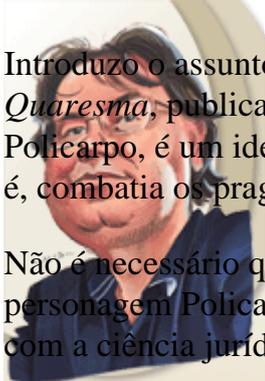


Senso Incomum: O triste fim da ciência jurídica em terrae brasilis

Spacca



iese

Introduzo o assunto invocando o grande Lima Barreto, com sua obra clássica *O Triste Fim de Policarpo Quaresma*, publicada em 1915. Trata-se de um romance com viés nacionalista, em que o personagem, Policarpo, é um idealista, que luta contra aqueles que só sabem defender seus interesses imediatos. Isto é, combatia os pragmaticistas. Pregava que a língua do Brasil deveria ser o tupi-guarany.

Não é necessário que empregemos o tupi-guarany. Nem precisamos ser tão idealistas como o personagem Policarpo. Mas também não precisamos falar javanês. Igualmente não precisamos acabar com a ciência jurídica.

É o caso de recente livro publicado em *terrae brasilis* por quatro professores — diga-se, todos com bom currículo — denominado *Noções Gerais de Direito e Formação Humanística*.^[1] Embora não escrito em língua tupi-guarany, ele dá o tom daquilo que não deve ser a linguagem do Direito (ou dos concursos públicos para as carreiras de juiz, para o qual está destinado o livro, como veremos na sequência).

Explico.

Esta talvez seja a Coluna mais difícil que já escrevi. Isto porque terei de fazer uma análise crítica de um livro de Direito. Não fossem os propósitos da obra, não faria essa pequena anamnese. Ou seja, a crítica se impõe porque o conteúdo do livro foi escrito com o pretexto de atender os ditames do artigo 47, complementado pelo Anexo VI, da Resolução 75/2009 do CNJ que trata dos concursos públicos para ingresso na carreira da magistratura nacional.

A resolução diz que as provas deverão ter conteúdos de Sociologia do Direito, psicologia judiciária, ética e Estatuto da Magistratura, Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito e da Política. Coisa séria. Muito séria. A responsabilidade do livro é, pois, transcendente. Não se trata de “qualquer livro” ou “mais um livro” sobre um assunto jurídico. Não! A obra pretende abarcar o Programa previsto na referida resolução. Eis as razões de minha, digamos assim, missão acadêmica neste momento. Mas, confesso, faço-a contristado. Mas, vamos lá.

No princípio era o verbo?

Assusta, de pronto, que até a página 130 a obra não faça qualquer referência a autores (nacionais ou estrangeiros). É como um *fiat lux*. Não há fontes. Não há origem. Parece que os autores criaram tudo. No princípio, eram eles, os quatro autores. Deles veio a iluminação.

Fosse, entretanto, uma boa iluminação e tudo poderia ser contornado. Ocorre que a “explicação do Direito” dada por eles está toda na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Pior: quase tudo se resume ao artigo 4º. da LINDB.

Para começar, a obra, ao abordar a classificação das leis (p. 53 e ss.), fala em normas constitucionais, utilizando os conceitos “normas constitucionais de eficácia absoluta, plena, limitada, contida etc.”, só que sem mencionar a fonte. José Afonso da Silva, Vésio Crizafulli, etc., ficaram alijados do “processo”.

Na página 79, a obra trata dos planos da existência, validade, eficácia e efetividade, de novo sem indicar a fonte. Para se ter uma ideia, essa questão é tão complexa que até mesmo o STF, em sede de ADI, não se entende sobre a diferença entre validade, eficácia e vigência. Há dezenas de julgados da Suprema Corte em que, por vezes, é utilizada a expressão “retirada de vigência”, em outras “retirada de validade” e, ainda, em outras tantas, “retirada de eficácia”. Ora, rios de tinta foram gastos para trabalhar esses conceitos... Mas os nossos autores preferiram a simplificação. A esse tom.

Quando falam da relação entre moral e direito (um dos dilemas contemporâneos da ciência jurídica), dizem que “*A moral é o conjunto de princípios gerais de conduta através de atos resultantes da livre vontade humana, disciplinando os deveres do homem perante Deus, perante si próprio e perante a sociedade*” (p. 35). O que dizer disso? Alguém quer comentar? Não há secularização nesse conceito? Fico pensando em autores como Klaus Günther, Robert Alexy ou Ronald Dworkin (sem falar nos autores brasileiros), que se dedicam há tantos anos para deslindar esse nó resultante da relação “direito-moral”...

E mais: “*Existe uma implicação do preceito moral sobre a validade jurídica. O direito imoral é destituído de sentido, muito embora exista concretamente, tornando-se obrigação juridicamente inválida. (...) uma norma jurídica que estabeleça a pena de morte para o doador de sangue é possível, porém será totalmente destituída de sentido, da mesma forma que o direito imoral pode existir, gerando uma contradição de teor*”. (p. 36) Pergunta absolutamente necessária: De onde os doutores teriam tirado essa tese, ideia ou opinião? E os doutores-autores querem que os concursandos estudem isso para serem “melhores juízes”? Sim, pois, ao que entendo, a Resolução do CNJ quer que tenhamos melhores juízes. Mais sofisticados. Mais cultos. Mais preparados. Na medida em que o livro em questão foi elaborado para que os concursandos passem nos concursos, a questão é saber: Em que medida isso melhorará o nível de conhecimento jurídico? O que quer dizer “direito imoral é destituído de sentido?” Mais: o que os doutores queriam nos transmitir (ou aos concursandos) com a passagem “uma norma jurídica que estabelece a pena de morte para o doador de sangue é possível”? Hein?

Não há limites

Quando os autores falam do conceito de Direito, a “coisa pega” (mais). Vejamos. Para eles, “*o Direito possui, como “causa formal” (“modos pelos quais o direito se exterioriza”) o que está definido pelo art. 4º. da LINDB: lei, os costumes e os princípios gerais de direito, “podendo ser considerados, ainda, a doutrina, a jurisprudência e os brocardos jurídicos*”. (p. 37) Isto é: o Direito está resumido na “Lei de Introdução”. Princípios constitucionais... nem falar. Talvez a LINDB valha mais do que a Constituição... E não adianta colocar a culpa na LINDB... Por falar em LINDB, queria saber quem foi a iminência parda que inspirou a redação desse malsinado artigo 4º.

Ainda: O que seria um sistema jurídico? Atenção, futuros juízes federais e estaduais: “*(...) sistema jurídico é o conjunto das fontes formais do Direito (lei, costumes e princípios gerais*”. (p. 43)

E as fontes? “*(...) a expressão fontes do Direito faz subentender as fontes formais que estão estabelecidas no art. 4º. da LINDB, ou seja, a lei, os costumes e os princípios gerais de Direito*”. (p. 48) “*As fontes formais do Direito “(...) são todas as razões humanas que estabeleceram a feitura de uma lei específica, de um determinado costume ou de um princípio geral de direito. São a razão econômica, a sociológica, a política, etc. que influenciaram a criação de uma fonte formal*”. (p. 49)

Não vou falar da classificação das fontes do Direito, mas o que mais me intrigou foi a ausência de fontes (sem trocadilho). Parece que os autores criaram, *per se*, a classificação constante à página 49.

Descobri também, na página 50, que os brocardos jurídicos podem ser fontes do Direito. Bom, nessa toada, o que não pode ser “fonte do Direito”?

And I rest my case.

No princípio... Os princípios

Depois de tudo o que já se escreveu sobre princípios (Dworkin, Alexy, Habermas, Barroso, Bonavides, Ávila, Marcelo Cattoni, Menelick de Carvalho Neto, Gilmar Mendes, Paulo Branco, Ecio Oto, Otavio Luiz Rodrigues Jr, Nelson Nery Jr, Fabio de Oliveira, Daniel Sarmento, Ruy Espindola, Ingo Sarlet, Ana Paula Barcellos, Rafael Tomás de Oliveira, Luigi Ferrajoli), leio que “*Os princípios jurídicos é que possibilitaram a divisão do Direito em ramos e em disciplinas jurídicas*”. (p. 38) E paro por aqui, nesta parte... Constrangido, não me atrevo a continuar.

Interpretação/aplicação

Depois de Dworkin, Gadamer e uma plêiade de juristas (nem vou falar das dezenas de boas obras produzidas aqui no Brasil) que escreveu sobre interpretação e aplicação do Direito, sem que o livro cite qualquer deles, lê-se que “*O intérprete e o aplicador se valem das fontes formais do Direito no processo lógico-silogístico, ou seja, na operação denominada juízo de concreção ou de subsunção em que a situação concreta (premissa menor) é deduzida na premissa maior (fonte formal) extraindo-se uma conclusão, ou seja, solução jurídica para o caso concreto. Portanto, na premissa maior, ou seja, na fonte formal enuncia-se o dever-ser e na premissa menor verifica-se o enunciado do caso concreto, examinado pelos meios de prova, concluindo-se de forma justa. Porém, para que o aplicador (juiz) possa encontrar com maior facilidade a premissa maior, é imperioso que o direito estabeleça mecanismos que facilitem a localização do instituto, ou seja, a localização da fonte formal*”. (p. 38)

Meus alunos de primeiro ano diriam: e daí? Alguém avisou aos autores que essa “coisa” da subsunção está tão ultrapassada que ninguém mais fala nisso? No máximo autores da cepa de um Alexy vão falar de uma subsunção para casos simples. E isso deve ser bem contextualizado (aqui me recordo de alguns diálogos com leitores da coluna, os professores Sergio Niemeyer e Felix Soibelman, que muito poderiam falar, com conhecimento de causa, sobre essa temática). Como se daria essa “dedução” de que falam os autores? E o que é “concluir de forma justa”?

De todo modo, o que mais me preocupa é o modo como foi banalizada essa questão da hermenêutica na aludida obra. Sem nenhuma reflexão crítica, a obra explicita conceitos do século XIX para os futuros magistrados do século XXI. Será que é isso que a Resolução 75/2009 do CNJ pretende? Serão esses os novos horizontes da magistratura nacional?

Aqui, um alerta: em outra coluna, falarei o que o livro diz sobre hermenêutica. Isso está nas páginas 120 e seguintes. Isto porque, incrivelmente, os autores trataram separadamente do tema interpretação e aplicação do Direito do tema hermenêutica jurídica. Aguardem.

O artigo 4º da LINDB

Em *Verdade e Consenso* (4ª. Ed, Saraiva, 2011), escrevo sobre a Lei de Introdução ao Código Civil. Ali, faço ácidas críticas ao seu aspecto a-paradigmático (depois veio a LINDB — as críticas se mantêm). Pois vejo, agora, que a obra em tela pretende ensinar Teoria do Direito (e hermenêutica jurídica) aos candidatos a juízes com conceitos do tipo “*dessa forma, o juiz após verificar a inexistência de norma para o caso concreto, bem como a impossibilidade de aplicação de analogia, deve primeiro buscar os costumes, para, depois, tentar a doutrina e a jurisprudência como fonte e, por fim, aplicar os princípios gerais do Direito, como última salvaguarda para colmatar as lacunas, ou seja, para instaurar a completude necessária (preencher a lacuna), solucionando o caso concreto*” (p. 51). Há, no mínimo, em *terrae brasilis*, uma dezena de obras jurídicas que explicam essa matéria de forma adequada, sem esses equívocos. Nenhuma foi referenciada.

Lacunas

Lacuna ontológica (sic), para os autores, “*é aquela que gera uma inadequação da ordem normativa às situações da vida. Dessa forma, a descrição normativa não tem correspondência com os fatos sociais*” (p. 47) Mas, afinal, o que os autores queriam dizer por “ontologia”? Veja-se: tratando-se de um livro que pretende ensinar Teoria do Direito (ou Filosofia, Sociologia, etc.) para candidatos a juízes (insisto: minha análise crítica se deve a essa pretensão), parece evidente que uma palavra com essa carga semântica não pode vir desacompanhada de uma explicação... Estariam os professores-autores se referindo à ontologia clássica? Se sim, piora a situação. Em tempos de intersubjetividade, falar em realismo filosófico... Bom, é melhor parar por aqui.

Mas em uma das classificações das lacunas os autores extrapolaram. Trata-se da lacuna denominada “axiológica” (na verdade, o que faltou discutir foi, mesmo, “a questão das lacunas no Direito”). Veja-se o que é “lacuna axiológica”: “*Ausência de uma norma justa a ser aplicada a uma determinada situação.*” “*É o caso de um homem flagrado com uma menina de programa, após a prática do ato sexual, constatando-se que a mesma tinha treze anos de idade. Aplicando-se o art. 213 c.c. o art. 224, ambos do Código Penal, a presunção de violência impõe uma pena mínima de seis anos de reclusão a ser cumprida em regime integralmente fechado, o que não parece razoável diante da realidade social, sendo uma presunção de violência absoluta, e não permitirá qualquer defesa ao réu (JTJ 194/282)*” (p. 48). Assim, sem mais, nem menos? Qual é a fonte disso? Há algum julgamento que tenha albergado essa hipótese? Algum penalista ousou defender tal tese? Se sim, por que os autores não mencionam a(s) respectiva(s) fonte(s)? Qual é o alcance da expressão “razoável”, afinal? É o juiz quem vai dizer?

O que é doutrina?

Para os autores, trata-se de fonte formal do Direito, sendo que a natureza jurídica da doutrina pode ser classificada como: “*costume, método de integração ou método de interpretação*” (p. 69). Como costume, “*o melhor é considerar a doutrina como fonte do Direito consuetudinário*” (*idem*). Como método de integração, parte da ideia de que o artigo 4º da LINDB é meramente exemplificativo. E, por fim, como método de interpretação, tem-se o entendimento de que a doutrina visa a interpretar a lei. “*Nesse caso, a lei é a fonte, e a doutrina, apenas um método de interpretação, considerando que constrói conceitos, sistemas, classificações e teorias. Influencia profundamente a legislação, até porque o legislador muitas vezes se vale do ensinamento do doutor para estabelecer a lei*”. (*idem*)

Mas, de onde os autores teriam extraído essas conclusões? Que algaravia conceitual é essa? É intrigante a colocação da doutrina como “fonte do Direito consuetudinário” (*sic*). Primeiro porque é difícil

perceber o que os autores pretendem dizer como “Direito consuetudinário”. Seria uma referência aos sistemas jurídicos do *Common Law*? Ou estariam eles remetendo o leitor — certamente presumido por eles um incauto — ao costume de que fala a LINDB? De se notar que, em nenhum dos casos, o enunciado descrito no texto produz algum sentido semântico mínimo. O papel da doutrina como fonte de Direito está muito mais enraizado no sistema romano-canônico do que no âmbito do *Common Law*. Em países de *Common Law* sobressai — embora haja particularidades específicas de cada realidade nacional — o componente judicial na formação do Direito. Ao passo que, no âmbito da tradição romano-canônica, existe uma acentuação no que toca à doutrina em face da predominância do estudo científico do Direito, que se solidificou no continente europeu desde a fundação da Universidade de Bolonha.

Interessante notar que, mesmo assim, é extremamente complicado arriscar a economia de uma obra que envolve Filosofia do Direito e Teoria do Direito em um conceito único e universal de doutrina, determinando taxativamente o seu papel como fonte do Direito. Nessa senda, é também altamente perigoso querer reduzir o papel da doutrina à “influência do legislador” (seria o doutrinador, neste caso, uma espécie de *Grundlobbista* —um lobista fundamental?).

Explico: note-se, por exemplo, que, mesmo no âmbito da tradição continental (romano-canônica), há singularidades no que tange ao tipo de protagonismo desempenhado por esse tipo de fonte do direito. Por certo, na condição de obra dos eruditos — estudiosos do Direito —, a doutrina assume peculiar relevância no campo da tradição alemã que estruturou um modo de produção do Direito extremamente associado à produção acadêmica dos “cientistas”, estudiosos do Direito. Daí a afirmação recorrente de que, o *BGB* de 1900, o Código Civil, foi um produto da pandectística ou, como prefere a nomear Franz Wieacker, “Ciência das Pandectas” (frisa-se: não se trata de simples “influência”; trata-se, na verdade, de ser a universidade o *locus* de onde a autoridade da legislação retira sua legitimação. Ainda hoje, não se faz uma lei na Alemanha sem que antes haja um amplo debate em que os eruditos doutrinadores são ouvidos). Isso é pouco?

Todavia, quem procura observar — com proficiência — a experiência francesa (que se desenvolve nas mesmas circunstâncias de tempo), irá perceber que a tradição de estudo do Direito, portanto do papel da doutrina, será coadjuvante, para não dizer inexistente, nos anos que se seguiram à consagração do *Code Civil*. Veja-se, nesse sentido, que a conhecida “proibição de interpretar” que existia naquele diploma legal se direcionava não apenas ao judiciário, no momento de aplicação da lei. A proibição incidia também para seus intérpretes eruditos: a doutrina. O que dizer disso?

Portanto, a determinação do conceito de doutrina e seu dimensionamento enquanto fonte de Direito deve observar essa série de peculiaridades que conformam o fenômeno jurídico.

Como já disse, em inúmeras oportunidades, o Direito é um fenômeno complexo. Como ciência do vivente — ou, como diria Heidegger, de alargado espaço existencial — o jurista deve dar conta desse enorme fosso que existe entre a pretensão de universalidade do seu discurso e as, quase cruéis, inúmeras particularidades existentes nas mais diversas experiências jurídicas que conformam nossa tradição.

Por certo, a doutrina deve doutrinar. Tenho insistido nisso. E todos sabem quanto! Deve estar pronta para exercer o sua função de constranger epistemologicamente a produção da jurisprudência. Mas, por favor, para que essas importantes funções sejam bem desempenhadas, precisamos compreender — minimamente — o significado dessa instituição jurídica. É preciso estudar história, para não correremos o

risco de estarmos a contar *estórias*...

Fim da primeira parte. Em outras colunas, continuarei. Se tiver a devida paciência, tratarei da distinção entre ciência jurídica e doutrina (*sic*), conceito de jurisprudência (já adianto que “gostei” da corrente dos “realistas” que o livro fala...) e, é claro, da hermenêutica jurídica (no livro está separada da interpretação-aplicação do Direito... — já adianto que gostei da parte em que os autores falam que a decisão é uma questão de dedução...; também adorei a parte em que os autores dizem que a hermenêutica jurídica tem um caráter essencialmente dogmático, sendo que esse caráter se expressa no princípio da legalidade — p. 167), além de outros pontos... Afinal, o livro possui 582 páginas. E o material é farto. Pano para muita manga.

Triste fim?

O que quero adiantar é: em tempos de mensalão e de institucionalização de tribunais de exceção para julgar candidatos a magistrados, em que a crise do Direito aflora mais e mais, e em tempos de ensino jurídico standardizado, com publicações simplificadas e simplificadores pululando em rodoviárias, supermercados e aeroportos, deveríamos esperar que houvesse um “dar-se conta” dessa crise. Mas, parece que estamos longe de uma alteração paradigmática.

Não é necessário que se elabore uma obra hermética para concursos públicos. Entretanto, mesmo que o livro queira apenas tratar de “noções gerais”, ainda assim estas não devem ser simplificadoras do fenômeno jurídico (e social). Portanto, não parece adequado que se busque conceitos liquefeitos, resultantes de outros manuais, muitos dos quais nem sequer foram referidos pelos autores. Daí o título dessa primeira coluna sobre a obra *Noções Gerais de Direito e Formação Humanística*: “O triste fim da ciência do Direito”. Tenho de admitir: parece que não tem mais jeito mesmo.

Post Scriptum: quem me chamou a atenção sobre o livro foi o professor Leonel Severo Rocha, um dos teóricos mais eruditos do Direito brasileiro, aluno de Warat e orientando de Claude Lefort, que, como poucos, entende a complexidade do Direito, com sua expertise em Luhmann. Severo Rocha é coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, um dos seis programas avaliados com nota máxima do ranking nacional da pós-graduação em Direito. Disse-me o professor: “*Há anos que lutamos para que Sociologia, Filosofia etc. fossem colocadas nos concursos públicos. Depois de tomar conhecimento do conteúdo da obra, serei o primeiro a pedir que excluam tais matérias dos concursos.*” Calei-me. Nada pude acrescentar.

[1] Cf. ASSIS, Ana Elisa S. Queiroz; SERAFIM, Antonio de Pádua; ASSIS, Olney Queiroz; KÜMPEL, Vitor F. *Noções Gerais de Direito e Formação Humanística*. São Paulo: Saraiva, 2012.

Date Created

20/09/2012