

O PAPEL DA DOCTRINA JURÍDICA: UM ENFOQUE TEÓRICO SOB O PONTO DE VISTA DA POLÍTICA JURÍDICA*

Ricardo José Engel**

1. Noções Preliminares e Importância do Tema

O Político Jurídico se preocupa com o conteúdo *justo e socialmente útil* das normas do Direito, tendo em vista o atendimento das *necessidades sociais*, sem menosprezar a necessária *segurança jurídica*!

A Política Jurídica, por conseguinte, trata do Direito que ainda não existe, mas que deveria existir. Cuida precipuamente das idéias. No entanto, para este mister, a ela cabe *valorar*, positiva ou negativamente, o direito existente, preconizando a *modificação* de modelos normativos vigentes ou propondo a *criação* de paradigmas legais totalmente novos.

Já Hans Kelsen vislumbrara, com objetividade, o referido papel da Política do Direito, diferenciando-o daquele da Ciência Jurídica. O consagrado jurista austríaco, obtempera que à Política Jurídica

* Texto de conclusão da Disciplina Teoria e Prática da Política Jurídica, ministrada no Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – CPCJ, da Univali, pelo Professor Doutor Osvaldo Ferreira de Melo, no segundo semestre de 1999.

** Mestrando em Ciência Jurídica pelo CPCJ/Univali. Professor da Univali e FEBE. Auditor-Fiscal do Trabalho.

"importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito", enquanto que à Ciência do Direito cabe definir "o que é e como é o Direito".²

Registre-se, pois, que a Política Jurídica exerce seu trabalho desde a fase pré-normativa até a final aplicação da lei.³ Na fase pré-normativa, o Político do Direito procura compreender o que existe de essencial na *consciência jurídica* social, as suas *representações jurídicas* que se manifestam na opinião pública para, em seguida, criar e propor a *norma* desejável. Ou, apenas corrigir, aperfeiçoar, adequar, atualizar a norma vigente que se tornou superada, e que não atende mais às legítimas aspirações sociais.⁴

Mas, qual é o instrumento de que dispõe o Político Jurídico para apresentar esse seu trabalho? Respondendo a esta indagação, pode-se afirmar que a Doutrina se põe como o terreno no qual é desenvolvida toda a produção teórica da Política Jurídica, na busca de seus objetivos.

Pretende-se demonstrar, neste breve estudo, o papel da Doutrina como força modeladora do Direito, pelas contribuições que, através dela, o Político Jurídico oferece ou pode oferecer, tanto ao legislador, na fase pré-normativa, quanto aos operadores do Direito, na interpretação/aplicação do Direito vigente.

Procura-se evidenciar que a Doutrina, como instrumento vital para a Política Jurídica, representa um campo de fundamental importância para a construção, renovação e atualização do Direito na direção de seus valores cardeais: a *justiça* e o *bem comum* (*utilidade social*). Possui a Doutrina um imenso poder, para o qual, lamentavelmente, muitos operadores do Direito ainda não despertaram.

2. Conceito e Fundação da Doutrina no Direito * * * * *

O vocábulo *doutrina* advém do latim *doctrina*, do verbo *docere*, que significa ensinar, instruir. Do ponto de vista etimológico, constitui-se do produto do pensamento sistematizado a respeito de determinado problema, com a finalidade precípua de ensinar, propugnando um

pensamento tido como correto sob determinado prisma ou por determinado grupo.

Pode-se dizer que, em Direito, a Doutrina é o resultado do estudo de caráter científico que os pensadores – juristas, políticos do Direito e jusfilósofos – fazem a respeito do Direito e que serve de base para o sistema jurídico. É este o conceito operacional adotado para os efeitos das idéias expostas neste texto.

A Doutrina pode ser considerada, de maneira mais completa, como o conjunto de idéias, princípios, juízos críticos, conceitos e reflexões teóricas que os juristas desenvolvem e defendem, na sistematização, interpretação e ensino do Direito vigente e na concepção de novas normas e institutos, exigidos pelo momento histórico.

Acresce enfatizar, portanto, que a Doutrina, cujas diretrizes, prescrições e formulações já foram até obrigatórias,⁵ tem fundamental importância tanto na interpretação e aplicação da norma jurídica pelos tribunais, quanto na elaboração da mesma.

Destarte, compreende-se a Doutrina como um importante grande espaço para as *idéias e apreciações axiológicas*. Se a Ciência Jurídica é marcada pelas normas, a Política Jurídica prende-se fundamentalmente ao campo das *idéias*.

Com efeito, se nos tempos que correm a especialização se torna fundamental e a velocidade das transformações está exacerbada, a Doutrina assume papel relevante para o Direito e para a Política do Direito.

Impende assinalar, neste contexto, que em face das contínuas mudanças que se operam no mundo dos fenômenos da vida humana, já não é possível que o legislador ou o juiz, mesmo especialista, consiga dar conta do universo de situações existentes, tanto no mundo das *normas* quanto no da *realidade social*.

A Doutrina, neste processo, torna-se essencial para aclarar pontos, estabelecer novos paradigmas, descobrir caminhos ainda não pesquisados, apresentar *soluções justas*, enfim, pesquisar fatos e *valores*, interpretar normas e propor alternativas, com vistas a auxiliar a construção sempre necessária e constante do Direito, aperfeiçoando o sistema jurídico.

3. O Papel da Doutrina na Política Jurídica * * * * *

A *Doutrina* revela esquemas teóricos indispensáveis para que a lei e as demais normas jurídicas possam alcançar seu fim, sempre representado por um *valor*.⁶

Observa-se que a lei, fonte primacial do Direito nos países do direito codificado, não pode atingir sua plenitude de significado e nem atualizar-se sem ter, como antecedente necessário, a participação da *Doutrina*.

A Doutrina banha as matrizes do Direito, indagando do papel histórico e da função atual de cada uma delas, no sentido de contribuir para a realização de seus valores fundantes: *justiça, utilidade social e segurança jurídica*.

Ao introduzir princípios e entendimentos novos, ditados pelas *necessidades sociais* ou sugeridos pela experiência, a Doutrina mostra sua grande utilidade para a Política Jurídica.

Tratando da problemática da busca da norma adequada, em face das mudanças culturais e das conquistas sociais, às quais o Direito positivo não pode ficar insensível, Osvaldo Ferreira de Melo destaca a importância da Doutrina na produção teórica neste campo e com acerto leciona: "essa atividade complexa, difícil, mas possível e absolutamente necessária, está no âmbito da Política do Direito, cuja práxis, evidentemente, será tão mais exitosa quanto mais segura for sua *sustentação teórica*"⁷ (sem destaque no original).

É por isso que a Doutrina, campo no qual se produz esta *sustentação teórica*, vem ganhando importância cada vez maior na formação do Direito. Isto se dá tanto através das construções teóricas que atuam sobre a *legislação* e a jurisprudência, quanto pela investigação e descoberta de *novas exigências sociais, novos parâmetros do justo (justiça social)* ou até de *novas fontes do direito*, no dinamismo real das sociedades modernas.

É na obra dos juristas que pode ser encontrada a gênese de inúmeras disposições *normativas* e a inspiração de diversos *julgados* que inovam e aperfeiçoam o Direito, na sua *incessante procura pela*

justiça. É o caso das teorias da imprevisão, do abuso de direito, da função social do direito, do princípio da razoabilidade e de muitas outras formulações que tiveram papel decisivo nas transformações do direito moderno.

4. Da Teoria à Prática: O Papel do Operador do Direito e do Legislador em Face da Doutrina *

4.1 As Contribuições de Alf Ross *

Em seus estudos, Alf Ross⁹ trata da tarefa da Política Jurídica e menciona sua relação com o legislador e com o operador do Direito, especialmente o juiz. Para Ross: "el tercero y último eslabón en la investigación político-jurídica es la formulación de conclusiones en la forma de directivas al **legislador** o al **juez**" (sem destaque no original).

Em outro ponto, Alf Ross analisa as implicações da Política Jurídica, tanto no âmbito da *lege ferenda* como no âmbito da *sententia ferenda*. Afirma que o Direito não é criado unicamente pelo legislador e reconhece a importância da decisão judicial. Esclarece que esta última é, no entanto, menos livre que a atividade legislativa.

Nesta perspectiva, para Ross:

"la autoridad que administra el derecho, en particular el juez, se siente obligada por las palabras de la lei y **las otras fuentes del derecho**. Sin embargo, éstas siempre dejan cabida a la interpretación, y **la norma jurídica concreta en la que se traduce la decisión, es siempre creación**, en el sentido de que no es una mera derivación lógica de las reglas dadas"⁹ (sem destaque no original).

E conclui enfatizando o papel de guia que a Doutrina exerce para o legislador e o juiz:

"en base a estos fundamentos, la política jurídica no solo cumple el papel de guía para **el legislador**, sino también el de guia para las autoridades que administran el derecho, en particular **los jueces**. Esta forma de política jurídica es la que

aparece en la contribución que la *doctrina* hace a la interpretación. Se demostró antes de qué manera especial las consideraciones jurídicas teóricas se confunden con las consideraciones jurídicas políticas"¹⁰ (sem destaque no original).

4.2 O Operador do Direito * * * * *

Há situações em que o próprio juiz, o advogado, o parecerista, o assessor jurídico ou procurador de justiça agem como Político do Direito.

Trata-se dos casos em que a Doutrina é usada como argumento para sustentação de opiniões jurídicas ou para a tomada de decisões visando a resolução de casos práticos, para os quais inexistente norma, ou para aqueles em que a norma existente é inadequada ou imperfeita. Na verdade, são argumentos retóricos que repousam no *poder de autoridade* de que ela goza.

É por esse poder de autoridade que alguns juristas tornam-se conhecidos. Quando isso ocorre, a opinião desses doutrinadores torna-se respeitada, de tal forma que passam a ser ouvidos.

Os *pareceres* surgem neste contexto, como uma modalidade específica de doutrina. Os doutrinadores, exercendo um papel de Políticos do Direito, passam a manifestar-se sobre questões jurídicas, oferecendo a sua opinião autorizada, que exerce clara influência no pensamento jurídico.

A Doutrina é, inquestionavelmente, fonte inspiradora de decisões judiciais. A realidade demonstra que a opinião doutrinária exerce, de fato, influência também nos julgados. Basta uma leitura de sentenças, escolhidas ao acaso, para lá encontrarem-se decisões fundamentadas nas opiniões de doutrinadores.

Neste diapasão, importante citar o entendimento de Paulo Dourado de Gusmão, para quem

"a autoridade de certos juristas leva os juízes a acolher a interpretação do direito por eles dada. É comum encontrarmos nas

sentenças e nos pareceres citação da opinião de jurisconsultos, e, muitas vezes, nessas opiniões se fundam os julgados. Quantas vezes os pareceres dos doutos têm modificado a opinião dos juízes!"¹¹

E conclui Gusmão, advertindo que "não devemos fugir à realidade e pretender escondê-la, mas sim desejar que os juízes se aproximem da boa doutrina, da verdadeira autoridade jurídica, e não dos falsos mitos jurídicos".¹²

Destaque-se, neste tópico, o importante papel que parte da Doutrina vem exercendo no sentido de denunciar o abismo existente entre uma Constituição Federal que disponibiliza ao povo um conjunto de direitos e respectivos mecanismos de garantia, e uma sociedade que se ressentida de tais direitos e na qual a maioria da população não vê assegurado o acesso à justiça. Fala-se, nesta ótica, na necessidade de uma filitragem hermenêutico-constitucional de todo o Direito Positivo.¹³

4.3 A Fase Pré-Normativa e o Auxílio ao Legislador * * * * *

A Doutrina pode ter, ainda, um grande valor o para o Político do Direito, no que diz respeito ao momento da feitura das normas jurídicas. Aqui, a Doutrina é a ferramenta do Político do Direito para sugerir *reformas legislativas* ou, se for o caso, a *criação legislativa*.

Assim, ela inspira o legislador *para e na* produção e/ou reforma de normas jurídicas. Suas teorias servem, amiúde, de base para a criação de normas. Deve o Político do Direito, por meio da Doutrina, antecipar-se e oferecer ao legislador todo o aparato de reflexões, análises; informações, fundamentos axiológicos, que permitam ao mesmo elaborar uma norma sintonizada com os valores do *justo*, do *socialmente útil* e da *segurança jurídica*.

Ninguém melhor que o Político Jurídico para analisar o ambiente externo do ordenamento jurídico, fazer a leitura do *direito ideal* no âmbito da vida social. Com sensibilidade, procura verificar as *representações jurídicas* existentes na sociedade, plena de anseios e conflitos, e fazer as devidas proposições em direção à norma desejável.

A Doutrina é o instrumento onde se registram as conclusões e contribuições do Político Jurídico. Todo este cabedal teórico e técnico da Política Jurídica fica, por meio da Doutrina, à disposição do legislador, que não poderá desprezã-lo, sob pena de elaborar uma norma não sintonizada com as novas necessidades sociais e com o direito ideal. Por isso, a norma elaborada pelo legislador deve incorporar todo acervo teórico oferecido pelo Político Jurídico, impregnando o texto normativo dos valores da justiça, da utilidade social e da segurança jurídica.

Cabe, neste ponto, destacar a opinião de Miguel Reale quando trata da relação entre a Política Jurídica e o momento da elaboração da norma jurídica. Na sua avaliação, "a Política do Direito tenderá cada vez mais a revelar-se como o estudo global da *nomogênese jurídica*, isto é, das valorações e estruturas sociais que condicionam o aparecimento de uma norma jurídica, como obra de síntese superadora de possíveis antagonismos fáticos e valorativos".¹⁴

Há outras situações, em que o legislador se fundamenta na Doutrina para apresentar *projetos*, que se transformam em leis. E, noutras ainda, são os próprios doutrinadores que elaboram os projetos a serem apresentados por legisladores para aprovação. Como exemplo, cite-se o próprio Código de Defesa do Consumidor, cujo projeto, que levou à sua aprovação, foi elaborado por juristas de escol.¹⁵

5. Considerações Finais

Como instrumento da Política Jurídica, entende-se que a Doutrina deve se esforçar para, por meio de construções teóricas, abrir caminho para a *ordem jurídica nova*, sem abandonar abruptamente a antiga, procurando conciliar noções fundadas no direito anterior com as novas e legítimas exigências sociais. A doutrina, neste sentido, tem a missão de oferecer ao mundo jurídico, o cabedal teórico e técnico da Política Jurídica, que auxilie na construção da citada ordem jurídica nova.

É fundamental que se submeta o Direito Positivo a juízos de valor, a uma acurada avaliação, sob diferentes ângulos de enfoque. O Político Jurídico deve, neste prisma, acusar as falhas e deficiências do

Direito, oriundas da exacerbação das perspectivas técnico-formais positivistas. Por outro lado, deve propugnar uma nova ordem, que garanta a supremacia dos fundamentos ético-políticos sociológicos, sintonizados com a realidade da pessoa humana situada concretamente, como ser histórico. E isso para que o Direito cumpra seu papel de libertação do ser humano.

Averbe-se, por importante, que Política Jurídica procura captar os novos valores e exigências existentes na realidade jurídico-social viva, e quando estes se encontram em manifesta oposição com o Direito posto, propõe as modificações ou inovações necessárias. Aqui a via doutrinária assume especial relevo, posto que cabe a ela, por meio de prescrições, dar soluções jurídicas para as questões criadas pelas *modificações da realidade social*, oferecendo-as ao legislador ou ao operador do Direito em geral.

É possível concluir, com Roubier, *apud* Gusmão,¹⁶ que a Doutrina tem a "vantagem de constituir um conjunto coerente de soluções, estabelecidas independentemente de toda consideração de espécie; a competência técnica e a imparcialidade do juriconsulto são garantias do valor da regra, posto que esta não se impõe senão por suas próprias qualidades".

Por derradeiro, diga-se que a Doutrina é instrumento indispensável para o Político do Direito, e, por conseguinte, para o progresso e aperfeiçoamento do Direito, no sentido do justo, do humano, do socialmente útil.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1 Conforme se depreende das lições de Osvaldo Ferreira de Melo, em seu *Temas atuais de política do direito*. Porto Alegre : Sergio Fabris, 1998. p. 20.
- 2 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo : Martins Fontes, 1999. p. 1.
- 3 Sobre todo processo político-jurídico na busca da norma justa, consultar a excelente explanação de Osvaldo Ferreira de Melo. *Op. cit.* p. 19-34.
- 4 Conforme lição de Osvaldo Ferreira de Melo. *Op. cit.* p. 23-26.
- 5 Em Roma, o Imperador Adriano conferiu caráter de obrigatoriedade à opinião de certos juriconsultos, quando fossem *concordantes*, ou seja, quando houvesse a *communis opinio doctorum*. Posteriormente, no século XIV, as Ordenações

- Afonasinas, na Espanha, determinaram que se ouvissem, como fonte subsidiária da lei, as opiniões de juristas, tais como Bartolo, Acúrsio e outros.
- 6 O termo *valor* aqui entendido como qualidade do que é *digno* de apreciação ou de escolha. Conforme lição de Osvaldo Ferreira de Melo, em aula ministrada no CPCJ – Univali, disciplina Teoria e Prática da Política Jurídica, no ano de 1999.
- 7 MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*. Porto Alegre : Sérgio Fabris, 1994. p. 18.
- 8 ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Trad. Genaro Carrió. Buenos Aires : Editorial Universitária, 1974. p. 324-326.
- 9 *Op. cit.* p. 321.
- 10 *Op. cit.* p. 321.
- 11 Consoante lição contida em sua obra *Introdução ao estudo do direito*. 25. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1999. p. 128-129.
- 12 *Op. cit.* p. 129.
- 13 A respeito deste tema consultar Lenio Luiz Streck, *Hermetica jurídica e(m) crise : uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 2. ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2000.
- 14 REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24. ed. São Paulo : Saraiva, 1998. p. 333-334.
- 15 Conforme Luiz Antônio Nunes, *Manual de introdução ao estudo do direito*. São Paulo : Saraiva, 1996. p. 87.
- 16 *Op. cit.* p. 130.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. 25. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1999. 447p.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo : Martins Fontes, 1999. 427p.
- MELO, Osvaldo Ferreira de. *Temas atuais de política do direito*. Porto Alegre : Sergio Fabris, 1998. 88p.
- _____. *Fundamentos da política jurídica*. Porto Alegre : Sergio Fabris, 1994. 136p.
- NUNES, Luiz Antonio. *Manual de introdução ao estudo do direito*. São Paulo : Saraiva, 1996. 250p.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24. ed. São Paulo : Saraiva, 1998. 393p.
- ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Trad. Geraro R. Carrió. Buenos Aires : Editorial Universitária, 1963. 372p.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermetica jurídica e(m) crise : uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 2. ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2000. 304p.