

CAPÍTULO 2

DOCTRINA E PARECER CONTENCIOSO REMUNERADO: A DEFORMAÇÃO DO DISCURSO JURÍDICO NO BRASIL¹

ANTÔNIO HERMAN BENJAMIN

Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Presidente da Associação Brasil-Estados Unidos de Direito, da Comissão Mundial de Direito Ambiental, e do FONAMA – Fórum Nacional de Magistrados e Ambiente, além de secretário-geral do Conselho Consultivo Internacional do PNUMA para a Justiça Ambiental. Professor visitante da Faculdade de Direito da Universidade do Texas em Austin desde 1994. Formou-se na Universidade Federal do Rio de Janeiro, fez mestrado na Universidade de Illinois e doutorado na Universidade do Rio Grande do Sul. É fundador e editor-chefe emérito das Revistas de Direito do Consumidor e de Direito Ambiental. Foi um dos redatores de importantes leis brasileiras, incluindo o Código de Defesa do Consumidor de 1990, a Lei da Improbidade de 1992, a Lei da Concorrência de 1994, a Lei dos Crimes contra o Meio Ambiente de 1998, o Código Florestal de 2012, a Lei das Concessões Florestais de 2006 e a Lei da Mata Atlântica de 2006.

INTRODUÇÃO

Onde há Direito, haverá doutrina jurídica. Afirma Carlos Ferreira de Almeida que a doutrina, “em especial aquela que é gerada em ambiente universitário”, desempenha, no espaço continental-europeu e nas nações que sofreram sua influência, “relevante papel na construção e compreensão dos sistemas jurídicos, nas reformas legislativas e também, embora em graus diferentes, no modo de aplicação do direito”². Livre para criticar a legislação, “seja sobre questões de técnica jurídica, seja sobre escolhas

1. Versão condensada e revista de texto anteriormente publicado. Cf. SEEFELDER, Claudio; CAMPOS, Rogério (coord.). *Constituição e Código Tributário comentados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
2. ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Introdução ao Direito Comparado*. Coimbra: Almedina, 1994. p. 53.

políticas do legislador”, ela “contribuiu para introdução de noções e teorias capazes de influenciar a renovação de toda a matéria de um Código ou de uma legislação”³.

Doutrina *antes* do Direito, para alertar o legislador. Doutrina *depois* do Direito, para explicar lei editada pelo legislador. Doutrina *durante* o Direito, para investigar, sistematizar e repreender a vivência da lei, como executada pelos juízes, a jurisprudência. Doutrina *entre* Direitos, para comparar sistemas jurídicos de países diversos.

Assumindo riscos inerentes à ligeireza e à superficialidade ditadas pelos limites do livro em que se insere, o presente ensaio examina a *posição da doutrina* no Direito e, a partir desse ponto de partida, tenta estimular debate sobre o papel, entre nós, do *parecer jurídico contencioso*. Ao comemorarmos os 200 anos de independência do Brasil, essa é uma reflexão inadiável, já que vinculada diretamente ao adequado funcionamento da Justiça no Estado Democrático e Social de Direito estatuído na Constituição de 1988.

Adianto, já de início, que o texto não nega, no atacado, a utilidade do parecer jurídico contencioso, nem pretende estabelecer balizas pormenorizadas para sua organização. Simplesmente busca chamar a atenção para a *real natureza e abusos* do instituto experimentados na prática judicial brasileira, assim procedendo seja para *separá-lo da doutrina*, seja para realçar riscos que provoca no *acesso democrático e igualitário à justiça*, seja ainda para *relembrar aos magistrados o papel que lhes incumbe de garantidor-maior de valores éticos, políticos e jurídicos supremos*, categoricamente estatuídos no Código de Processo Civil de 2015, como a “boa-fé” (art. 5º), a “paridade de tratamento”, inclusive quanto aos “meios de defesa”, e o “efetivo contraditório” (art. 7º), tudo sob o guarda-chuva do *dever visceral* de observar, na implementação do ordenamento, os “fins sociais” e as “exigências do bem comum”, de maneira a resguardar e promover “a dignidade da pessoa humana” (art. 8º).

1 DOCTRINA E FONTES DO DIREITO

Conforme a Constituição de 1988, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão *em virtude de lei*” (art. 5º, II, grifo nosso). Deriva desse mandamento constitucional que a lei concentra em si o posto de fonte primária e imediata de direitos e obrigações.

O próprio ordenamento jurídico se encarrega de esclarecer e complementar a prescrição constitucional. Consoante o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” – preceito que põe por terra

3. WIJFFELS, Alain. *Introduction historique au Droit*: France, Allemagne, Angleterre. 2^{ème} ed. Paris: PUF, 2010. p. 327.

entendimento segundo o qual o que inexistente na lei inexistente juridicamente. Observe-se que coube ao legislador cuidar de elucidar a função e o patamar, no tecido do Direito, da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do Direito. Na mesma toada, avança o Código de Processo Civil de 2015 (art. 927), ao disciplinar a força obrigatória de precedentes judiciais (= a jurisprudência).

Correto, por conseguinte, concluir que o Brasil adota *modelo de pluralismo limitado de fontes do Direito*. Isso o distancia — com fundamento no próprio ordenamento elaborado pelo legislador — do cânone de que a lei goza de monopólio absoluto: na *omissão da lei*, incidem a analogia, os costumes e os princípios gerais do Direito. *Junto com a lei*, opera a jurisprudência, formada por precedentes judiciais, com base no texto legal, na analogia, nos costumes e nos princípios gerais do Direito.

Embora o legislador brasileiro não a tenha incluído entre as fontes do Direito⁴, ninguém nega o ofício da doutrina, se não na formação (*iuris essendi*), pelo menos na compreensão do Direito (*iuris cognoscendi*). Dois aspectos chamam a atenção na análise da nossa prática doutrinária. De um lado, a rarefeita “doutrina sobre doutrina”, em obras monográficas, tanto no Direito Comparado como no brasileiro⁵. De outro, o grau de prestígio e de (aparente) impacto judicial da doutrina no Brasil — algo que surpreende professores estrangeiros —, fenômeno de grandeza possivelmente sem paralelo no *civil law* e no *common law*⁶.

Para exemplificar essa *superautoridade da doutrina*, menciono episódio real, com toque histórico caricatural. Certa vez me narrou o saudoso Damásio Evangelista de Jesus que, por erro de datilografia, um “não” foi inserido ou retirado de comentário a dispositivo legal de um dos seus Códigos anotados, de consulta quase obrigatória pelos juízes. Para sua surpresa, embora a frase remanescente em causa não fizesse nenhum sentido, entre aquela edição e a seguinte formou-se nova corrente jurisprudencial.

4. Ao contrário, p. ex., do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, ao prever, expressamente, que nela se utilizará “a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para determinação das regras de direito” (art. 38, “d”).
5. Na literatura atual, destaco três obras, uma de autor brasileiro: SHECAIRA Fábio. *Legal scholarship as a source of Law*. Heidelberg: Springer, 2013. E duas outras, de autores estrangeiros: JESTAZ, Philippe; JAMIN, Christophe. *La doctrine*. Paris: Dalloz, 2004; DUXBURY, Neil. *Jurists and judges: an essay on influence*. Oxford: Hart Publishing, 2001.
6. Não se imagine que a situação seja idêntica no mundo todo. Apenas para lembrar, a Suprema Corte do Reino Unido (antes, *House of Lords*) até recentemente não admitia citação de jurista vivo (cf. BOBEK, Michal. *Comparative reasoning in European Supreme Courts*. Oxford: Oxford University Press, 2013). No Brasil, tal regra evitaria o constrangimento (ou humilhação mesmo) de juízes e desembargadores que, ao citarem, em suporte da *ratio decidendi*, trecho inequívoco de doutrina, são posteriormente “desditos” pelo próprio autor, em parecer contratado para ser usado em Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais Federais, STJ, TST, TSE ou STF, sob o argumento de “compreensão defeituosa”, “citação desleixada” ou mesmo “má-fé” na referência judicial em foco.

2 DISTINÇÃO ENTRE DOCTRINA E PARECER JURÍDICO CONTENCIOSO

Entre nós, desde o Século XIX, desenvolveu-se, em boa medida a partir da sala de aula, produção teórica sólida e festejada nas mais diversas áreas do Direito. É a designada *doutrina dos grandes juristas*, expoentes do labor científico, que são acolhidos como *juristas*, não por si mesmos (autoproclamação), mas por seus pares e por profissionais da disciplina.

Na esteira da deferência assegurada a esses juristas magistrais, avolumou-se enormemente nos últimos anos uma subcategoria de “atividade doutrinária” (entre aspas, porque, em seguida, melhor se demonstrará que de doutrina verdadeira não se trata) a cargo de grandes e pequenos especialistas – alguns deles dedicados quase exclusivamente a oferecer opinião casuística, mediante encomenda paga, sobre qualquer tema.

Nessa *zona cinzenta entre teoria e prática*, há aqueles que arvoram para si, de fato e *contra legem*, mediante pareceres sobre litígios concretos em andamento, poderes maiores do que os do legislador. Ilegitimamente, por apropriação indevida da soberania popular, impregnam-se de expectativa consciente ou inconsciente de assumir, em troca de remuneração financeira dos que os contratam, *status de fonte do Direito*. E fonte de Direito, aqui e acolá, acima da lei e da própria Constituição, com o único objetivo imediato de convencer não o público em geral acerca de uma dada tese ou opinião, mas o juiz do processo a decidir em favor do beneficiário do parecer. Em muitos desses casos, após derrota no processo parlamentar, visível o fito – nunca abertamente confessado – de, por intermédio do processo judicial, “reescrever”, para atrofiar ou anular, a legislação de salvaguarda dos sujeitos vulneráveis, direitos humanos e patrimônio público.

2.1 SENTIDO DA CRÍTICA

Não se tome, reitero, a crítica por *juízo negativo genérico contra o parecer contencioso em si*, nem por desmerecimento da sua utilidade prática, valor vinculado, não esqueçamos, aos *autos de litígio com nome e sobrenome*. Há pareceres, e não só jurídicos, ordinariamente dotados de relevante valor para a solução do conflito, como os de assistentes técnicos, que se debruçam sobre fatos da demanda. Embora remunerados, fazem importante diálogo com a avaliação supostamente isenta do perito nomeado pelo juízo, potencializando, *sobremaneira*, o contraditório e a compreensão de questões alheias à expertise judicial (arts. 465, § 1º, II, e 477, § 1º, CPC).

O que se haverá de censurar, isso sim, vem a ser não se questionarem, a um, as premissas e as implicações ético-políticas e normativas do parecer contratado; a

dois, em estágio posterior, a contaminação da literatura doutrinária por “conhecimento parcial”, derivado da *indústria do parecer*, e a três, os impactos negativos no contraditório e na ampla defesa, mormente em processos que envolvam sujeitos vulneráveis em confronto com grandes grupos econômicos ou poderosas forças políticas. Já em 1995, essa perplexidade levou-me a fazer referência *en passant* ao tema⁷. E isso antes de ser Ministro do STJ, cargo que me permite, hoje, atestar a *feiçãõ nacional e crescente* da problemática.

Essa tríade de facetas deflui do emprego cotidiano do parecer tanto no âmbito dos autos do processo (e, daí, o *abuso anti-isonômico*) como no transplante de peça essencialmente judicial para revistas e compêndios de doutrina (e, daí, o *abuso anticientífico*). Naquele, o risco é de quebra da paridade processual e da igualdade de armas; neste, o risco é de quebra da integridade na geração e disseminação do saber, por ruptura da transparência e do rigor científicos, acentuada quando ocorre conversão dissimulada de parecer em texto (aparentemente) doutrinário.

No mundo todo, doutrina é feita graciosamente; filha das salas de aula, das revistas jurídicas, dos manuais, de dissertações de mestrado e de teses de doutorado; em síntese, do livre pensar e escrever sobre bases e sob restrições do método científico.

No Brasil, cada vez mais a doutrina reproduz pareceres, colagem sem mínima anotação de que se está diante de aproveitamento de peça processual argumentativa (e remunerada) em favor de uma das partes no processo. Em divergência inaceitável com a práxis de outras disciplinas científicas, frequentemente o que se vê é mera cópia *ipsis litteris*, com ínfima alteração do estilo de redação para adaptar o texto do parecer ao formato de teoria abstrata, sem qualquer advertência ao leitor e, principalmente, ao juiz, sobre a procedência e a causa da opinião apresentada. Claro, esse último problema se resolve em grande medida quando o parecer vem publicado como tal (as “coletâneas de pareceres”) ou, na hipótese de migração total ou parcial para livro doutrinário, com auxílio de *alerta ostensivo e inequívoco* no tocante à origem das considerações ali empreendidas.

2.2 FAROESTE DO DISCURSO JURÍDICO

Em franco duelo com a atividade dos órgãos constituídos para legislar sob o *imperium* do Estado Democrático e Social de Direito, ou em substituição a ela, o *abuso do parecer*, fenômeno tipicamente brasileiro, traz à memória o período dos glosadores e pós-glosadores, além de um certo “direito dos juristas”, defendido, sem sucesso, no Século XIX, pela Escola Histórica do Direito e por pandectistas.

Lembra figuras variadas do passado, do tipo *ius publice respondendi*, porta-vozes oficiais do Direito escolhidos pelo Imperador romano, cujas opiniões vinculavam

7. Cf. “BENJAMIN, Antônio Herman. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. In: MILARÉ, Édís (coord.). *Ação civil pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

os magistrados; ou o instituto alemão de *Aktenversendung*, em que se admitia que juízes, muitos deles sem treinamento jurídico, enviassem processos a Faculdades de Direito para elaboração de decisão, mecanismo criticado e abolido precisamente por encarnar usurpação de poder judicial⁸. A diferença é que, no cenário brasileiro, em vez de ato imperial ou benção do legislador, o que se dá é autonegação, advinda da promessa de autoridade natural do parecer, não de título ou documento do governante (soberania popular) ou da academia (soberania acadêmica), mas de autopromoção e, em alguns casos, de autopromoção pura e simples.

A sério, *transformamo-nos em território livre de pareceres contenciosos sob roupagem de peça doutrinária*. O mais inquietante, pelo prisma do enfraquecimento das instâncias democrático-legislativas e científicas de estruturação do Direito, é que não falta juiz sensível ao argumento tão fácil, como antirrepublicano e politicamente ilegítimo, de que a voz do “parecerista a serviço do caso concreto” se sobrepõe à palavra do legislador e à própria doutrina dele divergente (por vezes, nem sequer citada ou explorada suficientemente). A consequência de tudo isso deveria ser o recebimento desses pareceres *cum grano salis*, sentimento que – desfecho lógico do dever judicial de garantir a igualdade no processo – deve disparar providências de controle de seu uso pelo juiz, máxime quando houver escasso crivo do contraditório ou perigo de depreciação da paridade de armas entre os litigantes.

A grave realidade deveria chamar a atenção daqueles antenados com a ordem jurídica democrática e social, motivo de preocupação para todos os que acreditam que tanto o direito material como o direito processual devem ser justos e norteados pelo *due process*: parecer entregue aos julgadores, na véspera do julgamento, e não juntado aos autos; parecer que chega às mãos de certos julgadores, mas não de todos, excluído às vezes o próprio relator, que acaba surpreendido nos debates orais; parecer que repudia doutrina genuína do mesmo autor, sob o pretexto de “esclarecimento” ou “reposicionamento”; parecer escrito por Desembargador ou Ministro aposentado, reinterpretando, ou mesmo negando, precedente de cujo julgamento participou, até como relator; parecer de Desembargador ou Ministro aposentado em processo sob o crivo de seus ex-colegas de Câmara ou Turma; parecer em papel timbrado da instituição universitária a que pertence o autor, insinuando selo (impróprio) de legitimidade acadêmica; parecer citado em decisão e até em ementa, sem que tenha passado pelo teste do contraditório ou, pior, sem que integre os autos; parecer sintetizado em “artigo de opinião” em jornal de grande

8. Essa uma das explicações para o fato de, até hoje, as decisões judiciais alemãs “serem repletas de citações acadêmicas”. MARKESINIS, B. S. *Foreign law & comparative methodology: a subject and a thesis*. Oxford: Hart Publishing, 1997. p. 76. Narra James Q. Whitman a crítica de K. T. Welcker, colega de Thibaut, aos *Spruchkollegien*, marcados por “inadequação e perversidade”, pois neles se identificava “na administração da justiça pelos juristas, dominação do tipo exclusivo de casta”. WHITMAN, James Q. *The legacy of Roman law in the German romantic era: historical vision and legal change*. Princeton: Princeton University Press, 1990. p. 137.

circulação, omitindo-se a origem e o pagamento da dita “opinião livre”. Numa frase, é o *faroste do discurso jurídico*.

2.3 ABUSO DO PARECER

As contradições e perplexidades aqui apontadas, que não podem ser dissimuladas, nem normalizadas, *tampouco generalizadas*, correspondem mais ao *abuso do parecer contencioso* e às suas implicações negativas a) na isonomia processual e b) na constituição da própria doutrina (como verdadeira *communis opinio doctorum*).

Ao contrário dos debates parlamentares, fonte primordial das leis, que usualmente ocorrem à luz do dia – “usualmente”, sim, porque no Brasil até medida provisória, lei e decreto se compram, sem falar de emendas parlamentares, o “jabuti”, no jargão vulgar, insertadas à meia-noite em sessões deliberativas de caráter terminativo –, *a narrativa do parecer contencioso exterioriza-se nas páginas de processos sem efetivo contraditório, amiúde em violação frontal à ampla defesa, além de resultar de serviço remunerado*.

A questão não se resume apenas a eventual *parcialidade* do enfoque jurídico ou à quebra da objetividade científica. Referê-se mais ao esvaziamento das premissas do *método científico* e ao enfraquecimento do discurso doutrinário sobre tais alicerces. Além de, no plano da ética processual, poder incorrer em violação dos direitos do sujeito *ex adverso*, garantias essas que vão, e precisam ir, em obediência às premissas da Constituição de 1988, muito além de mera formalidade ou adereço retórico do Direito Processual.

2.4 ISONOMIA PROCESSUAL

No Brasil, *justiça* inclui-se entre os mais venerados privilégios dos ricos e influentes. Embora haja uma pitada de atino na afirmação, sobressai nela algum excesso, mormente quando se percebe o notável crescimento da Defensoria Pública e do Ministério Público (no processo civil coletivo), fortalecimento observável na própria Advocacia Pública em representação judicial do Estado, com realce para a federal.

Além disso, em dispositivo que se espera mitigue, realmente, a gritante assimetria processual tida por regular e aceitável no estatuto anterior (criação do regime militar), o Código de Processo Civil de 2015 prescreve que “É assegurada às partes *paridade de tratamento* em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos *meios de defesa*, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, *competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório*” (art. 7º, grifo nosso).

Corretamente agiu o legislador, considerando que o Estado Democrático e Social de Direito pressupõe um direito e um processo “baseados no respeito pelos direitos humanos, pela liberdade e pela *igualdade jurídica* de todos os cidadãos, ou mesmo

de todos os habitantes” (grifo nosso)⁹. O requisito de “paridade de tratamento” certamente haverá de incidir sobre a enxurrada de pareceres (= meio de defesa) no processo, incumbindo ao juiz o dever de zelar, também quanto a isso, pelo equilíbrio entre as partes.

Consta que, no cotidiano judicial, divisor processual de águas (e também divisor de classe social) vem a ser o surgimento de duas categorias de partes, “litigante com parecer” e “litigante sem parecer”. Tirante raríssimos casos de atuação *pro bono*, parecer custa dinheiro, muitíssimo dinheiro, por conseguinte enseja privilégio a poucos, pouquíssimos. Tal já basta para excluir dos seus domínios e eventuais benefícios o grosso dos brasileiros. E a situação se agrava quando vulneráveis contendem com pessoas jurídicas, as grandes corporações, envolvidas com litígios em massa e, por isso, capazes de otimizar e diluir o impacto financeiro dos muitos pareceres jurídicos que eventualmente contratem, por si ou por graça de suas federações ou confederações.

Sejamos explícitos e sinceros no âmbito ético-político, mas também jurídico, da paridade processual: consegue um cidadão comum, mesmo que não pobre ou miserável (este, por certo, usuário de justiça gratuita), defender-se, material e não apenas formalmente, em processo no qual o adversário junta aos autos não um, mas vários pareceres dos mais conhecidos doutrinadores da região ou do país?

3 PARECER CONTENCIOSO NÃO É DOCTRINA: DUPLO SILÊNCIO DA LEGISLAÇÃO E DA ACADEMIA

A confusão entre parecer contencioso e doutrina enfraquece e deslegitima esta em favor daquele. Diga-se, desde logo: *parecer contencioso não é, nem deve ser, considerado doutrina, embora se fantasie de pretensão doutrinária para mais potentemente influenciar o juiz* no caso concreto. A doutrina tem por público-alvo os leitores (no plural), enquanto o parecer contencioso tem por público-alvo imediato só *um* leitor (no singular), o juiz. A separação entre doutrina e parecer contencioso atrai diferenças metodológicas e éticas, não se restringindo ao elemento dos honorários recebidos de cliente com interesse(s) jurídico(s) específico(s) e previamente definido(s).

Não obstante a colossal relevância prática (ética, política, social e jurídica) do parecer contencioso remunerado, paira sobre ele *duplo silêncio*, ambos paradoxais por incompatibilidade com a responsabilidade da legislação e a práxis da literatura jurídica. Aí está um instituto jurídico capaz de circular com desenvoltura em território marcado pela invisibilidade normativa e teórica, um *fait accompli* à margem do Direito e, ocasionalmente, contra o Direito, nem por isso menor sua ambição de

9. WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado moderno*. Trad. A. M. Botelho Hespanha. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 570.

ares de superioridade que, incongruente, não se deseja repercuta em eventual regramento legal e em inquirição sobre seus impactos negativos na efetividade da tutela da lei dos “sem parecer”.

De início, o *silêncio legislativo*. Como justificar que o Código de Processo Civil atual, que regula até o insólito e o microscópico, não diga uma palavra sobre o parecer contencioso? Seria a insignificância do tema? Não se afigura verossímil, basta atentar para o indiscutível *glamour* jurídico e as somas estratosféricas movimentadas pelo mercado do parecer. Seria esquecimento acidental? Não se imagina que Comissão de Juristas e Parlamentares, muitos com formação em Direito, tenham olvidado, em dois momentos recentes (1973 e 2015), peça processual de tamanho vulto. Desconheço se a matéria chegou a ser abordada, com proposições específicas, nas Comissões de Juristas e nos debates parlamentares.

Em paralelo, o *silêncio doutrinário*, inconcebível contradição tendo em vista a magnitude que ostenta em processos judiciais de expressão econômica ou peso simbólico para as nossas elites. O que estaria por trás desse mutismo, tão atípico na tradição dos profissionais do Direito, famosos pela verbosidade sobre o tudo e sobre o nada? Em adição ao acima alvitado concernente ao silêncio legislativo, algumas possibilidades, entre tantas, se apresentam: a) a intransponível complexidade da matéria, argumento que não se segura em pé, pois hermetismo nunca serviu de barreira à pesquisa e ao estudo jurídicos; b) a dificuldade de investigação, desculpa de pronto rejeitada pela extraordinária facilidade, no Brasil, de consulta eletrônica ao universo dos precedentes judiciais, muitos deles com citação, até na ementa, de pareceres; c) a reticência, fruto de temor reverencial, dos jovens pesquisadores, já que analisar criticamente a indústria do parecer poderá contrariar grandes mestres da disciplina em que militam, possivelmente integrantes de futuras bancas de concurso para cargos na carreira universitária ou de corporações advocatícias; d) a passividade, por coleguismo ou interesse pessoal, dos professores mais antigos, ora receosos de ferir suscetibilidades de amigos ou colegas de academia, ora calados pela sedução de serem eles próprios usufruidores do sistema em curso.

Não estranha, pois, que no Brasil tenha competido a um filósofo e cientista político, e não a um jurista, a mais lúcida e eloquente descrição do *conflito intrínseco entre doutrina e parecer*, ou seja, a “lógica advocatícia” e a ausência de “autonomia acadêmica” deste no contraste com aquela¹⁰.

No caso do parecer, o jurista se posiciona como defensor de uma tese “sem interesse ou qualquer influência” da estratégia advocatícia definida. Assim, a escolha dos argumentos constantes da doutrina e da jurisprudência, combinada com a interpretação da legislação, seria feita, digamos, “por convicção”. Ocorre que, mesmo concedendo-se que o *animus* seja diverso, a lógica que preside a construção da peça é a mesma. O parecer recolhe o material jurisprudencial e

10. NOBRE, Marcos. Apontamentos sobre a pesquisa em Direito no Brasil. *Novos Estudos*, São Paulo, n. 66, p. 149-150, jul. 2003.

doutrinário e os devidos títulos legais unicamente em função da tese a ser defendida: *não recolhe todo o material disponível, mas tão-só a porção dele que vem ao encontro daquela tese*. O parecer não procura, no conjunto do material disponível, um padrão de racionalidade e inteligibilidade para, só então, formular uma tese explicativa, o que seria talvez o padrão e o objetivo de uma investigação acadêmica no âmbito do direito. Dessa forma, no caso paradigmático e modelar do parecer, *a resposta vem de antemão: está posta previamente à investigação* (grifo nosso).

Remuneração financeira em si não é o problema central do parecer, embora não se consiga inteiramente deixar de lado o desconforto com a substituição da *curiosidade intelectual* pela *invocação da moeda*, do poder da instigação científica pelo poder do dinheiro, do pensar por pensar pela visão de mundo de minorias privilegiadas, obscurantistas e até de tiranos públicos e privados, despreocupados com o destino da multidão de indigentes, dos direitos humanos (p. ex., Teixeira de Freitas, ao abordar a escravidão em parecer), dos cofres da Nação e do patrimônio das gerações futuras. A interrogação maior é: quem paga, como paga, para que paga e em que circunstâncias paga?

Doutrina verdadeira não é mercadoria à venda, quando muito aceita rendimento na forma de direitos autorais, bolsas de pesquisa e prêmios. Algo bem diferente do parecer. De um lado, o doutrinador que busca financiamento (e revela a fonte) para trabalho investigativo de certa temática jurídica complexa, mesmo concreta, que o entusiasma ou ressenete-se de melhor exploração científica, e depois divulga ou edita os resultados alcançados, pouco importando o teor das conclusões. Do outro, o especialista que, sob promessa anterior de contrapartida financeira, examina questões jurídicas de escolha e de interesse de terceiro, daquele que compra "estudos" para sair vitorioso em demanda judicializada, escrutínio que, se contrariar os desígnios do litigante, só por acidente será juntado aos autos ou alcançará a luz do dia.

Até recentemente, costumava-se atrelar doutrina jurídica ao magistério científico (no terreno do Direito, também magistério moral). Mas há doutrinadores de escol que não foram professores (Pontes de Miranda, por exemplo), assim como há professores que nunca foram nem serão doutrinadores.

Em situações normais, a nobre função de doutrinador se insere em contexto didático-científico, exercida com mente aberta, longe da encomenda e do calor do caso concreto judicializado. Esforça-se para evitar a pecha da parcialidade, algo inescapável quando a conjuntura processual da peça coloca o dono da pena como aliado intelectual da parte que o financia. Ou até como aliado material, não sendo raro que o próprio parecerista, sem procuração nos autos, acompanhe os Advogados da causa, no despacho com o Juiz, Desembargador ou Ministro.

Doutrina, na acepção de *communis opinio doctorum* (consenso doutrinário), em rigor só mingüadamente se forma no calor ou no interior de lide isolada. Prende-se muito mais à tarefa de exame da jurisprudência (fonte do Direito no Brasil) sobre litígios pretéritos, ou, no extremo, litígios nos quais a análise não se cubra, direta ou indiretamente, de aura *partisan* associada a nítido interesse no resultado de litígio particular, tanto mais se por aporte financeiro.

O certo é que, atualmente, nem tudo o que falam ou escrevem professores de Direito decorre de labor do ensino ou da reflexão acadêmica isenta (pelo ângulo financeiro) e, por isso, não se qualifica, como regra, para compor genuína Doutrina. Mesmo se consagrado o jurista, a débil espontaneidade intelectual do parecer enforma certa incompatibilidade (até conflito de interesse) com a *liberdade de livre meditar* (perdão pelo pleonasma), o agir da mente sem prévia ânsia de cliente quanto às subsequentes conclusões. Nessa perspectiva, é difícil ou impossível suplantar o antagonismo entre *livre pensar* e *pensar por empreitada*. Em outros termos, inexequíveis o distanciamento das paixões, a resistência a entrelaçamento com a solução de disputas concretas e a emancipação da cognição em ambiente de contratação de serviço intelectual para lide específica. Cuida-se de ofício destinado, por óbvio, a fortalecer – com argumentos jurídicos organizados em *rota unidirecional* – a pretensão de um dos litigantes.

Não custa lembrar que a alusão, amiúde utilizada, é “A Doutrina” (com artigo definido), indicador de que, para ser doutrina, imprescindível estar diante, na ótica dos destinatários, de esforço intelectual coletivo e despersonalizado. Eis aí o fundamento de legitimidade jurídica, apelo teórico e força retórica – a autoridade, em síntese – da doutrina.

Por mais que repitam os pareceristas que sempre agem com total independência, a realidade da vida e o tipo de avença em questão enfraquecem ou negam a assertiva de exoneração. A impressão e o julgamento populares derrubam a ficção. E, se não há absoluta autonomia de pontos de partida, de pontos de trânsito e de pontos de chegada, inexistente autêntica doutrina, pois ela pressupõe a satisfação de requisitos deontológicos simultâneos: ética no método, ética no conteúdo e ética nas finalidades.

Como bem captaram dois expertos na matéria, a doutrina, implicitamente justificada pelo saber e prestígio universitário, “se arroga o poder de dizer qual é a boa interpretação da lei ou das decisões judiciais”¹¹. Em tal exercício, muitas vezes se percebe que a técnica fica refém de escolhas preconizadas, e, no caso de parecer contencioso, acrescentaria eu: escolhas esperadas e, portanto, recompensadas monetariamente pelo cliente.

Vivemos, infelizmente, época em que, por deformidade desconhecida em outras ordens jurídicas que nos servem de modelo, no Brasil qualquer um se enxerga com a prerrogativa de, em parecer remunerado, pregar desrespeito ao que está na lei e

11. JESTAZ, Philippe; JAMIN, Christophe. *La doctrine*. Paris: Dalloz, 2004. p. 157.

mesmo na Constituição e sustentar que o que nelas se omite, ou mesmo se nega categoricamente, deve-se julgar incluído.

Muito do mundinho do parecer afasta-se das proposições em que se firma e se afirma a *communis opinio doctorum* (a doutrina). Sob tal enquadramento, no *abuso de parecer* o que se tem, quando muito, é arremedo de doutrina, de produção casuística, enviesada pelos limites dos fatos, do processo, das circunstâncias e das expectativas muito bem e previamente delimitadas de quem dele precisa e por ele está disposto a pagar.

CONCLUSÃO

Conforme prevenido acima, vivemos no Brasil quadro de *hipertrofia do parecer*. Dificilmente esse desvirtuamento será atacado de frente, muito menos superado em curto prazo. Há muito em jogo, nos que dão e nos que contratam pareceres. Os abusos do fenômeno retiram sua força de cultura jurídica, aleijada na garantia dos direitos dos vulneráveis e agigantada na inexigibilidade das obrigações dos poderosos. Pouco importa que esse *modus operandi* transgrida o sistema democrático e social das fontes do Direito que, idealmente, seriam isentas de conflitos de interesse, máxime os financeiros.

Sobretudo em litígios de massa ou de expressão econômica por vezes bilionária (proteção dos trabalhadores, consumidores, idosos, pessoas com deficiência, povos indígenas, meio ambiente, urbanismo, integridade do processo eleitoral, privacidade; na reforma agrária, desapropriação direta e indireta, matéria tributária; combate à corrupção e aos monopólios e oligopólios), com frequência o parecer contencioso, sem querer e sem saber, se insere em pano de fundo de *luta de classe* (e de Justiça de classe) e de *luta intergeracional*, ganhando ares abomináveis quando serve de veículo para, *contra* o Direito – não *pelo* Direito, na acepção de escudo para os pobres, excluídos e gerações futuras –, negar a esses sujeitos débeis aquilo que o ordenamento textualmente lhes assegura. Escolhidos os tribunais como campo de batalha para enfraquecer ou abater garantias individuais e supraindividuais da legislação (fora dos muros do parlamento, portanto), não surpreende que o parecer contencioso se erga como arma de primeira grandeza, capaz de moldar mentes (a do juiz, de preferência) e apagar o pulsar do coração, o sentimento de justiça (de todos).

Em suma, necessário, de antemão, detectar o problema, sobre ele falar, prevenir os juízes, alertando-os sobre o dever que a legislação processual civil lhes imputa de fielmente garantir a igualdade material, o contraditório, a ampla defesa e a transparência absoluta. Se não se pode vedar a juntada aos autos de qualquer documento de interesse da parte – e assim deve ser tratado o parecer contencioso,

já que carente o sistema processual civil de previsão específica a seu respeito, como antes referido —, que a ele se confira o adequado (restrito) valor jurídico, assegurando-se ampla oportunidade de o sujeito-adverso, em tempo razoável (muitos pareceres são entregues, em audiência, na véspera do julgamento), conferir as fontes citadas e contraditá-lo à luz da melhor doutrina e de precedentes judiciais que, genuína e independentemente, tenham enfrentado o tema (art. 437, §§, CPC).

Indispensável também relembrar a professores e alunos que doutrina e parecer não são sinônimos, nem essencialmente a mesma coisa. Na falta dessa advertência (e consciência), corremos o risco de *mercantilizar o aprendizado e o conhecimento jurídicos* ao deslocarmos o parecer, sem identificação como tal, dos autos de processos e dos salões dos tribunais para as salas de aula. Daí inexoravelmente emanam efeitos éticos, políticos e sociais perversos, que hão de inquietar todos os que se preocupam com a *democracia, o rigor científico e a pluralidade* do e no estudo do Direito.

Numa palavra, o modelo republicano de pesquisa e ensino do Direito é inconciliável com discurso jurídico comprado a peso de ouro pelas elites do país.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Introdução ao Direito Comparado*. Coimbra: Almedina, 1994.

BENJAMIN, Antônio Herman. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. In: MILARÉ, Édís (coord.). *Ação Civil Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

BOBEK, Michal. *Comparative reasoning in European Supreme Courts*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

DUXBURY, Neil. *Jurists and Judges: an essay on influence*. Oxford: Hart Publishing, 2001.

JESTAZ, Philippe Jestaz; JAMIN, Christophe. *La doctrine*. Paris: Dalloz, 2004.

MARKESINIS, B. S. *Foreign Law & comparative methodology: a subjectand a thesis*. Oxford: Hart Publishing, 1997

NOBRE, Marcos. Apontamentos sobre a pesquisa em Direito no Brasil. *Novos Estudos*, São Paulo, n. 66, p. 149-150, jul. 2003.

SEEFELDER, Claudio; CAMPOS, Rogério (coord.). *Constituição e Código Tributário Comentados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020

SHECAIRA, Fábio. *Legal scholarship as a source of law*. Heidelberg: Springer, 2013.

WHITMAN, James Q. *The legacy of Roman Law in the German Romantic Era: historical vision and legal change*. Princeton: Princeton University Press, 1990.

WIEACHER, Franz. *História do Direito Privado moderno*. Trad. A. M. Botelho Hespanha. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

WIFFELS, Alain. *Introduction historique au Droit: France, Allemagne, Angleterre*. 2^{ème} éd. Paris: PUF, 2010.

COORDENADOR
HUMBERTO MARTINS

O PODER JUDICIÁRIO E O DIREITO NA ATUALIDADE

ESTUDOS EM HOMENAGEM AOS 200 ANOS DE
INDEPENDÊNCIA DO BRASIL

Londrina/PR
2022


THOTH
EDITORA