causas e extensão da crise da doutrina: 3.1 Insuficiências do discurso crítico; 3.2 Inventário de causas da crise da doutrina – 4. A vocação da doutrina em nosso tempo: 4.1 A vocação da doutrina; 4.2 A vocação da doutrina e sua crise: meios de superação – 5. Conclusões.

1. COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

Na Introdução da obra coletiva sobre a Lei de Modernização do Código Civil alemão de 2002, organizada por Horst Ehmman e Holger Sutschet, encontra-se uma advertência perturbadora, que vale a transcrição literal:

“Na [exposição de] motivos do antigo legislador do Código Civil lê-se frequentemente que certa questão é deixada nas mãos da Ciência [do Direito] ou da jurisprudência. Nos materiais [estudos e justificativas] da Lei de Modernização, por outro lado, lê-se, na maioria das vezes, que a controvérsia [literalmente, a questão] deve ser deixada a cargo da jurisprudência. Não se trata de uma casualidade; por detrás disso esconde-se um menosprezo à doutrina, à qual se aplica a maldição de Mefistófeles:

‘Despreza somente a razão e a Ciência,

A força suprema do homem (...)

E ainda que não se tenha entregado ao diabo,

De todos os modos estará perdido!’”¹

1. No original: “In den Motiven des einstigen BGB-Gesetzgebers (1900) heißt es des öfteren, daß diese oder jene Frage Wissenschaft und Rechtsprechung überlassen bleiben soll. In den Materialien des Modernisierungsgesetzes heißt es demgegenüber zumeist, daß die Frage der Rechtspredung überlassen bleiben soll. Das ist kein Zufall; dahinter verbirgt sich eine Verachtung der Wissenchatf, für welche der Fluch des Mephistopheles gilt:

‘Verachte nur Vernunft und Wissenschaft,

Des Menschen allerhöchste Kraft,(...)

Und Hätt’ er sich auch nicht dem Teufel übergeben,

Er müßte doch zugrunde gehn!’” (EHMANN, Horst; SUSTSCHET, Holger. *Modernisiertes Schuldrecht: Lehrbuch der Grundsätze des neuen Rechts und seiner Besonderheiten*. München: Vahlen, 2002, p. 13).

Esse trecho revela a crise da histórica divisão de funções entre a doutrina e a jurisprudência, pela qual competia a primeira a “tarefa de projetar a compreensão geral das normas individuais em relação à totalidade do Direito e assim dar em caráter geral à jurisprudência [*Rechtsprechung*] a ajuda necessária para que reflita sobre as regras gerais teóricas em sua aplicação em um caso concreto”.²

Não é o Direito Civil o único campo no qual se observa esse estado de coisas. Um expoente da dogmática criminal alemã contemporânea, como Ingerborg Puppe, denuncia que os tribunais superiores de seu país têm assumido comportamento autárquico em relação à doutrina. O uso de conceitos jurídicos indeterminados, especialmente na distinção entre dolo, culpa e tentativa, serve de biombo para a atitude pretoriana de se evadir do debate com a doutrina (*Wissenschaft*) e, com isso, exercer de modo arbitrário o *ius dicere*.³

No direito italiano, ainda nos anos 70, Pietro Perlingieri ressaltava a renúncia da doutrina a seu papel histórico. Chegou-se ao paradoxo de ter a doutrina perdido prestígio e credibilidade ou haver desconhecido sua missão: a crítica das decisões judiciais e a conformação do sistema jurídico.⁴

No Brasil, é sensível a diminuição de citações doutrinárias nos acórdãos ou nas decisões monocráticas dos tribunais superiores. A partir da observação empírica dos julgados mais recentes dessas cortes, não deveria ter causado sensação o que afirmou um Ministro do STJ, ao proclamar que não lhe importava o que pensavam os doutrinadores; para fundamentar seus votos bastar-lhe-iam o notório saber jurídico e sua investidura constitucional.⁵

2. EHMANN, Horst; SUSTSCHET, Holger. Op. cit., p. 14.

3. “A jurisprudência – pelo menos entre nós – de há muito está decidida a caminhar sem a ajuda da ciência do direito. O resultado disso, como demonstrado a partir dos exemplos da jurisprudência sobre o dolo de homicídio e a desistência da tentativa de homicídio é a insegurança jurídica e arbítrio” (PUPPE, Ingerborg. *Ciência do direito penal e jurisprudência*. Trad. Luís Greco. *RBCCrim*, vol. 14, n. 58, São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 2006, p. 105-113, p. 113).

4. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 2. ed. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 21-22.

5. “Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for ministro do STJ, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim porque a maioria de seus integrantes pensa como estes ministros. Esse é o pensamento do STJ e a doutrina

A redescoberta contemporânea do sistema romano-germânico pelos juristas de *Common Law* deveu-se, em grande medida, a John Henry Merryman, que realizou pesquisa rigorosa sobre o método, as escolas e os fundamentos do Direito que se desenvolvia no continente. O interesse de John Henry Merryman foi despertado quando ele notou que havia um Direito dos *professores* e não um Direito dos *juizes*, como é o existente em sua pátria, os Estados Unidos da América.⁶

É sobre a crise desse Direito dos *professores*, nascido dos que ensinam (e por isso também aprendem, *docendo discimus*) o objeto deste artigo. O exame do problema posto demandará a abordagem de três questões: (i) que é a doutrina e para que ela serve; (ii) quais as razões da crise da doutrina em nosso tempo; (iii) como devem se relacionar a doutrina e a jurisprudência contemporaneamente. A conclusão do estudo, além da sistematização de seus resultados, procurará responder, tanto quanto possível, qual a vocação da doutrina em *nosso tempo*. Não por acaso, esse é o subtítulo do artigo.

2. QUE É DOCTRINA E QUAL SUA FUNÇÃO?

2.1 Origens etimológica e teológica da doutrina

A palavra doutrina, segundo a boa etimologia, é oriunda do latim (*doctrina, ae*) e refere-se a *docere*, ensinar. Em português, a palavra “acumulou os significados de ‘ciência, saber, erudição, ensino’”.⁷ Os antigos Pais da Igreja, no movimento conhecido como Patrística, elaboravam obras de *doutrina* para os recém-convertidos à fé verdadeira do Cristo. Eles escreviam a partir de seus ensinamentos nas pregações ao povo. Surge a noção da *doutrina* da igreja, os ensinamentos baseados na autoridade (moral e intelectual) dos homens que

que se amolde a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico – uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja” (AgRg nos EREsp 319.997/SC, 1.ª Seção, j. 14.08.2002, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, rel. p/ acórdão Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 07.04.2003, p. 216). Há incisiva contestação – doutrinária – dessas palavras no seguinte ensaio: STRECK, Lenio Luiz. Ao contrário do ministro, devemos nos importar (muito) com o que a doutrina diz. Disponível em: [http://ultimainstancia.uol.com.br]. Acesso em: 01.08.2008.

6. MERRYMAN, John Henry. *The Civil Law tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latin America*. 3. ed. Palo Alto: Stanford University Press, 2007, passim.

7. HOUAISS, Antonio. *Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa*. Verbetes “doutrina”. Disponível em: [http://houaiss.uol.com.br]. Acesso em: 01.08.2008.

conviveram com Jesus ou com seus primeiros discípulos e, com base na sucessão apostólica, transmitiam essas verdades aos cristãos. O bispo, na sé diocesana, possuía uma cadeira, de onde, sentado, ensinava aos assistentes as verdades eclesiais. Essa cadeira era a cátedra, daí se falar em igreja catedral.

2.2 Diferentes acepções da doutrina

2.2.1 Considerações iniciais

Essa concepção teológica de doutrina foi transposta para o Direito. Nesse processo de adaptação, surgiram diferentes acepções de *doutrina*: (i) é a opinião de certos juristas, unanimemente respeitada e consolidada no tempo, que ganhou força normativa por ato do soberano, tornando-se verdadeira fonte do Direito; (ii) é o conjunto de princípios extraídos das decisões judiciais, por meio de indução, que se tornam aplicáveis a outros casos, como autênticos modelos; (iii) é o ensinamento dos mestres (*magister*) da ciência do Direito, proferido em razão de sua autoridade universitária ou de seu reconhecimento pelos pares como saber digno de acatamento uniforme e reiterado.

2.2.2 Primeira acepção: (a) doutrina obrigatória pela vontade do príncipe

A acepção (a) tem bons exemplos históricos. No Dominado, em Roma, a decadência dos costumes não se limitou à sociedade imperial e chegou ao Direito. Houve explosão de glosas e comentários a textos de leis, *senatusconsultos*, editos dos pretores e sentenças de grandes expoentes da jurisprudência clássica.⁸ Essa prolífica criação doutrinária deu causa a abusos, seja por meio de escritos que deturpavam obras antigas, seja pela utilização de citações

8. Modernamente, a palavra “jurisprudência” é usada para referir o conjunto de decisões dos tribunais. Esse não é o único sentido, porém. Jurisprudência (*iurisprudencia*) é a ciência do Direito, como ainda se usa no idioma alemão, a atividade cometida ao *prudens* (o perito em matéria jurídica) de *ius dicere* (dizer ou interpretar o Direito). Os jurisprudentes eram inicialmente os pontífices, sacerdotes romanos da religião pagã. Com a dessacralização do Direito, em fins do século IV e início do século III a.C., a atividade foi assumida pelos estudiosos da ciência jurídica. A era de ouro da jurisprudência corresponde ao período entre 27 a.C. (Otávio Augusto) e 235 a.C. (dinastia dos Severos). São representantes desse período, dito clássico, os juristas Gaio, Papiniano, Paulo, Ulpiano e Modestino. Alguns deles foram mortos por razões de Estado, ante haverem feito a opção pelo rigor de suas posições científicas em detrimento da vontade do imperador. Papiniano, *ad exemplum*, foi condenado à morte por Antonino Caracala em decorrência de sua negativa a justificar o homicídio praticado pelo imperador contra seu próprio irmão (IGLESIAS, Juan. *Derecho romano*. 12. ed. Barcelona: Ariel, 1999, p. 36-38). A. Santos Justo (*Direito privado romano: parte geral* (Introdução. Relação jurídica.

capciosas, apresentadas a juizes incultos, falsamente atribuídas a renovados jurisprudentes do passado. A mais famosa intervenção de Roma contra essas práticas foi a “Lei das Citações”, de 426, uma Constituição imperial baixada por Teodósio II e Valentiniano III, pela qual se reconheceu a autoridade dos juriconsultos Gaio, Papiniano, Paulo, Ulpiano e Modestino.⁹ Esses eram os únicos doutrinadores recitáveis em petições e julgamentos. Ressalvavam-se os autores por eles referidos, desde que se trouxesse a fonte original comprobatória da citação. Esse conjunto de juristas recebeu o nome sugestivo de “Tribunal dos Mortos”, pois se realizava o cotejo de suas opiniões e, no caso de divergência entre elas, prevalecia a tese seguida pela maioria. Se houvesse empate, a *opinio* de Papiniano preponderaria.¹⁰

Na Idade Média, no Reino de Castela, houve atos normativos que reconheceram a autoridade das opiniões de Bartolo de Saxoferrato e Baldo de Ubaldis, com a “Lei das Citações de Madri”, baixada por El-rey D. João II.¹¹

Em Portugal, as Ordenações Afonsinas (1446-1447) definiram como fontes do Direito lusitano a lei, o costume e o estilo da corte, este último correspondente à jurisprudência dos altos tribunais, marcada pela idéia de reiteração e de constância.¹² Como instrumento de integração das lacunas, indicavam-se o Direito Romano, o Direito Canônico, a glosa de Acúrsio, as opiniões de Bártolo e a vontade do rei.¹³ Ainda aqui, a doutrina (glosa e opiniões) assumia o caráter de fonte jurídica por reconhecimento do Estado. Ela era *veículo* do Direito não por ser doutrina, mas por se equiparar à norma jurídica. As Ordenações Manuelinas (1521) abrandaram a relevância da glosa e admite-se o recurso à *opinio communis doctorum* para se combater os excessos nas citações de Acúrsio e de Bártolo.¹⁴

2.2.3 Segunda acepção: (b) doutrina jurisprudencial

A acepção (b) é denominada de *doutrina jurisprudencial*. Essa nomenclatura equívoca, pois confunde o trabalho das cortes de justiça com a “opinião

Defesa dos direitos). 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2006, vol. 1, p. 56) adverte que “a *iurisprudencia* romana aproxima-se da doutrina actual”.

9. MATOS PEIXOTO, José Carlos de. *Curso de direito romano: Parte introdutória e geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, t. I, p. 120.

10. MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, vol. 1, p. 44.

11. DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil*. 11. ed. Madrid: Tecnos, 2005, vol. 1, p. 161.

12. ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *História do direito português*. Coimbra: Almedina, 2000, vol. 3, p. 304-308.

13. Idem, p. 308-317.

14. Idem, p. 314-316.

dominante” dos doutores, equiparando-as, encontra certo prestígio entre autores contemporâneos. Seu conteúdo deriva da união de sentenças e de escritos (comentários, artigos, manuais), que servem de fundamento às decisões dos juizes, os quais formam a *opinio iuris* (opinião dominante). Por meio dessa doutrina concretizar-se-iam cláusulas gerais (boa-fé, bons costumes) e permitir-se-ia a evolução do Direito.¹⁵

Luis Díez-Picazo e Antonio Gullón também mencionam a existência de uma “doutrina jurisprudencial”, que viria a ser “um corpo de doutrina, que possui a autoridade que lhe proporciona o órgão da qual emana e que deve entroncar-se nas funções que dito órgão realiza em relação com o ordenamento jurídico”. Em regra, para esses autores, o órgão com autoridade para criar essa doutrina é o Tribunal Supremo, equivalente espanhol ao brasileiro Superior Tribunal de Justiça. Desse modo, a doutrina jurisprudencial apresentaria três funções: (i) *interpretativa em sentido estrito*, por meio da qual o Tribunal Supremo estabeleceria o alcance, a inteligência ou o significado de expressão ambígua ou obscura de determinado preceito de lei; (ii) *integradora*, de nitida feição criativa, que permite estender preceitos legais ou conceitos indeterminados a casos não regidos por normas específicas; (iii) *veículo para aplicação dos princípios gerais do Direito*, os quais pré-existem à jurisprudência e são fontes autônomas do Direito, mas que recebem a consagração pela jurisprudência no caso concreto.¹⁶

2.2.4 Terceira acepção: (c) doutrina propriamente dita

A terceira acepção (c) é a que se enquadra no conceito contemporâneo de doutrina.

Crê-se que a doutrina como *ensinamento magisterial*, para os fins de delimitação e conceituação ora empreendidos, deve ser distinguida de espécies aproximadas, que se opta por denominar de *doutrina-norma* e *doutrina-parecer*. Examinem-se essas duas espécies:

1) *Doutrina-norma*: É a existente em algumas fases da História, como sendo a *opinio iuris* indicada expressamente em lei como regra jurídica, ao estilo da constituição do Tribunal dos Mortos. É o equivalente moderno da doutrina reconhecida pelo príncipe com força normativa (acepção [a]). Nos dias atuais, tem-se como resquício dessa natureza normativa da produção intelectual os pareceres vinculantes da Advocacia-Geral da União, que, se aprovados e publicados juntamente com o despacho presidencial, obrigam a Administração

15. HORN, Norbert. *Introdução à ciência do direito e à filosofia jurídica*. Trad. Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Safe, 2005, p. 58.

16. DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. Op. cit., p. 157-158.

Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento.¹⁷ O concurso do despacho do presidente da República empresta caráter genérico ao parecer e faz com que suas conclusões dilatam-se a outras hipóteses de fato. As opiniões nele contidas não valem pela autoridade de quem as proferiu, tão-somente, mas por seu reconhecimento formal pelo chefe do Poder Executivo, após obediência a procedimento legalmente estabelecido.

II) *Doutrina-parecer*: A contratação de advogados para que se pronunciem sobre determinado direito controvertido em juízo ou em fase prejudicial é prática antiga. Confunde-se com as próprias origens do Direito. Os antigos jurisperitos romanos começaram suas atividades por meio das respostas a questionamentos dos interessados, que com eles se aconselhavam sobre a melhor forma de propor uma ação ou de como se conduzir em juízo. A função de *respondere*, “resolver casos práticos, através de pareceres (*responsa*) dados a particulares ou a magistrados”, era considerada a mais importante de entre todas as atribuições da *iurisprudencia* (a ciência do Direito em Roma), como salienta A. Santos Justo.¹⁸ Nesse contexto histórico, essa atividade era *descomprometida*, porquanto não se admitia qualquer compensação pecuniária (D. 50, 13, 1, 5).¹⁹

Na atualidade, a regra é o pagamento por essas respostas jurídicas. A esperada isenção do parecerista ante quem lhe paga por uma opinião jurídica foi objeto de irônica crítica por Piero Calamandrei. O autor italiano ataca com ferocidade o expediente de se acostarem às petições os pareceres “a que chamam ‘para a Verdade’, como se quisessem nos fazer crer que, nessas consultas pagas, não pretendem atuar como patronos partidários, mas como mestres desinteressados que não se preocupam com as coisas terrenas”.²⁰

A visão do Direito como ciência (ou arte, ao estilo de alguns) *neutra* é atualmente criticável.²¹ A tomada de posição ideológica, ainda quando se afirma não o fazer, é inerente à natureza do pensamento jurídico, como de

17. Art. 40, § 1.º, LC 73, de 10.02.1993, DOU 11.02.1993.

18. SANTOS JUSTO, A. Op. cit., p. 86.

19. “Na época republicana é eminentemente criadora e tem por suporte uma *auctoritas* (saber socialmente reconhecido) inequivocamente expressa na consideração dos *iuris periti* como *principes civitatis* e da sua casa como *oraculum civitatis*; e protegida na recusa de qualquer compensação pecuniária” (SANTOS JUSTO, A. Op. cit., p. 87).

20. CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juizes, vistos por um advogado*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 37.

21. VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria pura do direito: repasse crítico de seus principais fundamentos*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 174 e ss. (com robusta fundamentação filosófica e epistemológica sobre o fim da “era da inocência” no mundo científico); ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo:

resto essa é uma decorrência do reconhecimento da *impureza* humana. Não há neutralidade em assuntos humanos, como afirma Arnaldo Vasconcelos.

Feita essa observação, é também equívoco admitir que a falta de neutralidade no Direito confunde-se com a admissão pura e simples do parecer como uma peça doutrinária de semelhante dignidade a um manual ou a uma tese de doutorado. Na Alemanha, até agora pelo menos, existe sensível diferença entre a função magisterial e a função operativa, respectivamente atribuída a professores e a advogados (e, por extensão, a juizes e promotores). Dos primeiros espera-se a emissão de juízos tendencialmente abstratos e ligados ao plano teórico. Aos segundos, por sua atividade profissional, aguarda-se o fornecimento de casos concretos, os quais findarão em acórdãos e, por sua vez, tendem a constituir a jurisprudência, índice de aplicação (maior, menor ou nenhuma) das teorias. Dividem-se bem os planos e, por assim, o parecer não é considerado como peça doutrinária autônoma, ainda que ele haja influenciado o juiz da causa. Em países como a Itália e o Brasil, no entanto, há essa íntima vinculação entre a vida acadêmica e o universo operativo do Direito. Daí a importância de se qualificar o parecer como obra doutrinária (ou não).

A resposta mais simples, e também reducionista, seria atribuir aos pareceres, como sugere causticamente Piero Calamandrei, valor idêntico ao de petições iniciais, de respostas do réu ou de arrazoados dos recorrentes. Peças comprometidas, *ab initio*, com teses de interesse dos litigantes e, por isso, não-servíveis a ocupar a nobre função doutrinária. Na prática, essa questão assume contornos ainda mais delicados quando se recorda de casos, bastante comuns, de pareceristas que são autores de manuais ou lições de Direito. Alguns juizes, inspirados ou não pelos adversários, transcrevem trechos das obras didáticas dos pareceristas, nos quais figuram opiniões bem diversas das contidas nos pareceres. A leitura das sentenças ou dos acórdãos chega a ser constrangedora, pois se utilizam das opiniões doutrinárias dos livros para negar o direito da parte sob o patrocínio do doutrinador-advogado.

Por outro lado, há pareceres históricos que introduziram novos institutos ou renovaram a dogmática de modo radicalmente positivo. Esses pareceres, que efetivamente mereceram emprego em processos judiciais e defenderam pontos-de-vista interessantes para os contendores, depois foram publicados em revistas especializadas ou integraram coletâneas, com grande interesse para a ciência jurídica.²² Como lhes negar valor? O tempo e a consagração das idéias

Malheiros, 1995, p. 30 (especificamente sobre a diferença entre imparcialidade e neutralidade do juiz, o que se estende ao próprio Direito).

22. A título de exemplo, citem-se as obras seguintes: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004 (com parecer que introduziu no Direito brasileiro a doutrina do terceiro cúmplice); AZEVEDO,

neles contidos, a despeito de sua origem, deram-lhes relevância para o Direito. Há, também, pareceres emitidos por membros dos órgãos da procuratura das Fazendas Públicas (advogados da União, procuradores dos Estados ou dos municípios) e do Ministério Público, a despeito de sua aprovação superior (com caráter vinculante) ou seu uso como peças processuais, que se podem submeter a esse processo de abstração superveniente da origem administrativa ou contenciosa. O transcurso do tempo, sua originalidade e seu impacto na transformação de institutos jurídicos podem atuar para a descaracterização de seu propósito originário.²³

A solução aqui proposta é intermediária. A *doutrina-parecer* é de ser considerada a opinião oferecida por um jurista a cliente, para lhe servir em negócios extrajudiciais ou em ações, tendo como destinatário o magistrado e, por assim, merecedora de valoração específica, considerados seus vínculos imediatos com o interesse posto sob seu crivo. Posteriormente, desligada do caso concreto e submetida à comunidade jurídica, aquela contribuição *poderá* assumir natureza doutrinária. O tempo e a autoridade do subscritor farão com que se decantem os elementos estritamente parciais da *opinio*, porque realmente inseridos em uma disputa de interesses, e do parecer se extraíam resultados apreciáveis à ciência do Direito.

2.3 A visão da doutrina na dogmática e na lei

Excluídas a *doutrina-norma* e a *doutrina-parecer*, com as mitigações propostas em relação à última, volte-se para a doutrina na acepção (c), entendida como *ensinamento magistral* (*ex magister*, do mestre).

Parte significativa dos livros de Introdução à Ciência do Direito, de Teoria Geral do Direito ou de Direito Civil aponta que a doutrina, entendida como o produto cultural dos cientistas jurídicos, é uma fonte do Direito, ao lado da lei, dos costumes e dos princípios gerais do direito.²⁴ Com menor ênfase, mas

Álvaro Villaça. Contrato atípico misto e indivisibilidade de suas prestações. RT, vol. 89, n. 778, São Paulo: Ed. RT, ago. 2000, p. 115-134; BARBOSA, Ruy. Inadimplemento de contrato Madeira-Mamoré Railway Co.: direitos da concessionária a perdas e danos: remédio jurídico; parecer. *Trabalhos jurídicos*. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1962. vol. 40, t. II, p. 103-117; BEVILAQUA, Clóvis. *Soluções práticas de direito*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1923-1945. 4 vol. (coletânea de pareceres).

23. É o caso, no Direito Público, dos pareceres de José Horácio Meirelles Teixeira, Hely Lopes Meirelles e Francisco Campos, cujos ecos se fazem ouvir nas modernas obras doutrinárias ou influenciaram no modo de ser de figuras ou institutos jurídicos.

24. VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da norma jurídica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 276; GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. 33.

lhe conservando certo prestígio, encontra-se sua qualificação como fonte de modelos dogmáticos.²⁵

A doutrina na acepção (c) revela seu fundamento na autoridade dos juristas que a produzem. A doutrina não teria força vinculante, mas orientaria os aplicadores do Direito e seus intérpretes, a saber, os juízes e os agentes administrativos encarregados dessa função. Ela também serviria como farol iluminador dos caminhos a serem trilhados pelos legisladores.²⁶ A crítica doutrinária abriria margem para a edição de novas leis, que criariam institutos anteriormente inexistentes; suprimiriam outros, por inadequados, e corrigiriam os desvios dos que se acham em vigor.²⁷ Seria, ainda, pela porta da doutrina que entrariam para o Direito concepções, figuras e teorias jurídicas novas, que, após serem apresentadas aos juízos pelos advogados, transformavam-se em jurisprudência e, ao fim de certo tempo, eram recolhidas pelo legislador e normatizadas.

Nesse sentido, a Reforma do BGB de 2002, não deveria ser entendida como a legitimação do Direito pretoriano pelo legislador e sim a prova dos sucessos da doutrina, incorporada pelos tribunais e que, ao cabo de cem anos, finalmente mereceu o reconhecimento dos congressistas alemães. A teoria da alteração da base do negócio jurídico, que possui a vertente francesa (teoria da imprevisão) e italiana (teoria da onerosidade excessiva), é o exemplo desse processo de interferência criativa da dogmática.²⁸ Assim também o abuso do direito, a exceção de pré-executividade, o dano moral independente do dano material ou a função social da propriedade.

ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 129-132. Nos manuais de Direito Civil: VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. vol. 1, p. 18-19; NADER, Paulo. *Curso de direito civil: parte geral*. 4. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007. vol. 1, p. 112 (apontando a doutrina como fonte indireta do Direito).

25. REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 176. Negando à doutrina a natureza de fonte do Direito, mas concedendo-lhe a função participativa na “formação legislativa ou costumeira do Direito, influenciando nela tão só pelo rigor científico ou técnico de suas soluções”: DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito*. 5. ed. Trad. Antônio José Brandão. Coimbra: Arménio Amado, 1979, p. 430.

26. ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral. Uma perspectiva luso-brasileira*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 230.

27. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 19. ed. rev. Atualizado por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 44.

28. MORIN, Gaston. Le rôle de la doctrine dans l'élaboration du droit positif. In: AA.VV. *Annuaire de l'Institut de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*. Paris: Sirey, 1934, p. 64.

O ordenamento jurídico brasileiro consigna textualmente a doutrina em duas normas legais: (i) “a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações” tem a função de “meio auxiliar para a determinação das regras de direito” nos julgamentos da Corte Internacional de Justiça, criada com a Carta das Nações Unidas;²⁹ (ii) é conduta sancionável administrativamente a deturpação do sentido de citação doutrinária para “confundir o adversário ou iludir o juiz da causa”.³⁰ Em dezenas de outros diplomas, fala-se em “doutrina militar” ou em doutrina como sinônimo de conjunto de posições ideológicas subversivas.³¹ Não se concedeu à doutrina o privilégio de ser acolhida expressamente como *fonte do direito*, ao estilo da equidade (art. 8.º, CLT; art. 108, CTN); da jurisprudência (art. 8.º, CLT); dos costumes (art. 126, CPC; art. 7.º, CDC) ou dos princípios gerais do direito (art. 3.º, CPP; art. 108, CTN).

2.4 Conceito de doutrina proposto

2.4.1 Conceito e elementos

Convém sistematizar as asserções até agora apresentadas.

A doutrina é o conjunto de *opiniões postas* pelos juristas sobre o Direito, seu fundamento, seus institutos, suas figuras e o modo de sua aplicação, com a *finalidade* de criá-lo e interpretá-lo.

Há, nesse conceito, três elementos fundantes: a opinião posta (o meio), o jurista (o agente causador) e a criação e a interpretação do Direito (o fim).

2.4.2 Primeiro elemento: opinião posta (disponível)

O primeiro elemento, a *opinião posta*, exige esclarecimento prévio. A tradição cientificista, que teve seu auge no século XIX e prosperou até meados

29. Dec. 19.841, de 22.10.1945, DOU 05.11.1945, que promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça (art. 38), assinada em São Francisco, a 26.06.1945, por ocasião da Conferência da Organização Internacional das Nações Unidas.

30. Art. 34, XIV, da Lei 8.906, de 04.07.1994, DOU 05.07.1994, dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB.

31. No primeiro caso (doutrina com sinônimo de doutrina militar), cite-se, por todas, a LC 97, de 09.06.1999, DOU 10.06.1999, que dispõe sobre as normas gerais para a organização, o preparo e o emprego das Forças Armadas, cujo § 1.º do art. 13, se diz que “o preparo compreende, entre outras, as atividades permanentes de planejamento, organização e articulação, instrução e adestramento, desenvolvimento de doutrina e pesquisas específicas, inteligência e estruturação das Forças Armadas, de sua logística e mobilização.” Quanto ao segundo caso (doutrina como sinônimo de idéias filosóficas), anote-se o art. 11, § 2.º, c, da Lei 1.802, de 05.01.1953, DOU 07.01.1953, relativa aos Crimes contra o Estado e a Ordem Política e Social, que declara não constituir propaganda tipificável como criminosa “a exposição, a crítica ou o debate de qualquer doutrina”.

do século XX, criou compartimentos separando a ciência (exata, objetiva, neutra, causal, empírica, metódica, provável por meio de experimentos controlados) e as artes, bem assim outros conhecimentos suportados em critérios subjetivos, extraídos do senso comum, dos valores coletivos e, por essa razão, insusceptíveis de verificação. Nesse contexto, a *opinião* é uma assertiva, um juízo pessoal sobre um fato, logo subjetivo, sem controle por grupos-teste e sem valor científico. De partida, se *doutrinar* é *opinar*, a doutrina não merece respeito científico. A ciência contemporânea, todavia, não resistiu a ela própria. A teoria da relatividade (Albert Einstein), o princípio da incerteza (Werner Heisenberg) e a física quântica (Max Planck) abalaram as *certezas* de uma ciência exata, ao menos nos moldes clássicos da era inaugurada por sir Isaac Newton.³² Essa virada científica refletiu-se na Filosofia e na Epistemologia e faz com que a doutrina possa ser levada a sério como forma de produção de conhecimento. Admita-se que o Direito não é ciência e sim uma arte, como já enunciavam os romanos – *jus est ars boni et aequi* (o Direito é a arte do bom e do equitativo). Com maior fundamento, a doutrina é de ser aceita como uma opinião, um juízo sobre um objeto, emitido por um sujeito cognoscente, baseado em reflexões, conjecturas, refutações ou, em certos casos, no exame indutivo, como se dá no estudo da jurisprudência. Nesse sentido, o Direito-arte (e não Direito-ciência) torna mais aceitável a idéia de doutrina como um conjunto de opiniões. Em quaisquer das vinculações, ciência ou arte, o mero estado de subjetividade da doutrina não mais pode ser encarado como causa do déficit de valor de sua autoridade. E, até por isso, tem-se o resgate da fórmula consagrada da “comum opinião dos doutores” (*communis opinio doctorum*).

Muito bem, isso está claro. Mas, por que falar em opinião *posta*? Sim. Não é a simples opinião, pensada e não declarada, ou meramente declarada, que serve à formação do conceito de doutrina. Faz-se necessário que ela seja *posta*, disponível. Com isso, a opinião dos doutores há de ser apresentada à comunidade jurídica. Os meios para assim o proceder são tão antigos quanto o Direito: livros, escritos, artigos, ensaios, teses. Apesar das mídias eletrônicas, a doutrina ainda é a opinião posta em *fólios*. Com a evolução tecnológica, tem-se hoje a doutrina posta (*rectius*, disponível) em meio digital. Essa mudança de suporte da disponibilidade, bem como o barateamento e a ampliação descomunal do

32. VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria pura...* cit., p. 176-177. Ressalve-se, porém, que isso não significa o total “colapso da visão mecanicista do mundo”, como adverte Friedrich Müller (*Teoria estruturante do direito*. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Ed. RT, 2008, p. 13). Há ainda espaço para o mecanicismo na Física, só que em experimentações restritas e sem mais a pretensão universal que se lhes reconhecia até o século XX e o surgimento das novas teorias quântica, da relatividade e da incerteza.

acesso a esses meios na sociedade contemporânea, criaram sérios problemas à autoridade da doutrina, como já ocorridos na decadência do Império Romano e merecerão estudo na próxima secção. Por enquanto, fica-se com a qualificação da *opinio* como necessariamente disponível.

2.4.3 Segundo elemento: jurista-doutrinador

A *opinião posta* ou *disponível* é de ser criada por alguém, os doutores. No caso do Direito, chamam-se *juristas*. Na elegante definição de doutrina oferecida pela Conferência das Nações Unidas, tornada *direito positivo* no Brasil, ela assim é considerada quando produzida pelos “juristas mais qualificados das diferentes nações”. Não é necessário ir tão longe. A doutrina *nacional* é suficiente, embora possam ser utilizados – e é muito conveniente que assim o seja – os ensinamentos de juristas de outros países. E quem são os juristas? Os jurisconsultos, jurisprudentes, na linguagem antiga dos romanos. Os homens de grande conhecimento do Direito, que estudaram sua natureza, seus fundamentos, suas normas, sua história, e, além disso, compreendem a interação dos elementos axiológico e fático com o elemento normativo.

Objetivamente, ter-se-iam nesse grupo os professores de Direito; os autores de obras jurídicas e os juízes ou os legisladores, quando escrevam na qualidade de estudiosos do Direito e não pela autoridade que o Estado lhes conferiu, ao exemplo dos famosos *justices* norte-americanos como Benjamin Cardozo, Black ou Holmes. Reitere-se. Neste último caso, a autoridade de suas opiniões é a que surge de seu reconhecimento como jurisconsultos e não por serem juízes. Mais ainda. O *locus* da doutrina – na acepção estrita – por eles elaborada não está em seus acórdãos ou em suas sentenças, mas em seus livros ou artigos.

Este não é o momento, ainda, para discutir o problema da restrição ou da ampliação excessiva do conceito de *jurista-doutrinador*. A esse problema, dedicar-se-á a secção posterior. Registre-se, por agora, que não basta ser jurista para que se tenha um doutrinador. É necessário que esse *doctor* cerque-se de alguns requisitos. Ele escreve para transmitir conhecimentos. Ele é um *docente*, ele ensina, ainda que não possua uma cátedra formal. O jurista-doutrinador também há de escrever, criar, produzir conhecimento. Não basta ser um jurisperito, se não fecunda suas idéias e as faz divulgar. Daí ser requisito escrever e, mais que isso, aceitar submeter suas opiniões à apreciação, à crítica e ao controle da comunidade jurídica.

Em arguição de concurso de provas e títulos para o cargo de professor livre-docente da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, João Baptista Villela produziu uma das mais elegantes definições dos requisitos

necessários para se habilitar a esse mister.³³ Por sua adequação ao objeto deste artigo, faz-se a transcrição de passagem um tanto extensa de suas palavras:

“O candidato se declara expressamente na ‘busca do grau de livre-docência na Faculdade de Direito Largo São Francisco’ (p. 6 da tese). Devo dizer-lhe, preliminarmente, que a Livre-Docência não é um grau que se possa buscar. É, antes, uma habilitação a que se candidata e que, obtida, se traduz no reconhecimento da *venia legendi*, se posso retomar a expressão do bom e decantado sabor medieval (cf. a propósito, J. F. Niermeyer e C. van de Kieft, *Mediae Latinitatis Lexicon Minus*, vol. 1, 2. Überarb. Aufl. Darmstadt: Wissenschaftl. Buchgesellschaft, 2002, verbo *legere*).³⁴

Conferir a habilitação significa certificar que o candidato se encontra capacitado ao exercício do magistério na sua expressão plena e acabada. Isto é, que está apto a:

1. lecionar, com proficiência em todos os níveis do ensino superior;
2. formar recursos humanos para a constituição e reposição dos quadros docentes;
3. dirigir e fomentar grupos de estudo;
4. fazer nascer escola ou linha de pensamento pela mobilização de experiência, talento e espírito criativo;
5. intervir, com representatividade e níveis aceitáveis de excelência, em congressos e reuniões científicas no País e no Exterior;
6. produzir textos doutrinários de qualidade.”³⁵

Conquanto extensos e vinculados ao exercício da livre-docência, muitos desses requisitos servem à qualificação de um doutrinador: (i) boa, plural e fecunda formação jurídica; (ii) capacidade de mobilizar experiência, talento e espírito criativo; (iii) aceitação, acatamento ou reconhecimento de suas

33. A livre-docência é um título acadêmico concedido no Brasil, por uma instituição de ensino superior, por meio de concurso público, tão-somente aos que possuem o título de Doutor, e que confere a seus titulares o reconhecimento de uma qualidade superior na docência e na pesquisa. Seu fundamento normativo está na Lei 5.802, de 11.09.1972, que dispõe sobre a inscrição em prova de habilitação à livre-docência, e na Lei 6.096, de 05.09.1974, que prorroga o prazo estabelecido no parágrafo único do art. 1.º, da Lei 5.802, de 11.09.1972.

34. *Venia legendi*, expressão utilizada por João Baptista Villela, tem significado específico de habilitação para o título de *Privatdozent*, a equivaler ao livre-docente no Brasil.

35. VILLELA, João Baptista. Livre-docência: apontamentos de uma arguição. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, vol. 143, jul.-set. 2006, p. 40-41.

opiniões em encontros científicos, nos tribunais e em meios idôneos de divulgação doutrinária, com controle e sindicância pelos pares (conselhos editoriais representativos e rigorosos).

Três inferências mediatas são extraíveis do que se afirmou sobre o *jurista-doutrinador*.

I) O magistério é condição importante para ser doutrinador. Dir-se-ia em outros sistemas, como o alemão, que é necessária essa condição. Dadas as peculiaridades brasileiras, não se revela adequada essa causalidade. Com isso, tem-se a possibilidade de haver o *magistério doutrinário* sem que o jurista seja titular de uma cátedra. Tanto melhor que o seja, mas não é essa uma qualidade *sine qua non*. Sobre isso há, ainda, uma lamentável observação empírica: o acesso à cátedra, especialmente por concurso público, não representa o elemento legitimador que se pressupõe. Recuperando a bela terminologia da *venia legendi*, encontra-se o paralelo entre essa e a aprovação em concursos públicos para universidades. O postulante à *venia legendi* ganhava o reconhecimento dos doutores para que se tornasse um *lente* (*lecture*, no idioma inglês) na universidade. Mal comparando, ele exercia a função do leitor (e é esse o significado da palavra *lente*) dos Evangelhos na missa. O bispo, sentado na *cátedra*, pregava o sermão. Analogicamente, o professor *catedrático* (hoje *titular*, por efeito da legislação em vigor no Brasil), que representa o cargo máximo na estrutura da docência superior, equivale ao bispo, daí se exigir dele algo mais do que a mera reprodução do pensamento alheio.

Hoje em dia, a obtenção do cargo de professor é marcada por expedientes não pouco raros de favoritismo, pessoalidade e auto-referência, com as escolas de Direito repudiando o acesso de professores formados em outras instituições ou que não integrem certas camarilhas. A certeza de que essa tragédia não é (exclusivamente) brasileira tem-se pela leitura de Pietro Perlingieri:

“A crise, infelizmente, é tal e tão grave que se insinua entre os componentes da Justiça, especialmente advogados e magistrados; tal e tão grave é, também, a crise da docência e da pesquisa, principalmente no setor das ciências humanas e sociais. A pouca seriedade dedicada à própria formação e à de terceiros, a desenvoltura decadente que circunda todas as formas de recrutamento cada vez mais privilegiando o nepotismo, e a perda de credibilidade das instituições contribuem à ineficiência, frustrando toda e qualquer ilha fundada na dedicação.”³⁶

A primeira inferência é a de que o jurista-doutrinador *deveria ser* um docente, mas, dadas as condições atuais, a produção dogmática há de ser aceita como válida ante o preenchimento dos requisitos propostos por João Baptista

36. PERLINGIERI, Pietro. Op. cit., p. 24.

Villela, com as necessárias mitigações. Logo, afirmar que a doutrina é o *direito dos professores*, não exclui totalmente aqueles juristas alheados das cátedras universitárias. Em certas circunstâncias e instituições, infelizmente, não *ser professor* talvez seja um mérito para o doutrinador. Parafraseando Ruy Barbosa, de tanto ver triunfar as nulidades, o doutrinador honesto sente vergonha de o ser.³⁷

II) Em seguida, observe-se que o *doutrinador* tem de se notabilizar por sua cultura, sua formação e seu conhecimento científico (ou, como querem, artístico) do Direito. Os modos de se *aferrar* essas qualidades são formais: obtenção de títulos universitários;³⁸ aprovação e ingresso na carreira docente superior;³⁹ produção científica; exposição de suas idéias em textos publicados em órgãos idôneos, com controle de pares. A revelação *material* dessas qualidades observar-se-á pelo acatamento das idéias do doutrinador pelos tribunais e pela comunidade científica, seja pela formação ou alteração de correntes jurisprudenciais, a partir do ensinamento dogmático, seja pela formação de escolas de pensamento.

Nesta secção, adiantou-se o problema da perda de credibilidade na concessão de títulos e de cargos acadêmicos. Essa questão será cuidada ao final deste estudo com maior profundidade. Na secção seguinte, será exposta a grave crise gerada para a própria doutrina pela excessiva produção jurídica. Por enquanto, conservem-se esses critérios como definidores formal e materialmente da qualidade do jurista-doutrinador.

III) A terceira e última inferência está em que não se considera doutrina a produção jurídica com funções *normativas* ou ligada ao poder e a interesses privados concretos. E, por isso, não será doutrinador o que emite opiniões jurídicas aprovadas pelo Estado e tornadas aplicáveis a casos concretos. Sobre isso já se expôs acima. Mas, cabe um aprofundamento. O doutrinador é neces-

37. O célebre discurso de Ruy Barbosa, jurista e Senador brasileiro, tem a seguinte oração: “De tanto ver triunfar as nulidades, de tanto ver prosperar a desonra, de tanto ver crescer a injustiça, de tanto ver agigantarem-se os poderes nas mãos dos maus, o homem chega a desanimar da virtude, a rir-se da honra, a ter vergonha de ser honesto” (BARBOSA, Ruy. *Obras completas*. Rio de Janeiro: Senado Federal, 1914. vol. 41, t. III. p. 86.)

38. Mestrado, doutorado, livre-docência e titularidade.

39. Na Universidade de São Paulo, a organização da carreira acadêmica alcança os seguintes níveis: Professor doutor; Professor associado (com exigência do título de Livre-Docente) e Professor titular (com defesa de tese de titularidade). Nas universidades federais brasileiras, tem-se os cargos de Professor auxiliar (com graduação), Professor assistente (com exigência do grau de Mestre), Professor adjunto (com doutorado) e Professor titular (último nível na carreira, com titulação mínima de doutor).

sariamente um homem *desvinculado de quaisquer compromissos com o poder*, na expressão de Arnaldo Vasconcelos.⁴⁰

A doutrina, e quem a faz, tem a missão de criar o Direito, além da lei, da jurisprudência e do costume. A diferença, e que nobre diferença, é que a doutrina nasce com a nota da altivez acadêmica, a independência do Estado e dos poderes humanos da época. Lembre-se de Papiniano, que foi condenado à morte por Antonino Caracala em face de não legitimar o homicídio praticado pelo imperador.⁴¹

Os estudos elaborados *ad hoc*, para satisfação de interesses privados, também não merecem o nome de doutrina. Acima se fez a exclusão da *doutrina- parecer*, com as necessárias ressalvas dos pareceres publicados em revistas e submetidos ao exame dos pares. Infelizmente, a queda dos custos editoriais fez com que grupos de interesse patrocinassem a publicação de livros monográficos, com textos elaborados sob a forma de artigos, mas essencialmente tendenciosos, como forma de produzir uma falsa impressão de que existe a *communis opinio doctorum* em torno de uma tese. Com isso, toda a doutrina cai em descrédito e perde um dos suportes de sua autoridade, a independência. Nem se esqueça de situações ainda mais vexatórias como a inclusão de pareceres sob a forma de capítulos inteiros em livros de formação de jovens juristas.

2.4.4 Terceiro elemento: finalidade de criar o Direito

Veja-se, agora, o terceiro elemento do conceito de doutrina: expor o fundamento, os institutos, as figuras e o modo de aplicação do Direito, com a finalidade de criá-lo e interpretá-lo.

Levou-se bastante tempo para se admitir que a jurisprudência *cria* o Direito, além da própria lei. As explicações teóricas são variadas. Fala-se em pós-positivismo,⁴² diferença entre *soft cases* e *hard cases*, nova configuração da teoria da separação das funções do Estado. Concluiu-se que a mera *subsunção* da norma ao fato seria insuficiente para a aplicação do Direito.⁴³ Os juízes e agentes administrativos com poder decisório são convocados a valorar autonomamente as normas ou, até mesmo, “a decidir e agir de um modo semelhante

40. VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da norma...* cit., p. 275.

41. A. Santos Justo (Op. cit., p. 88) anota que sempre houve tentativas dos poderes políticos de controlar a atividade dos doutrinadores em Roma.

42. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 237.

43. BARROSO, Luis Roberto. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *RF*, vol. 371. Rio de Janeiro: Forense, jan.-fev. 2004, p. 177.

ao do legislador.”⁴⁴ As raízes dessa nova postura em relação à jurisprudência estão em movimentos teóricos alemães do século XIX e da primeira metade do século XX, ao estilo da *jurisprudência de interesses*, a *hermenêutica concretizadora* e a *tópica*.⁴⁵

Não é este o momento apropriado para se criticar o sincretismo da doutrina e de algumas decisões jurisprudenciais quanto ao emprego desses diversos movimentos como fundamentação contrária ao positivismo e favorável à intervenção judicial ativa, com base no texto constitucional. Registre-se, apenas, o desconforto de se encontrar citações de Ronald Dworkin e Robert Alexy, especificamente sobre ponderação, conflito, regras e princípios, como se houvesse franca uniformidade de pensamento entre esses autores.⁴⁶ Importa sim comentar que a mesma eloquência na defesa da atividade jurisprudencial pelo uso de princípios e na superação do método subsuntivo não se encontra no que respeita à doutrina. Em diversos textos, sempre é enaltecido o juiz, como o herói contemporâneo do pós-positivismo, como se não fosse ele também um agente estatal, da mesma forma que o legislador, e, ainda, bem menos suscetível de controle social.⁴⁷

44. ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 6. ed. Trad. João Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, p. 207.

45. Para um extenso apanhado do enfraquecimento do monismo sob a óptica da doutrina alemã: TORRES, Ricardo Lobo. *Legalidade, tributos contraprestacionais e harmonia entre os poderes do Estado*. *RF*, vol. 384. Rio de Janeiro: Forense, mar.-abr. 2006, p. 162.

46. Para uma crítica aprofundada sobre o sincretismo doutrinário no Brasil, na questão da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre privados: SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 29-38.

47. Como exemplo dessa visão judicializada do Direito, veja-se essa passagem: “A conclusão inarredável é que, respeitado o espaço de discricionariedade legislativa e administrativa, não há limites ao emprego da técnica de ponderação de bens e interesses: o Neoconstitucionalismo consagrou a abertura da Caixa de Pandora, reconhecendo que ao Poder Judiciário cabe inescapável monopólio da última palavra, sendo inútil lançar mão de artifícios com a exigência de cega obediência à lei escrita e a medidas hermenêuticas previsíveis (interpretação literal, sistemática, histórica, teleológica) para proclamar uma falsa segurança jurídica. Na falta de elementos objetivos, o controle de legitimidade da ponderação pelo juiz tem sido realizado pelo exame da argumentação (ou, melhor dizendo, da fundamentação) desenvolvida.” (MARTINS, Samir José Caetano. Neoconstitucionalismo e seus reflexos nas relações jurídicas privadas: em busca de parâmetros de aplicação direta dos direitos fundamentais. *RF*, vol. 393. Rio de Janeiro: Forense, set.-out. 2007, p. 192). Convém registrar que essa tendência não é unânime. Veja-se a séria crítica feita por Carlos Bastide Horbach (*A nova roupa do Direito Constitucional: Neo-constitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos*. *RT*, vol. 96, n. 859. São Paulo: Ed. RT, maio 2007, p. 90): “Já no Brasil, em tempos de ‘neo-constitucio-

É oportuno fazer uma observação sobre o problema do chamado “sistema aberto”, em contraponto ao que se convencionou chamar de “sistema fechado”, tão característico do positivismo do século XIX. A simples admissão da doutrina como fonte do Direito é um gesto eloqüente de quebra de compromisso com a auto-referência legalista. Criticar a supervalorização do decisionismo, portanto, não é tomar partido do velho “sistema fechado” e sim acudir que os mesmos problemas que deram causa ao surgimento da *legislatria* podem, como nuvens no céu, estar a se formar no horizonte.

É demasiado importante referir essa *jurisprudenciolatria* na doutrina, a qual, como se observará na próxima secção, tem sido uma das causas do desprestígio e da crise da dogmática. Adite-se que se a doutrina sacraliza a jurisprudência, em paralelo, esta última tem-se tornado auto-referente e dispensado o concurso da primeira.

2.5 Síntese conceptual

Com essas ressalvas, volte-se ao ponto: a doutrina é fonte criadora do Direito. Ela “está antes da lei, sugerindo-a; está na lei, apoiando-a; e está depois da lei, vivificando-a”.⁴⁸

A doutrina é a liberdade em ação no ato criador do jurídico. Ela não é o Direito, mas seu continente. Como bem afirma Gérard Cornu, a atividade doutrinária é fundamentalmente livre. A disparidade de opiniões jurídicas é um sintoma da independência dos doutrinadores no trato das coisas do Direito.⁴⁹ Não há temor reverencial por súmulas, vinculantes ou não. O doutrinador, muitas vezes, prega a interpretação *contra legem*, quando não defende a própria revogação de uma norma jurídica.

O doutrinador pode ser – e n’alguns casos deve ser – crítico em relação às normas e ao próprio Estado. Espera-se dele a crítica da jurisprudência, severa quando necessário.⁵⁰ É por essa razão que, em alguns sistemas, prefere-se a separação entre o campo académico e o operativo, de molde a preservar a liberdade de crítica dos autores.

nalismo’, quando se afirma ‘sou contra esta lei porque é inconstitucional’, está-se na verdade dizendo: ‘Esta lei é inconstitucional porque sou contra ela!’ (...) Na verdade, essas decisões mostram como o ‘neo-constitucionalismo’ faz com que o direito constitucional deixe de ser uma ciência objetivamente considerada e passe a ser a expressão emocional das intenções do intérprete, o que é reforçado com a conclusão de que, sob a ótica da dogmática constitucional, as velhas e novas técnicas de interpretação em nada diferem.”

48. VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da norma...* cit., p. 276.

49. CORNU, Gérard. *Droit civil: introduction, les personnes, les biens*. 12. ed. Paris: LGDJ, 2005, p. 193.

50. Idem, p. 194.

Ao escrever um livro ou um artigo, no qual se propõe um modo de se interpretar o Direito, o doutrinador poderá transformá-lo. A norma, interpretada com base em suas lições, não será mais aquela primitivamente cogitada pelo congressista.

A junção dos três elementos – doutrinador, opinião e criação do Direito – compõe o quadro conceitual da doutrina, aqui proposto.

2.6 Funções da doutrina

As funções da doutrina mereceram referência nos parágrafos anteriores. A título de sistematização do que já se afirmou, apresentam-se as mais importantes de entre elas: (i) criar o Direito, quando transforma a regra em outra regra, após sua interpretação; (ii) sistematizar o Direito, por meio de constructos teóricos, que procuram agrupar instituições, províncias e figuras jurídicas, por diferentes métodos (aproximação específica, comparatismo, pandectismo, tópica); (iii) reformar as leis e as instituições jurídicas, por meio de estímulos ao legislador, o que se faz com grande superioridade pela doutrina, dada a vantagem de pensar o Direito de modo sistemático, teórico e descompromissado com elementos circunstanciais; (iv) influenciar e criticar as decisões jurisprudenciais, servindo-lhes de fundamento e de meio de reflexão; (v) controlar a atuação judicial, o que deveria ocorrer pelas críticas nos fóruns académicos, simpósios, congressos, livros e ensaios; (vi) criar novos institutos e figuras jurídicas, muita vez a partir da elaboração racional ou da observação dos fenómenos.⁵¹

3. CAUSAS E EXTENSÃO DA CRISE DA DOCTRINA

3.1 Insuficiências do discurso crítico

Na secção introdutória, evidenciou-se o *mal-estar* da doutrina – *rectius*, dos doutrinadores – com o papel que se lhe atribui nos dias de hoje. A sensação é de crise.

51. Em trabalho publicado originalmente no ano de 1944, já oferecia Francisco Clementino San Tiago Dantas uma síntese das funções da dogmática jurídica, que é muito próxima da que ora se formula: “Ela ergue o sistema, explica as relações e a interdependência dos comandos, destaca os institutos inclusos, hierarquiza princípios, faz generalizações, e exerce mesmo um papel revelador da excelência ou da imprestabilidade da lei, quando a submete às deduções extremas e a experimenta nas várias situações práticas possíveis. E é graças a este último aspecto, que os estudos dogmáticos construídos *sobre a lei*, reinvertem na própria legislação os seus melhores produtos, pois muitas reformas e inovações legislativas encontram sua origem, não nos fatos económicos ou políticos, mas na própria elaboração doutrinária que o Direito anterior suscitou” (SAN TIAGO DANTAS, F. C. *Nova dogmática jurídica*. RF: comemorativa - 100 anos, vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 142)

Inventariar as causas e a extensão dessa crise é uma providência necessária. Nesta secção disso se cuidará, não sem antes uma advertência. Esse é um exercício dos mais corriqueiros nos estudos jurídicos atuais: a desconstrução de figuras, categorias ou institutos, por meio da chamada *visão crítica* ou *leitura crítica*. Trata-se de postura sedutora, pois agrada às expectativas de significativa parcela da academia, comprometida com esse discurso, e é conveniente ao estudioso, por colocá-la na cômoda posição niilista de tudo corroer com palavras ácidas e em nada contribuir para novos modelos. A fim de não se incorrer nesse desvio, após o exame dos problemas enfrentados pela doutrina, tentar-se-á fornecer elementos para a revisão de seu papel no Direito.

3.2 Inventário de causas da crise da doutrina

I) A doutrina, ao menos em sua mais ampla extensão, deixou de ser uma arte de *juristas*. E nisso tem sucesso grande parte de seu desprestígio.

A redução nos custos de publicações e de impressos, resultado da fabulosa transformação no mercado gráfico nos últimos 15 anos, em decorrência das novas tecnologias da informação, permitiu que fossem estampados livros e revistas em quantidades nunca antes vistas na história humana. O acesso a uma editora tornou-se mais simples. Houve aumento significativo no número de casas publicadoras jurídicas no Brasil. Do universo de cinco ou seis editoras nacionais, nas primeiras oito décadas do século XX, têm-se hoje mais de duas dezenas de empresas dedicadas a esse mercado.

Em alguns lugares, há gráficas que enviam convites para advogados, jovens professores ou recém-formados, a fim de que esses publiquem seus livros em tiragens econômicas e, com isso, obtenham prestígio profissional, acadêmico ou pontos nas provas de títulos de concursos públicos. As próprias editoras jurídicas nacionais, por exigência de mercado ou pela própria queda de nível do público leitor, reduziram os antigos rigores na seleção de obras a serem estampadas por seus selos. Ao menos no Brasil, a edição de um livro com a marca de uma grande editora especializada não significa mais a certeza da filtragem ortodoxa de tema ou de autor.

II) As revistas jurídicas, tradicional repositório de boa doutrina e de seleção dos principais acórdãos, padeceram com os efeitos dessa revolução tecnológica.

O desenvolvimento de sistemas de informática pelos tribunais, especialmente o STF e o STJ, tornaram imediatamente acessíveis os acórdãos e as decisões, capturáveis por mecanismos de busca *booleana* dos mais eficientes. A certificação digital, com a mudança nos atos regimentais que controlam o uso dos precedentes para efeitos de prova do dissídio pretoriano nos recursos extraordinário e especial, criou “revistas eletrônicas de jurisprudência”, o que

aliviou os periódicos tradicionais da exclusividade na indicação como fonte autorizada.⁵²

Indiretamente, isso afetou a doutrina. A abertura para as fontes digitais, com a perda de mercado daí resultante, não foi a única consequência negativa. A redução nos custos gráficos e o aumento exponencial do número de cursos jurídicos deu ensejo à explosão de novas revistas jurídicas, organizadas e vinculadas às instituições de ensino superior recém-abertas. Seja por exigências do Ministério da Educação, nos critérios de avaliação dos cursos superiores, seja por vaidade acadêmica, cada faculdade de Direito pode contar hoje com uma publicação de doutrina. Com isso, os doutores tiveram de se dividir entre solicitações as mais diversas e, ante a impossibilidade de preenchimento das pautas editoriais, reduziram-se as exigências para se ter um artigo publicado nesses periódicos.

Os estudantes, que possuíam antigas e tradicionais revistas jurídicas, mantidas pelo esforço de centros ou diretórios acadêmicos, passaram a ter seus estudos publicados em revistas tradicionais. Antes um espaço para os que ensinavam (*docentes*), o templo da doutrina foi ocupado pelos que, em tese, deveriam (ainda) aprender (*discentes*). Não é raro encontrar texto de autoria de um terceiro-anista de Direito em algum periódico jurídico sério. Em tempos igualitários e emancipacionistas, nos quais os estudantes escolhem reitores em votações paritéticas ou podem afastar docentes por meio de abaixo-assinados, nada mais esperável do que a ocupação de espaços destinados à produção da chamada *doutrina* jurídica por aqueles que, em razão do tempo e da maturidade nos estudos, deveriam ser os receptores dessas obras.⁵³

III) Dois outros fatores, intimamente associados, podem ser referidos como causais desse processo de crise da doutrina.

O primeiro está na exigência de produção científica dos docentes. Os critérios de avaliação dos cursos superiores pelo Ministério da Educação prestigiam a realização de pesquisa pelos mestres. O meio objetivo de se aferir sua efetividade é o número de livros, artigos, relatórios e *papers* publicados pelos integrantes do magistério. Obrigou-se até mesmo a criação de um currículo eletrônico padronizado, com acesso direto na rede, que recebeu o nome do grande físico brasileiro César Lattes, como forma de objetivar o controle dos

52. Art. 541, parágrafo único, CPC.

53. Obviamente que não é de ser simplesmente fechada a porta à publicação de artigos de estudantes em periódicos sérios. Em alguns casos, a precocidade do discente e seu destaque intelectual fazem com que se supere essa presunção. Mas, como parece ser óbvio, não há como se receber com naturalidade essa situação tornar-se uma regra, quando deveria ser excepcional.

títulos acadêmicos e expor à comunidade universitária o grau de comprometimento de cada docente com a produção de conhecimento. A fecundidade na publicação de textos jurídicos tornou-se razão direta da qualidade do professor e, ainda, serve como fator importante para a obtenção de aumentos (nas universidades particulares) ou gratificações e progressões na carreira (nas universidades públicas). Quem ousaria não *doutrinar* hoje em dia, com tantos estímulos para o autor?

O segundo fator está na utilização do número de livros ou artigos jurídicos como critério de pontuação em provas de títulos nos concursos públicos. Com isso, o ato de escrever textos jurídicos serviu a propósitos nada científicos. Edições com tiragens pequenas hoje são custeadas pelos autores com essa finalidade. A publicação de artigos em série, destituídos de qualquer reflexão ou estudo que possa contribuir para o avanço do Direito, constituiu-se em objetivo primaz de alguns. Estabeleceu-se funesta competição entre os juristas (?) em torno do número de textos levados a estampa em revistas ou em obras coletivas.

Produzir artigos deixou de ser preocupação de juscientistas (ou artistas, para os que não crêem no Direito como ciência) e tornou-se instrumento de prestígio pessoal ou melhoria nas classificações profissionais ou nos certames públicos. O ato solitário, reflexivo, baseado em leituras razoáveis, focado em tema específico e orientado pela vocação de contribuir originalmente para o Direito, tornou-se a exceção.

Em dois estudos, baseados em sólida pesquisa empírica, encontram-se algumas explicações para esse modo particular de ser da doutrina no Brasil, o qual guarda conexões com o estado das atividades de pesquisa e dos cursos de pós-graduação em Direito.

No primeiro texto, Roberto Fragale Filho demonstra que, entre 1996 e 2003, o número de mestres e doutores em Direito cresceu, respectivamente, 1.100% e 940% no país. Apenas em 2003, formaram-se 250 novos doutores e 1.800 novos mestres.⁵⁴ O resultado desse incremento no número de candidatos à *venia legendi* é uma das causas dessa exponencial produção jurídica, de que ora se cuida.

No segundo estudo, dessa vez escrito em co-autoria com Alexandre Veronese, Roberto Fragale Filho, após ressaltar a evolução sensível na pesquisa científica em Direito, bem como na expansão de vagas de pós-graduação, ratifica o que se defende neste trabalho: houve um aumento *formal* da pesquisa

e das publicações. Com isso, faz-se necessário o exame da qualidade *material* dessa produção.⁵⁵ Os critérios instituídos pela Capes, como o padrão *Qualis* e a exigência de adaptação dos periódicos a certos padrões internacionais, foi uma evolução. No entanto, o aumento quantitativo não veio acompanhado de soluções efetivas no controle de qualidade.

IV) A atividade legislativa perdeu os juristas. São poucos os membros do Congresso Nacional que possuem sólida formação jurídica e, dentre esses, mais raros ainda os que se dedicaram à vida intelectual na academia. Diferentemente do que ocorrera nas seis ou sete primeiras décadas do século XX, quando o parlamento ostentava nomes como Bilac Pinto, Aliomar Baleeiro, Ruy Barbosa, Carvalho de Mendonça, Paulo Brossard, Neri da Silveira, a criação de leis é pouco influenciada pela doutrina. Ressalvam-se os contributos de associações de juristas, como o Instituto Brasileiro de Direito Processual, nas reformas do Código de Processo Civil,⁵⁶ ou de grupos de doutrinadores, como se verificou na comissão de autores do anteprojeto do Código de Direito do Consumidor, liderada por Ada Pellegrini Grinover, além dos integrantes do comitê revisor do Código Civil de 2002, de entre esses Regina Beatriz Tavares da Silva, Mário Delgado Regis e Carlos Alberto Dabus Maluf.

Em quase todas essas situações, porém, o que verdadeiramente ocorreu foi que os juristas organizaram-se sob a forma de grupos de pressão, à semelhança do que já fazem pecuaristas, fazendeiros, médicos, representantes da indústria de armas, sindicatos, religiosos e outros segmentos sociais. Com isso, provocaram a iniciativa do legislador, seja convencendo-o, seja fornecendo-lhe cabedal técnico para levar adiante idéias socialmente úteis. Não é de se estranhar que nos exemplos de maior sucesso dos juristas organizados em grupos estavam projetos de normas de elevada tecnicidade e vinculadas à própria atuação dos profissionais do Direito, como a reforma das regras processuais e a revisão do Código Civil.

55. FRAGALE FILHO, Roberto; VERONESE, Alexandre Kehrig. A pesquisa em Direito: diagnóstico e perspectivas. *Revista Brasileira de Pós-Graduação*, vol. 2. Brasília, 2004, p. 54-55.

56. Lê-se da Exposição de Motivos 40, do Senhor Ministro de Estado da Justiça, ao anteprojeto de lei que introduziu no Código de Processo Civil o art. 543-C (recursos repetitivos): "De há muito surgem propostas e sugestões, nos mais variados âmbitos e setores, de reforma do processo civil. Manifestações de entidades representativas, como o Instituto Brasileiro de Direito Processual, a Associação dos Magistrados Brasileiros, a Associação dos Juizes Federais do Brasil, de órgãos do Poder Judiciário, do Poder Legislativo e do próprio Poder Executivo são acordes em afirmar a necessidade de alteração de dispositivos do Código de Processo Civil e da lei de juizados especiais, para conferir eficiência à tramitação de feitos e evitar a morosidade que atualmente caracteriza a atividade em questão."

54. FRAGALE FILHO, Roberto. Quando a empíria é necessária? XIV Congresso Nacional do Conpedi, 2006, Fortaleza. *Anais do XIV Congresso Nacional do Conpedi*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 323.

V) O campo de maior visibilidade da crise funcional da dogmática é na atividade dos juízes.

As citadas palavras do Ministro do STJ, para quem não interessa o que pensam os *doctores*, perdem-se em um cenário mais amplo. De fato, têm diminuído sensivelmente a quantidade de referências doutrinárias nos acórdãos dos tribunais superiores. Menos do que a baixa estima pelo que se produz doutrinariamente, esse é – em maior medida, reconheça-se – o resultado do acúmulo monstruoso de processos e recursos nessas Cortes. Somente em 2005, foram remetidos mais de 210.000 processos ao STJ. Em 2006, esse número passou a 251.020. No primeiro semestre de 2008, as seis Turmas do STJ julgaram em média 25.000 processos, o que dá um total de 150.000 processos na metade do ano. Com isso, a elaboração de decisões tornou-se mecânica e repetitiva, sem espaço (ou tempo) para a consulta de tratados, monografias ou artigos jurídicos. Essa pesquisa, quase sempre, é limitada aos casos inovadores ou aos debates de significativa repercussão na jurisprudência do tribunal. Nos demais processos, busca-se incessantemente o julgado que sirva de precedente ao caso e resolva expeditamente o recurso. A estatística tornou-se o Grande Irmão, em paráfrase a George Orwell, dos órgãos jurisdicionais brasileiros, por sua vez, submetidos a controle externo inédito em sua história e de duvidosos efeitos práticos na melhoria da prestação oferecida ao povo brasileiro.

Se havia a romântica distinção entre um *direito dos professores*, em contraponto ao *direito dos juízes*, como praticado na Inglaterra e no País de Gales, tem-se hoje no Brasil o permanente distanciamento do modelo romano-germânico em prol do modelo anglo-americano dos precedentes. Não se fala apenas da súmula vinculante ou do excessivo avanço do STF sobre áreas não-constitucionais. É a realização de uma *jurisdição de resultados* que pode ser identificada como principal responsável por essa mudança de eixo. Para se chegar a este estado de coisas combinaram-se fatores como a base de dados de jurisprudência, que tornou possível a busca de informações pretorianas em poucos segundos por meio dos critérios *booleanos*, e a saturação do nível de judicialização da vida. Não há tempo a perder. Há precedente aplicável ao recurso? Se existe, ótimo. O operador do Direito estará dispensado da penosa construção de raciocínios jurídicos, que exige leitura e reflexão de obras doutrinárias. Ele ficará limitado ao uso do computador, com os comandos do editor de texto, e concluirá seu ofício.

O descompromisso da jurisprudência com a doutrina, é menos sensível no Brasil, se comparado com a forma descrita por Ingeborg Puppe na Alemanha.⁵⁷ Nos *hard cases*, os tribunais superiores costumam fundamentar-se em ensi-

57. PUPPE, Ingeborg. Op. cit., p. 113.

namentos doutrinários, como se nota de decisões recentes do STF, de grande impacto social ou jurídico, ao estilo dos seguintes acórdãos: (i) MC no HC 94.173/BA (investigação criminal pelo Ministério Público),⁵⁸ (ii) Suspensão de Tutela Antecipada 235/RO;⁵⁹ (ii) HC 91.386/BA.⁶⁰

VI) Outra causa para o sensível desprestígio da doutrina está na própria atitude dos que a fazem.

O desconhecimento de noções epistemológicas, a deficiente formação de base em Filosofia (Geral e Jurídica) e o pragmatismo encontram-se na base do problema. A contemporaneidade parece ser inimiga das teorizações e da investigação profunda das causas primeiras. Em uma era tecnológica e tomada pela idéia de mudança, o desenvolvimento dessas aptidões é um contra-senso. No outro extremo, tem-se o discurso *gramsciano* mal disfarçado, que se apresenta sob a forma de posições ditas libertárias em relação a costumes, sociedade, família e propriedade. Com isso, permanece a negligência aos estudos filosóficos e epistemológicos, salvo por meio de leituras superficiais (a erudição de orelha de livros) e pelo manuseio (desastrado) de meia dúzia de categorias ditas “pós-modernas”.

A introdução dos informativos jurisprudenciais e o acesso imediato aos acórdãos pela rede criou, nos últimos dez anos, o que se poderia chamar de *dogmática judicializada*, à falta de expressão melhor. Longe de pensar sistemas, formular abstrações e fornecer dados ao juiz, essa doutrina é escrita a partir do que já pensaram os juízes em seus acórdãos. Não há margem para erros ou desvios. O doutrinador concede ao estudante a visão dos tribunais. Nada além disso. Quando muito, alguma posição acessória de crítica discreta ou de aplauso eloquente. O doutrinador surge como o autômato, o organizador de jurisprudência em blocos, esquemas e sumas do pensamento do tribunal. O leitor deve comprar a novíssima edição, pois, a cada ano, com as mudanças de humores nas Cortes, a obra está desatualizada. Não pela revogação da lei, mas pela alteração de entendimento do pretório.

No Direito Constitucional, a *dogmática judicializada* fez enorme progresso. O modelo francês de Teoria Constitucional, representado por nomes como José Afonso da Silva e Raul Machado Horta, perdeu espaço ante a engenhosa

58. Acórdão relatado pelo Min. Celso de Mello, no qual se invocam as lições de Fauzi Hassan Choukr, Ada Pellegrini Grinover, Rogério Lauria Tucci, Roberto Maurício Genofre, Paulo Fernando Silveira, Romeu de Almeida Salles Junior e Luiz Carlos Rocha (STF, *Informativo* 513, Brasília, 30 de junho a 04 de julho de 2008).

59. Acórdão relatado pelo Min. Gilmar Mendes, que cita José Joaquim Gomes Canotilho e J. Chevalier (STF, *Informativo* 505, Brasília, 05 a 09 de maio de 2008).

60. Acórdão relatado pelo Min. Gilmar Mendes, com referências a Martín Kriele, Maunz-Dürig e a Norberto Bobbio (STF, *Informativo* 500, Brasília, 31 de março a 04 abril de 2008).

percepção de que seria mais interessante ao aluno ler diretamente o que o STF afirmar ser a Constituição. Aqui, os próprios doutrinadores parecem afirmar que pouco importa o que pensam seus colegas de dogmática.⁶¹ Nesse campo, existem notáveis exceções, como a obra de Virgílio Afonso da Silva, na qual se encontram sólidas críticas ao método (ou à ausência de método) de construção das decisões judiciais.⁶²

Posteriormente, esse modo de fazer a dogmática chegou ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal, províncias jurídicas tradicionalmente marcadas pela riqueza do debate científico, com escolas de pensamento ligadas historicamente aos grandes movimentos filosóficos, como a Escola Sudocidental alemã e o Círculo de Viena.⁶³ No Direito Tributário, essa *doutrina judicializada* também aportou. Algumas resistências ainda se observam, como nas obras de Hugo de Brito Machado (com forte carga crítica em relação a certas posições assumidas pelos tribunais), Paulo de Barros Carvalho e Luciano Amaro.

O Direito Civil foi a última barreira a ser vencida nesse processo de transformação, nem sempre feliz, da doutrina. De início, cite-se o recurso ao *estudo do caso*, cujos fundamentos, a despeito da terminologia utilizada para justificar sua superioridade, em muito lembram o estudo de situações concretas através das quais se tenta induzir conclusões gerais aplicáveis a outras hipóteses particulares. É notável, também, a mudança na estrutura da apresentação de certas obras. Privilegia-se o acórdão e, a partir de suas conseqüências, tenta-se construir fundamentos dogmáticos. Inverte-se a função da doutrina e da jurisprudência. A crítica desse modelo é refutada por argumentos pragmáticos. Interessa expor ao discente o que pensam os tribunais e não as alocações subjetivas de certo autor.⁶⁴

61. Chega a ser emblemático o que Manoel Gonçalves Ferreira Filho (*Curso de direito constitucional*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. VII-VIII) escreveu em prefácio de recente edição de seu manual: “Diga-se de passagem que ninguém está mais surpreendido com a longevidade do *Curso* de que o seu próprio autor. Trata-se de um curso escrito segundo o padrão cultural europeu, mormente francês, que insiste nos fundamentos doutrinários, e também políticos e sociais, das instituições, bem como dos grandes temas constitucionais. Visa a preparar cabeças capazes de raciocinar por si próprias em face de qualquer Constituição e não as que querem receber, prontas, as respostas certas para os questionários escolares ou de concursos elementares. Ora, não é essa a mentalidade hoje predominante, em cursos e cursinhos, o que torna ‘elitista’ este *Curso*.”

62. SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., especialmente, p. 162-170.

63. São exceções, dentre outras, os manuais de Cezar Roberto Bitencourt (*Tratado de direito penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, passim) e Eugênio Pacelli de Oliveira (*Curso de processo penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, passim).

64. É de ser reconhecido, todavia, que a dogmática civilista necessitava de renovação, especialmente quanto a aspecto bem destacado por Francisco Clementino San

O prestígio dado aos conceitos jurídicos indeterminados e às cláusulas gerais, por sua vez, é outra marcante característica da dogmática civil contemporânea. Provavelmente sem a exata percepção da teia em que se têm enredado, os adeptos dessa corrente contribuem para debilitar o papel da doutrina, na medida em que aumentam o grau de discricionariedade dos juízes e abdicam de “projetar a compreensão geral das normas individuais em relação com a totalidade do Direito”.⁶⁵ Os efeitos de longo prazo dessa opção não têm sido compreendidos com a necessária prudência. A esse respeito, a advertência de Juan Javier del Granado é atualíssima: deu-se uma fratura no Direito Privado (no Brasil e em alguns países latino-americanos), que poderá implicar a ruptura com a tradição romano-germânica. Esse abandono das raízes históricas do Direito Civil e Comercial em nada contribuirá para a conservação do espaço da autonomia privada e dos valores humanísticos dessas duas províncias jurídicas. Dir-se-ia mais: em nada coopera com o fortalecimento da doutrina frente à jurisprudência.⁶⁶

4. A VOCAÇÃO DA DOCTRINA EM NOSSO TEMPO

4.1 A vocação da doutrina

O título desta seção, na verdade o subtítulo do artigo, é uma homenagem a Friedrich Carl Von Savigny. Sua obra mais famosa foi *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, em português, *Da vocação de nosso século para a legislação e a Jurisprudência (ciência do Direito)*. O pai da Escola Histórica, após analisar a realidade das nações que possuíam e das que não possuíam códigos civis, defendeu a tese da impotência de um código para fundar uma

65. Tiago Dantas (Op. cit., p. 146), a saber, o descompromisso com as leis especiais e os fenômenos que se afastavam do tratamento harmônico dado pelos códigos: “A visão do Direito objetivo que muitos juristas conservam e defendem é a de um sistema harmônico de normas de Direito comum, em torno do qual cresce acongele das normas de Direito especial, caprichosas, contraditórias e efêmeras. A doutrina abona e explica as primeiras; para as segundas, temos de cair numa positividade estreita, pois, não se reconhece estrutura doutrinária capaz de lhes dar continuidade e coerência.” Com isso, temas importantes em demasia (locações prediais urbanas, filiação genética, cláusulas abusivas, leis de urbanismo) foram segregados nos manuais de doutrina a referências em notas de pé de página ou em parágrafos isolados. O resultado dessa renúncia em se enfrentar a heterodoxia normativa foi a ampliação de zonas cinzentas ou a perda de espaço do Direito Civil para outras disciplinas.

66. EHMANN, Horst; SUSTSCHET, Holger. Op. cit., p. 14.

67. GRANADO, Juan Javier de. Pós-fácio. In: TIMM, Luciano Benetti. *O novo direito civil: ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 202-204.

ciência do Direito verdadeiramente substantiva. Isso porque, o império dos códigos geraria dois efeitos: “ou nos veríamos completamente privados de literatura jurídica, ou, o que é mais provável, teríamos uma [*literatura jurídica*] tão débil, escassa e insuportável”, quanto a gerada sob o fastígio da recém-baixada codificação francesa.⁶⁷

A despeito de sua derrota, pois, em sua pátria, a Alemanha, o novo século XX veria o nascer do Código Civil de 1900, Savigny contrapôs o Direito produzido pelo Estado, a lei codificada, ao Direito produzido pelo espírito do povo (*Volksgeist*), o costume.⁶⁸

Ainda que consideradas a perspectiva histórica e a ideologia de Savigny, a dualidade existente era entre o Estado e o povo. Nesse ponto, o jurista prussiano foi vitorioso. O século XX revelou a falência de um Direito monista, fundado tão-somente na lei.

Ocorre, todavia, que os maiores artífices da derrocada do chamado Positivismo legalista fizeram surgir um novo Positivismo, de matriz igualmente estatal, mas fundado no *decisionismo*. Das leis passa-se ao que os juízes dizem sobre as leis. E, nesse ponto, permanece o problema-chave denunciado por Savigny no Oitocentos. Continua-se sob o prestígio dos poderes estatais, embora se tenha no Brasil o privilégio de uma magistratura culta, responsável e democrática. Mas, em regimes que desbordam do Estado Democrático de Direito, e *nosso tempo* é pródigo de exemplos assim, o uso feito da interpretação judicial muita vez conduz – ou reconduz – à busca da literalidade da norma, a última garantia do cidadão contra o abuso do Estado, cometido com a lamentável participação de agentes judiciais, enfraquecidos pela quebra da independência do Poder Judiciário. Como a era contemporânea repugna movimentos armados e golpes de Estado, a dissolução da independência judicial ocorre de modo pouco sensível à população, seja pela mudança na compostura das Cortes,

67. SAVIGNY, F. Von. *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*. Trad. Adolfo G. Posada. Buenos Aires: Heliasta, 1977, p. 177.

68. Alf Ross (*Teoría de las fuentes del derecho: una contribución a la teoría del derecho positivo sobre la base de investigaciones histórico-dogmáticas*. Trad., notas y estudio preliminar de José Luis Muñoz de Baena Simón, Aurelio de Prada García y Pablo López Pietsch. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 198-224) desenvolveu amplo estudo sobre o espírito do povo (*Volksgeist*), o qual se recomenda consulta, dado ultrapassar os limites deste artigo o exame das proposições desse autor. Destaque-se, tão-somente, os vínculos estabelecidos entre Savigny e o movimento do Romantismo alemão, indicados por Alf Ross como a chave para a compreensão da Escola Histórica. É também digno de observação o intenso debate, descrito por Alf Ross, acerca de ser Savigny um naturalista, um positivista ou um precursor da Escola do Direito Livre.

seja pelo aparelhamento ideológico dos juízes nomeados para cargos de maior relevo na hierarquia pretoriana.

Como desdobramento natural das idéias de Savigny, pode-se afirmar que a doutrina é o costume em *nosso tempo*. A função histórica do costume, o contraponto ao racionalismo e ao estatalismo legal, pode – e deve – ser exercida pela doutrina.⁶⁹ Se o costume é uma resultante do espírito do povo (*Volksgeist*), a doutrina também o é, pois nasce do pensamento dos juristas, eles mesmos uma parte do povo.⁷⁰

A vocação da doutrina em *nosso tempo* é perturbar, criticar, insurgir-se, denunciar e obrigar a reflexão sobre o Direito. Ela deve exercer essas funções sobre a sociedade, o Estado e os agentes mais ligados à produção jurídica, o legislador e o juiz. Não se veda a esses dois que doutrinam, desde que o façam sem confundir a autoridade que decorre de suas respectivas funções no Estado. Doutrinar é convencer, persuadir, influenciar com idéias, pelo efeito de sua qualidade e do mérito de quem as produz. Gérard Cornu faz um interessante jogo de palavras sobre o fundamento da autoridade da doutrina: *Non ratione auctoritatis sed auctoritate rationis* (não em razão da autoridade, mas pela autoridade da razão).⁷¹

A doutrina tem a vocação de ser o elemento necessariamente desagregador na produção jurídica legal-jurisprudencial. Não se recusa a legitimidade democrática dos legisladores e a legitimidade dos juízes, fundada no mérito. No entanto, é necessária a oxigenação do sistema pelo recurso direto ao povo, sob a forma de uma parcela sua, a classe dos juristas. Quem os escolheu? Ninguém. Quem os autorizou? Ninguém. A liberdade de manifestação é quem os suporta, aliada ao reconhecimento singular de seu mérito, conquistado pela *prudência* e pela *perícia* no trato das coisas do Direito, para se fazer uso da graciosa linguagem dos romanos, conservada pelos medievais. A *prudência*, qualidade que repousa na experiência, e a *perícia*, qualidade que se esteia no estudo técnico-científico (ou artístico, como querem alguns) das normas, segundo a

69. “Restaria, por último fixar a posição e as perspectivas da doutrina no universo jurídico de nossa época. Alguns eminentes juristas já o fizeram com singular discernimento. Todos eles partem da teoria de Savigny, de que a dinâmica do progresso social motiva a substituição do costume pela doutrina” (VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da norma...* cit., p. 283).

70. VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da norma...* cit., p. 276. Por honestidade intelectual, atribua-se a passagem do costume, como fundamento do Direito, para a *opinio necessitatis* dos que operam com o Direito, a expoentes tardios da Escola Histórica, ao exemplo de Cosack, Kohler e Brie (ROSS, Alf. Op. cit., p. 506).

71. Conquanto o autor, para não fugir à Escola Francesa, considere que a doutrina não é uma fonte formal do Direito, mas possui a força de sua autoridade (Cf. CORNU, Gérard. Op. cit., p. 195).

natureza das coisas (*Natur der sache*). A natureza das coisas tem na sentença de Horácio (Livro I, Épodo IX) sua mais literária e elegante expressão: *Naturam expellas furca tamen usque recurret* (expulsai a natureza, ela voltará correndo). Essa doutrina, desenvolvida por autores como Karl Larenz, Gustav Radbruch e Zippellius, funda-se em pressupostos da filosofia de Aristóteles, ao pôr em evidência a faticidade-axiológica, não apenas os fatos, mas esses sob a óptica dos valores, tendo como antecedente o plano da validade.

Essa perspectiva da doutrina tem conseqüências. Se o fundamento da doutrina como fonte do Direito conjuga a liberdade, a criação plural do Direito, a prudência, a perícia e a natureza das coisas, não se pode admitir que ela se valha *exclusivamente* da autoridade do Estado para existir. Se hoje, as afirmações dos velhos catedráticos franceses do século XIX, de que eles “não eram professores de Direito Civil” e sim “professores do Código Napoleão”, servem de modelo nas escolas jurídicas sobre os extremos da Escola da Exegese e do Positivismo do Oitocentos, não é possível substituir essa doutrina *legalista* por outra *jurisprudencialista*. É provável que, em muitas faculdades de Direito, os docentes de Direito Constitucional não mais ensinem essa disciplina e sim, embora não o confessem, sejam meros “professores da Constituição interpretada pelo Supremo Tribunal Federal”.

Ao viso deste trabalho, não há diferenças entre a doutrina *legalista* e a doutrina *jurisprudencialista*. Ambas condenam a liberdade dos doutrinadores à submissão ao Direito produzido pelo Estado. Nada mais contrário à essência e à vocação da dogmática.

Essa assertiva, porém, não deve ser levada ao extremo de isolar a dogmática da lei e da jurisprudência. O Direito prático faz-se, em grande medida, pela interpretação da norma legal e ela se manifesta de modo socialmente organizado, com aparato repressivo legítimo, em larga escala – mas não exclusivamente – dentro do Poder Judiciário. A separação entre professores e juizes é interessante, como forma de permitir a autonomia dos primeiros, mas isso não significa que aqueles não se debrucem sobre o ofício laborado pelos últimos. É conveniente e fecunda essa interação entre o *direito doutrinário* e o *direito pretoriano*. Retorne-se a Savigny. Para o jurista, a ciência do Direito (a jurisprudência) conforma-se pela ampliação de seu raio para além dos jurisconsultos teóricos, os doutos e os historiadores. É “a aproximação da teoria e da prática”.⁷²

Não se há como admitir, porém, é uma jurisprudência que usurpe as funções da doutrina e rompa com a harmônica coexistência entre essas duas fontes de criação do Direito. Pela primeira vez, em muitos séculos, vive-se sério risco dessa ruptura, aqui e alhures, como se notou dos exemplos transcritos ao

72. SAVIGNY, F. Von. Op. cit., p. 141.

longo do texto. Friedrich Carl Von Savigny, em sua obra clássica, *Sistema do direito romano atual*, ensinava que a atividade humana é susceptível de duas direções: o “conjunto do sistema científico, o qual compreende a Ciência, os livros, o ensino” ou “a aplicação particular das regras aos acontecimentos da vida real”. Essa distinção entre a teoria e a prática é da natureza do próprio Direito, bem como a própria evolução das civilizações tem dado às pessoas a missão de desenvolver cada um desses campos do saber: “assim, todos os que se ocupam do Direito, salvo algumas exceções, fazendo da teoria ou da prática sua vocação especial, se não é sua vocação exclusiva”. No entanto, essa departição é boa quando não perde de vista sua “unidade primitiva”. Isso ocorre quando “o teórico conserva e cultiva a inteligência da prática e o prático a inteligência da teoria”.⁷³ Se radicalizada a divisão entre as funções, a teoria se converterá em exercício vão de pensamentos etéreos e a prática se consumirá em atividade puramente mecânica. Hoje, a teoria padece da incapacidade de conservar e cultivar a inteligência prática, pois se tornou serva dessa última, enquanto a prática, por não encontrar respostas na teoria, volta-se para si mesma, em um processo de contínua auto-referência.

4.2 A vocação da doutrina e sua crise: meios de superação

Na secção anterior, fez-se inventário das causas da crise da doutrina. Interessa sumariá-las: (I) ampliação excessiva do número de obras jurídicas; (II) crise dos periódicos tradicionais de doutrina, com a ampliação de revistas e a demanda exagerada por contribuições, o que fez decrescer a seletividade e a qualidade dos textos; (III) uso das publicações como meio de pontuação em concursos públicos, ascensão funcional e obtenção de gratificações na carreira do magistério superior; (IV) ausência de legisladores-juristas; (V) redução nas citações doutrinárias nos acórdãos; (VI) má qualidade na formação jurídica, especialmente pelo desinteresse com a formação filosófica e epistemológica, e vícios na seleção de quadros nas universidades, como o favoritismo e a auto-referência; (VII) avanço da dogmática judicializada e da valorização do estudo de casos.

Examinem-se os tópicos, com a esperança de se oferecer algumas soluções: (I) ampliação excessiva do número de obras jurídicas; (II) crise dos periódicos tradicionais de doutrina, com a ampliação de revistas e a demanda exagerada por contribuições, o que fez decrescer a seletividade e a qualidade dos textos; (III) uso das publicações como meio de pontuação em concursos públicos, ascensão funcional e obtenção de gratificações na carreira do magis-

73. SAVIGNY, F. Von. *Sistema del derecho romano actual*. Trad. C. H. Guenoux. Vertido al castellano por Manuel Durán y Bas. Granada: Comares, 2005, p. LXXIV.

tério superior. O barateamento das edições, as publicações eletrônicas, os sítios jurídicos e outros meios de difusão dos escritos científicos criaram a demanda maior do que a oferta de textos de qualidade, além de colocar praticamente no mesmo nível o jurista e o indivíduo não dotado das qualidades de prudência e perícia necessárias à doutrina. É de certo modo reconfortante observar a História e perceber que os homens, antes da imprensa ou da internet, viveram momentos daquilo que Rudolf Von Ihering chamou, não sem sarcasmo, de “grafomania”, a mania de escrever prolixamente obras jurídicas.⁷⁴ Sim. A Lei de Citações do Dominado não foi algo mais do que uma tentativa do Estado de controlar a decadência e os abusos dela advindos na produção “grafomaniaca” de escritos, glosas e adulterações em textos de Direito. É esse o sentido da denúncia de Ihering, em pleno século XIX, da corrida sem mérito pelo mérito de se doutrinar.

A criação de mecanismos de controle da produção científica, baseados na premiação financeira ou funcional, foi, inicialmente, uma forma positiva de apartar docentes inertes e pesquisadores diligentes, além de estimular o crescimento intelectual dos servidores, por meio da realização de cursos como espécie de sanção premial. Como em todos os processos dessa natureza, em certo tempo, descobriu-se que a *forma* prepondera sobre o *fundo*. Se para obter uma gratificação, alguns pontos em provas de títulos ou boas notas nas avaliações da Capes basta escrever um livro e quatro ou cinco artigos por ano, então, que se faça.⁷⁵ Descobriram os inertes que bastaria seguir as regras e a partida estaria ganha. A denúncia de Roberto Fragale Filho e Alexandre Veronese quanto à insuficiência dos critérios formais de avaliação do desempenho dos cursos de pós-graduação é cada vez mais atual.⁷⁶ Em termos rigorosos, se a produção científica em Direito for submetida a uma auditoria, ter-se-iam duas conclusões: ou ela é o produto de gênios, com imensa fecundidade no desenvolvimento de novos saberes jurídicos, ou ela é uma fraude, marcada por práticas viciadas, como o “manualismo”, o sincretismo metodológico, a repe-

74. IHERING, Rudolf von. *Bromas y veras: ridendo dicere verum*. Trad. Tomás A. Banzhaf. Madrid: Civitas, 1987, p. 99.

75. A Capes – Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior é uma fundação autárquica, vinculada ao Ministério da Educação, que tem por finalidade subsidiar o Ministério “na formulação de políticas e no desenvolvimento de atividades de suporte à formação de profissionais de magistério para a educação básica e superior e para o desenvolvimento científico e tecnológico do País” (art. 2.º, Lei 8.405, de 09.01.1992).

76. FRAGALE FILHO, Roberto; VERONESE, Alexandre Kehrig. A pesquisa em direito... cit., p. 58.

tição de temas ou a visão da atividade científica como algo que “rouba horas do convívio” dos familiares.⁷⁷

Algumas providências a respeito desses desvios merecem reflexão: (i) revisão dos textos normativos que prevêem pontuação por trabalhos publicados para ascensão funcional ou gratificações de servidores. O estabelecimento de número máximo de textos para fins de contagem de pontos desestimularia o excedente derivado do simples espírito de competitividade, que nada diz com a ciência; (ii) aumento no rigor do credenciamento de periódicos no sistema *Qualis*, com a eleição de critérios menos formais e, portanto, facilmente obtíveis.⁷⁸ A exigência de conselhos editoriais efetivos é uma medida adequada; (iii) estabelecimento de selo de qualidade para as editoras, como forma de se restringir a aceitação de determinadas publicações como válidas para pontuação de títulos ou de gratificações. Como contrapartida, dever-se-iam obrigar as editoras a possuir conselhos editoriais efetivos; (iv) estímulo às pesquisas por meio de financiamento público ou privado, com agrupamento de investigadores.

Em síntese, os três problemas expostos demandam o controle *qualitativo* da produção científica, o que passa necessariamente pelo *desvalor* da pesquisa e da escrita voltadas para a competição de pontos em provas e em concursos.

(IV) *ausência de legisladores-juristas*. A crise dos parlamentos é mundialmente reconhecida. Não há muito que se fazer sobre a perda de influência direta dos juristas nas assembleias e nos congressos. Trata-se de um fenômeno dos tempos atuais. A melhor reação a isso é a ampliação da atividade das associações de juristas como *grupos legítimos de pressão*, ao exemplo do que já se verificou no âmbito do Direito Processual e do Direito do Consumidor.

(V) *redução nas citações doutrinárias nos acórdãos*. Esse problema resulta de uma combinação de fatores: (i) massificação da atividade doutrinária (se todos somos doutrinadores, ninguém verdadeiramente o é); (ii) baixa qualidade da doutrina produzida; (iii) aumento exponencial do número de litígios em dissonância com a estrutura do Poder Judiciário; (iv) informatização.

A repercussão geral, a argüição de relevância e a técnica dos processos repetitivos, no STF e no STJ, poderão, em poucos anos, reverter esse quadro, na medida em que os tribunais passarão a emitir julgados em menor quantidade

77. Sobre o inventário dessas mazelas da produção jurídica nacional, confira-se: OLIVEIRA, Luciano. *Sua Excelência, o Comissário e outros ensaios de sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004, passim.

78. O *Qualis* é uma lista de meios utilizados para a divulgação da produção científica dos programas de pós-graduação em sentido estrito (mestrado e doutorado). A lista classifica esses veículos quanto à circulação (local, nacional, internacional) e à qualidade (A, B, C), por área de avaliação. O *Qualis* serve como parâmetro para fundamentar o processo de avaliação do Sistema Nacional de Pós-Graduação.

e com maior tempo para se aprofundar nos temas de efetivo relevo. Essa é a grande esperança para a recuperação *exterior* da doutrina, porque se não houve melhora *interna*, de nada adiantarão essas mudanças. Os tribunais, ante uma dogmática atrasada e auto-referente, deixarão de consultá-la por sua própria inutilidade a seus ofícios.

A redução no número de recursos e o aumento na qualidade da doutrina poder servir de meios bastantes e suficientes a esse fim. Há descrições comoventes do quanto um jurista-doutrinador sério contribui para a construção de grandes molduras jurisprudenciais e, de outro lado, quando um tribunal sabe reconhecer a importância da contribuição da dogmática. O Min. Carlos Velloso relatou acórdão do STF que pareceu reviver a antiga prática de consulta aos jurisprudentes romanos. No RE 262.651/SP, julgado aos 16.11.2005, pela 2.^a T., RTJ 194-2/675, analisou-se a controvérsia relativa à extensão ao terceiro, que não está se utilizando do serviço público, alheio ao serviço de transporte, a responsabilidade objetiva da concessionária de serviço público. O relator afirma que procedeu a investigação em diversas fontes doutrinárias, sem maior sucesso na identificação de uma resposta específica ao caso. Então, informa o Min. Carlos Velloso, em gesto de singular homenagem ao conhecimento dogmático, que dirigiu ao jurista Celso Antônio Bandeira de Mello “carta, pedindo o seu pronunciamento a respeito”; tendo recebido pronta e gentil resposta do autor sobre tema a respeito do qual suas obras não apresentavam posição. Esse é um exemplo do quão podem ser profícuas as inter-relações entre doutrina e jurisprudência. Faz-se necessário, para isso, que aos juízes importe o que os doutores com *venia legendi* tenham a dizer e que esses juristas tenham o que dizer. A falta de um desses fatores elimina a justa e harmônica equação dogmática-jurisprudência.

(VI) má qualidade na formação jurídica, especialmente pelo desinteresse com a formação filosófica e epistemológica, e vícios na seleção de quadros nas universidades, como o favoritismo e a auto-referência. Em respeito a este tópico, uma advertência faz-se indispensável: a crise no ensino jurídico não é um privilégio de nosso tempo.

Fala-se de crise da formação de bacharéis ao longo de todo o século XX, para se limitar à última centúria. Esse não é um problema novo e crê-se firmemente na sensível melhora nas Faculdades de Direito em diversos aspectos, a despeito de elementos de decadência e degeneração, os quais não lhes podem ser atribuídos isoladamente. Eles resultam do comprometimento generalizado do ensino, nos diversos níveis, com o pragmatismo, a exclusão do Humanismo e o desapareço pelo esforço acadêmico, tanto de alunos quanto de professores. Hoje, de outro lado, estudam mais pessoas. Os níveis de exigência profissional e teórica são mais profundos. Deu-se grande impulso no estudo de Filosofia

(geral e jurídica), com diversos mestres e doutores que se dedicam a matérias de Teoria Geral do Direito. O discurso da crítica pela crítica não convence.

Mas, é também inquestionável a concorrência de três fatores, todos contemporâneos, a justificar que a má formação dos juristas é causa de declínio da dogmática:

1) Conquanto se note o florescimento dos estudos filosóficos nas Escolas de Direito, ele se mostra restrito a grupos de discentes, os quais se relacionam com disciplinas de Teoria Geral na graduação e seguem nos mestrados e doutorados por esses caminhos metajurídicos. Dá-se, na verdade, uma exclusão mútua, de péssimo resultado para a cultura jurídica. O especialista, se é possível dizer isso de um filósofo do Direito, em temas teóricos busca cada vez mais evadir-se dos estudos dogmáticos, provavelmente tangido pelo choque entre a óptica teórica e o Direito praticado. Parecem esquecer que o elemento humano contamina e torna *impura* todas as ciências culturais. É a tragédia do homem, o toque de Midas da humanidade, que transforma o sacro em profano, o puro em impuro, dada a contradição essencial do próprio homem, imperfeito e pecador. Com isso, criam-se *torres de marfim* jusfilosóficas em alguns centros de ensino do Direito, nas quais, por uma geração, no máximo, o filósofo da moda atrai um secto de crentes, até que seja substituído por um novo “guia das consciências”, à semelhança dos padixás do Império Otomano, cujos sucessores eliminavam os vestígios de seus antecedentes, como forma de afirmar com maior ênfase seu próprio poder. Não há, desse modo, a abertura para o diálogo entre os juristas-filósofos e os juristas-dogmáticos. Nesse aspecto, houve irrecusável decadência na formação jurídica. Recorde-se que Hans Kelsen, antes de ser o magnífico jurista-filósofo do século XX, era um renomado constitucionalista e internacionalista em sua Áustria natal. Miguel Reale dedicou-se ao Direito Civil. Arnaldo Vasconcelos, o maior representante da Escola Ecológica na América Latina, foi especialista em Direito Comercial.

O afastamento também se dá por parte dos juristas-dogmáticos. A mera leitura de alguns manuais contemporâneos de Direito Civil apresenta a renúncia desses autores aos clássicos capítulos iniciais das obras de Teoria Geral do Direito Civil, dedicados ao estudo do Direito, Estado, norma jurídica, seu fundamento e sua natureza. Salvo honrosas exceções, as obras que conservam esses capítulos fazem-no com base em uma Filosofia jurídica do pós-guerra, sem dialogar – ou criticar – com as novas correntes justeoréticas. Estagnação ou absentismo. Eis o elemento preponderante da crise e, com ela, surgem efeitos deletérios: sincretismo metodológico, manualismo, incapacidade de se construir grandes sistematizações, repetição acrítica de conceitos pós-marxistas, repúdio ao Direito Romano, simplificações e mistificações.

2) Não há doutrina sem bons juristas. E não se formam bons juristas sem escolas de Direito de qualidade. O elemento-central desse processo é o *magister*, o professor.

Muito bem. Desde o início dos tempos, sempre houve e haverá a política do *favoritismo*. Esse é outro convidado indiscreto dos impuros negócios humanos, apesar das heróicas tentativas do legislador de escoimá-lo da coisa pública. O art. 37 da CF/1988 é o mais completo libelo escrito na história recente brasileira contra o pessoalismo e a imoralidade no trato da Administração Pública e do recrutamento de seus quadros.⁷⁹

O regime dos *professores catedráticos*, anterior à grande reforma do sistema educacional realizada nos anos 70, era fortemente contaminado pelo favoritismo. No entanto, o controle dos próprios titulares das cátedras em relação a seus pupilos era implacável. Havia certa ética nesse recrutamento. O compromisso era bilateral. A deficiência do pupilo implicava a não-obtenção do cargo de docente.

Nos dias atuais, porém, tanto no Brasil quanto em outros países, ao que já visto, o mérito perdeu relevo em comparação ao favoritismo. Essa é uma das causas mais pronunciadas da crise da dogmática: a seleção descomprometida com a moralidade e a impessoalidade nos quadros universitários. Com isso, excluem-se grandes doutrinadores do cenáculo que se lhes deveria reservar, as cátedras das Escolas de Direito, das quais poderiam realizar o antigo e sempre novo *docendo discimus*. Pode-se chegar ao extremo, em alguns casos, de que o bom doutrinador assim será considerado porque *não integra* a estrutura da universidade. E, dentro das Escolas, haverá tudo, menos doutrinadores. Com isso, quebra-se o compromisso da doutrina com a criação do Direito, pois lhe falta o fundamento da *perícia* e da *prudência*. A dogmática deslegitima-se porque desacreditada. A dogmática desaparece porque não consegue produzir algo de útil. Na raiz? A falta de semeadores de trigo e o excesso de semeadores de joio.

3) Como último fator, destaque-se a *auto-referência*. Com seleções marcadas pelo vício do favoritismo, não se abrem as portas da universidade para

79. “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Caput com redação determinada pela EC 19/1998) (...) II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (Inc. II com redação determinada pela EC 19/1998).”

elementos formados em outras escolas, com outros valores, conhecimentos e visões de mundo. Fecha-se a Escola de Direito em um ciclo vicioso de auto-referência. Não há crescimento científico sem pluralismo. Não há produção de conhecimento sem hetero-referência.

O historiador britânico Benedict Anderson, em seu “Comunidades imaginadas”, examinou o surgimento dos modernos Estados nacionais nos séculos XIX-XX, com a descolonização da América, Ásia e África. Uma das causas determinantes da independência desses novos países foi o sentimento de que todos os nativos pertenciam a uma *comunidade* com valores, símbolos e elementos unificantes *imaginados*. A literatura, a imprensa e a cartografia contribuíram decisivamente nesse processo. E, segundo o autor, a criação, nas décadas que antecederam a independência, de escolas centrais para formação de quadros entre os colonos e nativos foi outro elemento fundamental para o surgimento das *comunidades imaginadas*. Elementos de diversas regiões da colônia afluíam para uma mesma universidade central, conheciam-se, trocavam experiências e compartilhavam suas visões de mundo. Ao voltarem, traziam as sementes da noção de identidade nacional e cultural.

No Brasil, o melhor exemplo dessa função agregadora, sob o prisma dos discentes, oriundos de diversas regiões do país, é a Universidade de São Paulo, especificamente sua Faculdade de Direito. Esse modelo de *hetero-referência* é uma das razões mais significativas da permanente pujança dessa Escola.

Suponha-se o valor da *hetero-referência* no plano docente nas diversas instituições universitárias brasileiras? Os ganhos seriam notáveis.

Muito bem. Mas, o que fazer? Algumas sugestões:

1) Durante décadas, os concursos públicos foram objeto de variegadas suspeitas de pessoalidade. Convenceu-se o Estado, na maior parte das seleções de pessoal hoje realizadas no Brasil, de que a melhor forma de assegurar os valores do art. 37 da CF/1988, seria atribuir a instituições externas a elaboração, aplicação e correção dessas provas. Diminuíram sensivelmente os casos de irregularidades, desde então. E, mais do que isso, a instituição do concurso público ganhou respeito social e tornou-se mecanismo de constituição de uma elite burocrática baseada na meritocracia de investidura. Nada impede que se adote esse modelo de *realização externa* de concursos públicos para as universidades estatais. Some-se a isso a unificação de vagas nacionalmente – nas escolas superiores federais –, para fins de ocupação de cargos em quaisquer das regiões do país. Medidas simples baixadas pelo Ministério da Educação teriam efeitos históricos nesse campo.

2) A adoção de critérios universais, objetivos e impessoais de avaliação dos postulantes a cargos de docente também poderia ser levada a efeito pelo Ministério da Educação. Estabelecimento de pontos e notas mínimas e máximas para

cada fase, com redução da subjetividade e da discricionariedade das bancas examinadoras em fases nas quais esses fatores não poderiam prosperar, como em provas de títulos, de notória objetividade.

3) Objetivação de critérios prévios de suspeição e impedimento, com base em normas baixadas pelo Ministério da Educação.

4) Atuação mais efetiva dos órgãos de controle interno e controle externo do Estado sobre os concursos públicos nas universidades. Esses órgãos são por demais eficientes na fiscalização de obras públicas, contratações de pessoal, mas, apesar da constância de representações ao Ministério Público de candidatos defraudados em certames para professor, é praticamente nula a intervenção desses plexos no âmbito universitário. A mera perspectiva de uma sanção disciplinar, advinda de auditorias ou tomadas de contas especiais pelo Tribunal de Contas ou pela Controladoria-Geral, por certo, desestimularia abusos hoje cometidos nas universidades públicas.

(VII) *avanço da dogmática judicializada e da valorização do estudo de casos.* Nesse último tópico, que foi tangenciado ao longo do artigo, destacam-se dois problemas: (i) a judicialização da dogmática; (ii) a questão do estudo de casos jurisprudenciais.

Quanto à judicialização, basta ressaltar que esse fenômeno revela a dificuldade da doutrina em exercer suas próprias funções: sistematizar, criar, criticar e produzir conhecimento. Essa leniência já cobra seu tributo. Se a doutrina é mera paráfrase de acórdãos, para que os juízes terão interesse em ler obras dogmáticas? Se a doutrina é incapaz de propor, criticar, sistematizar, para que existe?

Na raiz, a crise de fundamentos filosóficos, epistemológicos e metodológicos. Sem Filosofia, Teoria do Conhecimento e algum método, não há como se evadir das armadilhas do manualismo, da reprodução e da estagnação.

A jurisprudência é índice de aplicação teórica. E, quando atua criativamente, gerando novas figuras jurídicas ou institutos não pensados, ela influencia a doutrina, *embora não lhe seja isso exigido*. É necessário ter em consideração exatamente esse ponto: a jurisprudência pode criar, mas não se lhe pode demandar esse papel. E, ao fazê-lo, oferece importantes subsídios à doutrina. No entanto, é da dogmática que se deve exigir a função criativa. Se ela renuncia a esse ofício e escora-se no que os tribunais afirmam, perde sua *ratio essendi* e dá mercê a que seja demitida pela História.

Quanto ao estudo de casos, observa-se que há um movimento de reconstrução da dogmática a partir de duas perspectivas: (i) a mera afirmação do jurista-doutrinador é insuficiente para criar conhecimento jurídico, trata-se do velho recurso ao argumento de autoridade, sem referibilidade e com excesso de

subjetivismo; (ii) o conhecimento jurídico necessita de alguma dose de método indutivo, a partir do exame de casos, tendências jurisprudenciais, estatísticas e base de dados.

Não é adequado confundir o manualismo, e a escrita jurídica baseada em chavões, com a doutrina. Essas duas espécies revelam sintomas da doença da “grafomania”, denunciada por Rudolf Von Ihering, e literatura jurídica de baixa qualidade. Daí se haver dedicado, nas seções anteriores, fortes linhas em ordem a se *qualificar* quem é o jurista apto a doutrinizar. E, basear-se na opinião doutrinária não é estimular o argumento de autoridade. Como dito: *Non ratiōe auctoritatis sed auctoritate ratiōis*. A doutrina vincula não em razão da autoridade, mas pela autoridade da razão.⁸⁰ Mais que isso, a doutrina fundamenta-se no valor democrático, na abertura para que o povo, através da classe dos juristas, crie Direito e modifique ou se contraponha ao Direito produzido pelo Estado, por meio dos legisladores ou dos juízes. Só por isso, a doutrina já estaria devidamente validada, em termos sociais, históricos e políticos.

Por fim, o estudo de casos, especialmente quando focado em decisões judiciais, tem seu valor. É uma boa forma de se conferir a aplicação da doutrina (ou sua não aplicação) pelos órgãos estatais autorizados a dizer o Direito em última instância. No entanto, não se pode extrair dessas sistematizações a força (ou a autoridade) decorrente da supremacia de um método indutivo sobre o método dedutivo. Verificar tendências pretorianas ou entender o porquê das decisões dos tribunais, a partir delas mesmas, não gera conhecimento superior ao produzido pela doutrina. O fato é simples. A autoridade dos tribunais decorre simplesmente de serem *tribunais*. Seu poder é emanado da Constituição e, com isso, devem ser respeitadas, estudadas e analisadas suas decisões. Daí a concluir que são ótimas por serem judiciais, vai-se ao absurdo da *jurisprudenciolatria*. Há boas e ruins decisões judiciais. Seu valor intelectual é variável, portanto. Logo, o exame desses julgamentos não substitui a tradicional forma de se doutrinizar.

A empiria é importante. Este articulista já desenvolveu pesquisas empíricas que coadjuvaram significativamente as teses concebidas dedutivamente. É até necessário o estímulo à empiria no Direito. Não se pode é ignorar que a doutrina faz-se pelo direito de o jurista emitir sua *opinio* sobre fatos, normas e valores e, com ela, modificar ou criar o Direito.

5. CONCLUSÕES

A crise da doutrina, diferentemente da chamada “crise do ensino jurídico”, é relativamente nova, embora tenham sido historicamente identificados

80. CORNU, Gérard. Op. cit., p. 195.

momentos de sério comprometimento dessa fonte do Direito. À semelhança de ocorrências do passado, a situação atual tem por ingredientes a má-formação e a seleção dos juristas e docentes, o pragmatismo e o avanço do Estado sobre a liberdade do povo em criar o Direito.

As soluções para a crise são possíveis de implementação, com maior ou menor facilidade. Algumas dependem do Estado, outras dos próprios doutrinadores. Em tudo, destaca-se a imperativa recuperação, pelos doutrinadores, de seu espaço. É a estes que compete a mais difícil tarefa: recobrar o respeito pela própria doutrina, tão abalado pelos sucessos descritos neste texto.⁸¹

Em tempos de Direito Comunitário e da Integração, deve assumir a doutrina maior importância ainda, pois tem a aptidão de harmonizar e servir de meio à cooperação entre as comunidades jurídicas.⁸² A doutrina, como elemento democrático na criação do Direito, tem de sobreviver.

81. Essa é uma preocupação que já se expressa na óptica de observadores mais lúcidos da crise da dogmática brasileira: “Quanto à doutrina, ela já há muito deixou de ser fonte do direito, e cada vez menos se publicam textos com algum resquício de criatividade. As mais da vezes, não passam de considerações analíticas sobre leis e decisões judiciais, de discutível valor científico e ao sabor das conveniências do grande mercado editorial formado pela classe dos operadores do direito” (COELHO, Luiz Fernando. *Saudade do futuro*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 76).

82. Veja-se o papel da doutrina na formação de códigos-tipo: CARDILLI, Riccardo. El papel de la ‘doctrina’ en la elaboración del ‘sistema’: El ejemplo de la ‘responsabilidad contractual’. AA.VV. *El contrato en el sistema jurídico latinoamericano: bases para um Código Latinoamericano Tipo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 61-90.

II PARECER CIVIL

Os bancos contra os consumidores: aspectos da ação de descumprimento de preceito fundamental

JOÃO BATISTA DE ALMEIDA

Mestre em Direito pela UnB. Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Constitucional; Consumidor

CONSULTA

Consulta-me entidade civil sem fins lucrativos, com sede em São Paulo, sobre a compreensão da arguição de descumprimento de preceito fundamental objeto da Lei 9.882/1999, seus contornos e pressupostos. Formula, para tanto, as seguintes questões:

1. O que se entende por “preceito fundamental” na dicção do § 1.º do art. 102 da CF/1988 e da Lei 9.882/1999?
2. Pode uma decisão judicial ser considerada violadora de preceito fundamental?
3. Qual a inteligência do princípio da subsidiariedade expresso no § 1.º do art. 4.º da Lei 9.882/1999?
4. Quais são os outros meios eficazes de sanar a lesividade, a que se refere o § 1.º do art. 4.º da Lei 9.882/1999, que afastam o manejo da arguição de descumprimento de preceito fundamental quando se trata de decisão judicial submetida a recurso ou transitada em julgado?
5. Qual a função do *amicus curiae* na arguição de descumprimento de preceito fundamental? Poderia o Banco Central do Brasil pedir liminar e reforçar pedido da autora?