

DOGMÁTICA JURÍDICA: NOTAS PARA REFLEXÃO

Demétrius Amaral Beltrão*
Henrique Cassalho Guimarães**

RECEBIDO EM:	23.11.2018
APROVADO EM:	20.12.2018

* Doutor e mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Professor da Faculdade de Direito do Sul de Minas. Procurador-Geral do Município de Pouso Alegre. E-mail: demetriusbeltrao@uol.com.br

** Mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas (linha Constitucionalismo e Democracia). Subprocurador-geral do Município de Pouso Alegre. E-mail: henriquecassalhoguimaraes@gmail.com

• DEMÉTRIUS AMARAL BELTRÃO
• HENRIQUE CASSALHO GUIMARÃES

- **RESUMO:** Dogmática jurídica é uma expressão polissêmica. Seu significado assumiu distintas conotações em variados contextos históricos, perspectivas teóricas e autores. Já foi tida como heroína e como vilã. O estudo sobre a dogmática jurídica, no entanto, não possui nos dias de hoje a significância de outrora. Não obstante, esta pesquisa objetiva revisitar criticamente esse pensamento com vistas a refletir o direito na contemporaneidade. A partir do método analítico, problematizam-se noções conceituais e nuances do pensamento dogmático, propondo-se sua reanálise com base nas exigências sociais e nos avanços teóricos da atualidade. À guisa de conclusão, destaca-se a relevância de uma compreensão precisa desse instrumental teórico e do seu estudo para a racionalidade do sistema jurídico brasileiro.
- **PALAVRAS-CHAVE:** dogmática; racionalidade; sistema.
- **ABSTRACT:** Legal dogmatics is a polysemic expression. Its meaning assumed distinct connotations in diverse historic contexts, theoretical perspectives and authors. It has been already referred as a hero and as a villain. However, the study about legal dogmatics nowadays does not have the same meaning of olden times. Notwithstanding, this research intends to critically reviews this thought aiming at reflecting the law in the contemporary world. From an analytical method, conceptual notions and nuances of dogmatic thought are discussed, being proposed its re-analysis based on social requirements and theoretical advances of today. In conclusion, it is highlighted the relevance of an accurate comprehension of this theoretical tool and its study for the rationality of Brazilian law system.
- **KEYWORDS:** dogmatics; rationality; system.

1. Introdução

Ao ver o título deste artigo, o leitor pode se indagar: Por que estudar dogmática jurídica hoje? Em tempos de singularidades incomunicáveis; de casos concretos dotados de racionalidade própria; em uma sociedade complexa incompatível com a noção de dogmas abstratos e universais – que no mais das vezes reduzem a paisagem jurídica a uma forma indevidamente simples e simplista; diante de sofisticadas teorias argumentativas acerca da decisão judicial. Nesse cenário, qual é a relevância do pensamento jurídico-dogmático?

A princípio, deve ser relevado o fato de que a dogmática jurídica cravou profundas raízes no ensino jurídico brasileiro e na praxe forense. Por mais de um século é ela a principal responsável pela linguagem, racionalidade e identidade do direito no Brasil. Esse legado é perceptível, *verbi gratia*, quando se verifica que, ainda na atualidade, juristas,

professores e operadores do direito debruçam-se sobre o direito positivo, criando e adaptando conceitos, readequando classificações, engendrando ficções jurídicas etc.

Indubitavelmente, é fato que a dogmática jurídica, há tempos, é alvo de críticas como corrente do pensamento jurídico, seja sob a ótica da sua operacionalidade prática, da sua pretensão de legitimidade ou da sua epistemologia. Nesse sentido, aliás, é a crítica de Luis Alberto Warat (2002, p. 450), ao aduzir que “a dogmática jurídica se apresenta como uma ciência sem epistemologia, com contornos incertos entre as opiniões rapsódicas e os raciocínios sistemáticos”. E isso não é em vão.

Dentre as limitações que envolvem a dogmática jurídica e suas características basilares, pode-se mencionar o fato de que criar mecanismos técnicos de decidibilidade conduz a sacrifícios indesejáveis. Ao ter por premissa a inegabilidade de certos pontos de partida (FERRAZ JÚNIOR, 2015, p. 92 *et seq.*), o pensamento dogmático limita *a priori* o campo de investigação, impossibilitando a crítica e tolhendo salutares criações e argumentações. Ao estabelecer as condições do juridicamente possível (LUHMANN, 1983, p. 34), a dogmática cerceia o horizonte de um enorme contingente, relegando-o para um plano periférico e juridicamente irrelevante. Abstrações dogmáticas subestimam o valor das singularidades, e a dinamicidade e complexidade do mundo contemporâneo, não é desarrazoada a inferência, são incompatíveis com esse pensamento.

Isso, no entanto, é uma face da moeda. A dogmática jurídica, vista de outro ângulo, é indispensável para possibilitar uma estabilização de expectativas nas interações sociais congruentemente generalizadas, e “sem essa generalização congruente não poderiam os homens orientar-se mutuamente, não podendo esperar suas próprias expectativas” (FERRAZ JÚNIOR, 2015, p. 99). Isto é, ao lidar com a questão da decidibilidade, a dogmática jurídica gera um certo grau de confiança não só nas expectativas alheias, como também nas próprias, pois possibilita, ao menos, a seleção de situações comportamentais com menor chance de serem desiludidas.

Outras perspectivas epistemológicas encontrariam maior dificuldade neste mister, a exemplo da filosofia, que tomada como única instância de justificação e aplicação do direito poderia acabar por minar a efetividade e a validade da norma jurídica em digressões filosóficas que, por mais relevantes que possam ser, podem se apresentar como insolúveis (como os limites do bem e do mal, do justo e do injusto, do universal e do relativo) (CANOTILHO, 2003, p. 18).

A par disso, o presente trabalho – que se pauta na noção de *work in progress* – intenta pôr em debate a dogmática jurídica como expressão de pensamento, problematizando razões para a revisitação desse instrumental teórico pelos pensadores do direito da atualidade. Busca-se refletir, sobretudo, quais lições podem ser tiradas dessa matriz teórica

• DEMÉTRIUS AMARAL BELTRÃO
• HENRIQUE CASSALHO GUIMARÃES

para o aprimoramento do direito contemporâneo, analisando conceitos e matizes dessa forma de compreensão do fenômeno jurídico.

O estudo proposto é laborado a partir do método analítico e possui como marco teórico os estudos semiológicos da *nova retórica* de Tercio Sampaio Ferraz Júnior. Dessa perspectiva, trabalha-se com a função social da dogmática jurídica, que não pode ser desprezada pelo estudioso do direito. Adverte-se, em tempo, que esta pesquisa não propõe um estéril debate acadêmico, mas conclama à reflexão de um tema que, como bem salienta Miguel Reale (1992, p. 123), constitui “um dos assuntos mais merecedores de atenção por parte dos cultores da epistemologia jurídica”. Caso aceito o presente convite, ingressemos no estudo da dogmática jurídica.

2. Dogmática jurídica: prelúdio

O sentido do vocábulo *dogma* é geralmente atribuído à teologia (FERRAZ JÚNIOR, 2007, p. 63-64). Antes disso, no entanto, seu significado era diverso ao difundido pelo pensamento teológico. Na Antiguidade, indicava tão somente uma decisão, um juízo, uma ordem, o dogma refletia as crenças fundamentais das escolas filosóficas, seus princípios irredutíveis. Posteriormente foi que esse vocábulo passou a ser utilizado para designar as decisões dos concílios e das autoridades eclesiásticas sobre as matérias essenciais da fé (ABBAGNANO, 2007, p. 343).

Em sua gênese, o termo indigitava qualquer aceção doutrinária blindada com uma autoridade absoluta, ou seja, impassível de discussão. Assim é usado por Santo Agostinho, ao dizer que “*dogmata autem sunt placita sectarum, id est quod placuit singulis sectis*”. Na segunda metade do século IV, esse sentido foi reduzido, considerando-se dogmas apenas as crenças compreendidas pela Igreja Católica como verdades reveladas por Deus (LOSANO, 2008, p. 293), e isso se deu por um propósito.

No pensamento teológico, os dogmas desempenham significativa função: “constituem o ponto de partida de todas as considerações teológicas e são caracterizados pelo fato de serem indiscutíveis” (LOSANO, 2008, p. 293). É interessante notar que o cristianismo antigo (apostólico e subapostólico) remonta a um período histórico adogmático, em que se permitiam variadas interpretações das escrituras sagradas. Mas, quando determinadas “verdades” passam a ser objeto de discussões e dissensos doutrinários – gerando dúvidas entre os fiéis –, os dogmas surgem¹, sendo declarada pela Igreja Católica a

1 “A mano a mano che la tranquillità e sicurezza dei fedeli lo richiedeva, minacciata dai dissensi e dagli errori dottrinali, la Chiesa ha dovuto per mezzo di vescovi o di concili pronunciare i suoi giudizi; e solo quando si è avuto un certo numero di dogmi chiaramente definiti, si sono potuti organizzare in un unico sistema dottrinale, e così è nata l'idea dell'ortodossia e si è fissata la regola comune (κάνων) della verità” (FRACASSINI; ROSA, 2018).

impossibilidade de discutir certos pontos da fé (malgrado se tornarem definitivas certas fraturas).

Com a Reforma Protestante e as guerras religiosas dos séculos XVI e XVII, agravaram-se as incertezas entre os fiéis. Em vista disso, elevou-se ainda mais o papel dos dogmas, assim como a preocupação de lhes conferir um caráter sistemático e um ideário de perfeição, haja vista que os conhecimentos teológicos não poderiam ceder lugar a discussões, dúvidas e heresias². Graças ao terreno comum do direito canônico, grandemente explorado na Idade Média, a idealização de dogmas e de um conhecimento claro e sistemático foi recepcionada pela teoria jurídica.

Nem mesmo o processo de dessacralização das artes e das ciências – influenciado, sobretudo, pelo Renascimento – e a ruptura entre direito e religião, pelo racionalismo moderno europeu, suplantaram a influência dogmática. Voltando às origens, a acepção do termo foi ampliada, assinalando um conhecimento (não necessariamente cristão) dotado de certezas inflexíveis e indiscutíveis. No direito, o culto aos dogmas e a uma visão sistemática persistiu.

Cruzando o Atlântico, é possível dizer que ainda no Brasil colônia o direito assinava contornos dogmáticos. Certamente, uma dogmática distinta de sua corrente acepção. Inaugurando a ideia de um direito oficial, o ordenamento jurídico lusitano foi transplantado para o território pátrio com características centralizadoras e formalistas, calcado em uma matriz escolástica que fortalecia a estrutura burocrático-patrimonialista que aqui se montava. Essa estrutura se enraizou no direito brasileiro, atravessando a monarquia e o republicanismo. Com a ascensão política e econômica de São Paulo, sob a batuta do bacharelismo-liberal paulistano, a dogmática assume feição positivista-exegética no final do século XIX.

No léxico filosófico, a referência ao dogmatismo é destinada às concepções teóricas que tendem a absolutizar suas próprias teorias, sem se dispor a pô-las em discussão de forma crítica (ABBAGNANO, 2007, p. 344). Ancorada nessa concepção é erigida a dogmática jurídica na modernidade europeia e brasileira, sendo atribuída aos dogmas aquela mesma noção de um saber certo e inatacável. Ainda que não seja essa a última expressão da dogmática jurídica, pode-se dizer que elemento característico dessa forma de pensamento é a estrita observância de um princípio (uma causa primária, um fundamento), sem o qual a operabilidade do direito não pode ser traduzida em nenhum modo utilizável. Daí são esboçados os principais contornos da dogmática jurídica.

2 “Da sistematização dos dogmas ocupa-se a teologia dogmática que mais tarde se transformará na teologia sistemática: foi justamente a partir dela que a história semântica de ‘sistema’ extraiu os exemplos mais numerosos e significativos, que frequentemente constituíram modelos para outras disciplinas, entre as quais o direito” (LOSANO, 2008, p. 294).

- DEMÉTRIUS AMARAL BELTRÃO
- HENRIQUE CASSALHO GUIMARÃES

3. Traços fundamentais da dogmática jurídica

A característica considerada como a mais importante da dogmática – como se depreende das considerações pregressas – é a *inegabilidade dos pontos de partida*. Proíbe-se a negação de certas premissas, ainda que arbitrariamente selecionadas³, instituindo a vinculação do intérprete a certos materiais (por exemplo: a textos sagrados, sob a ótica teológica; e a normas jurídicas, sob a ótica do direito). Mediante essa vinculação, as inseguranças no processo de decisão do sistema jurídico são simplificadas para questões envolvendo a relação entre o material e seu conceito, entre vinculação e liberdade (LUHMANN, 1983, p. 29-31).

Toda série argumentativa, no plano da dogmática jurídica, deve levar em consideração um dado antecedente tido como correto. Uma razão abstrata e apriorística é constituída de forma tendente a lidar com incertezas, melhor dizendo, com o escopo de controlar determinadas questões que apresentam insegurança e imprecisão a um grau que seja socialmente suportável. Consoante leciona Tercio Sampaio Ferraz Júnior (2007, p. 48), a *inegabilidade dos pontos de partida* impõe aos juristas, em termos de um estudo estrito do direito, a obrigação de procurar sempre compreendê-lo e torná-lo aplicável dentro dos marcos da ordem vigente: “Essa ordem que lhes aparece como um dado, que eles aceitam e não negam, é ponto de partida inelutável de qualquer investigação”.

Inferese diante dessa característica que um tom repressivo é indissociável de um saber dogmático, em vista do constrangimento imposto ao intérprete quanto ao ponto de largada, que define se o raciocínio jurídico é dogmaticamente aceitável. A vinculação a pressupostos conceituais seguros é uma exigência aos postulados de eficiência e durabilidade almejados por essa matriz epistemológica. O jurista que observa o dogma confirma a indiscutibilidade de certos princípios, encontrando neles um limite intransponível à sua atividade (LOSANO, 2008, p. 320). A dogmática, indubitavelmente, é austera e exigente.

Há de se ter claro, todavia, que a função da dogmática jurídica não *consiste* na consideração de pontos de partida inegáveis, mas sim *depende* deles (FERRAZ JÚNIOR, 2015, p. 94). Determinado o ponto de partida – o dogma –, imprescindível se faz arquitetar o *iter* para uma resposta lógica. A visão dogmática do direito como um sistema

3 Niklas Luhmann (1983, p. 28) ressalva que os sociólogos não ignoram que algo *em si e por si arbitrário* não existe, e sabem também que toda comunicação humana pressupõe a não negação.

jurídico reivindica essa atitude, sendo inolvidável que a dogmática é uma técnica destinada à ordenação de determinado objeto, pretendendo estabilizar a matéria tratada. Se assim o é, para a exposição ordenada do direito necessária se faz a observância de certos requisitos a fim de extrair uma conclusão lógica dos dogmas.

Importa, pois, vislumbrar coerentemente o material jurídico, com vistas a se efetivar outra característica fundamental: “a dogmática jurídica sempre envolve uma questão de decidibilidade” (FERRAZ JÚNIOR, 2015, p. 82). E, para decidir racionalmente, é imperativo que haja certa ordenação no sistema jurídico. “*El surgimiento de la dogmática, presupone un cierto nivel de organización del sistema jurídico, en concreto la posibilidad de tomar decisiones vinculantes acerca de cuestiones jurídicas*” (LUHMANN, 1983, p. 31). Segundo Niklas Luhmann (1983, p. 34): “*La dogmática jurídica define dentro del marco de esta función las condiciones de lo jurídicamente posible, en concreto las posibilidades de la construcción jurídica de casos jurídicos*”.

Desta conclusão se extrai que a determinação do ponto de que se parte não é o suficiente. O esforço dogmático em relação à atividade do jurista prático concentra-se em dois limites: o dogma, considerado como ponto de partida indiscutível; e o obrigatório ponto de chegada, a resolução do caso concreto (LOSANO, 2008, p. 297). Daí a exigência metódica da dogmática, que busca uma resposta aos problemas da praxe jurídica com base em suas fontes, não dando margens a digressões didáticas ou voos filosóficos, o que poderia criar um ambiente assistemático, de instabilidade e irracionalidade.

Técnicas como conceitualização, classificação, princípios, aforismas, instituições, entre outras desenvolvidas pela dogmática não são inócuas, mas ligadas diretamente à necessidade de compor, delinear e circunscrever procedimentos que conduzam a autoridade à tomada de decisão. Nesse sentido, as questões dogmáticas têm uma função diretiva explícita, visando possibilitar uma decisão e orientar a ação. Tem por escopo a *viabilização das condições do juridicamente possível* (FERRAZ JÚNIOR, 2015, p. 90 et seq.).

Para além de ser uma atividade pretensamente objetiva e rigorosa que, mediante uma elaboração racional das normas vigentes, explicita coerência, buscando mostrar a estrutura lógica inerente ao direito positivo (WARAT, 2002, p. 41), o pensamento dogmático tenciona fornecer balizas decisórias. A dogmática jurídica, convém recordar, ganha relevo na modernidade por sua aspiração sistemática de abarcar todos os fenômenos sociais, supondo que seriam passíveis de solução pela manipulação das normas jurídicas, tomando como referência a atividade jurisdicional (RODRIGUEZ; PÜSCHEL; MACHADO, 2012, p. 35).

- DEMÉTRIUS AMARAL BELTRÃO
- HENRIQUE CASSALHO GUIMARÃES

4. Notas conceituais

Embora tenhamos traçado algumas linhas que caracterizam o pensamento dogmático, é oportuno destacar que a dogmática jurídica é conceitualmente complexa, encontrando-se divergências entre os teorizadores dessa temática. Nas lições de Vera Regina Pereira de Andrade (2003, p. 29). Trata-se não apenas de um conceito histórico, mas de um conceito essencialmente complexo”.

O vocábulo em exame, por seu uso indiscriminado, chega a denotar aspectos antagônicos, podendo o leitor desavisado vir a incorrer em uma equivocada compreensão da matéria se não souber distinguir as variadas incorporações de sentido que ela sofreu ao longo da história e em diversos autores⁴. Em face disso, é impreterível aclarar o que compreendemos por dogmática jurídica, mas antes se julga pertinente evidenciar alguns significados que podem ser encontrados na literatura jurídica nacional.

Ao discorrer sobre o tema, Miguel Reale (1992, p. 124) compreende haver fundamentalmente quatro posições atribuíveis à dogmática jurídica, reconhecendo que cada uma das posições apontadas comporta variantes e particularidades de singular alcance. A primeira posição é ocupada pelos que pura e simplesmente a repudiam, considerando-a como uma fase de compreensão não problemática da experiência jurídica, por isso, uma etapa superada pela ciência do direito. Outra colocação dada à dogmática jurídica é a que a identifica como arte ou técnica jurídica, reconhecendo sua manifestação como processo técnico-operacional em relação ao qual o jurista deve se subordinar. A terceira acepção amplia significativamente a posição anterior, considerando a jurisprudência como a ciência dogmática do direito. Por fim, há os que a concebem como momento culminante da ciência do direito, enquanto determina e sistematiza conceitos necessários à compreensão dos modelos normativos que estruturam a experiência jurídica, ao passo que indaga as condições de realização desses modelos no campo da atividade jurisdicional.

Tomando partido diante das diversas veredas relacionadas à dogmática jurídica, o autor a entende como o auge da ciência do direito na plenitude de sua *existência* – sob a perspectiva da regra já posta (*ex post norma*), momento em que a experiência jurídica projeta-se como efetivo sistema jurídico, “como horizonte de sua objetividade, e o horizonte não se põe jamais como limite definitivo, mas é linha móvel a projetar-se sempre à frente do observador em marcha” (REALE, 1992, p. 145).

4 Esse é um dos motivos que levam Hugo de Brito Machado Segundo (2008) a recomendar a abolição dessa nomenclatura.

Em sentido diametralmente oposto, Hugo de Brito Machado Segundo (2008) nega o *status* de cientificidade à dogmática jurídica. Confundindo-a com uma concepção estritamente positivista do direito e valendo-se de um paralelismo extremado entre a dogmática jurídica e a dogmática teológica, o autor concebe que contemporaneamente, no plano epistemológico, conhecimento científico e conhecimento dogmático são conceitos antônimos. Indiferente ao devir histórico, Machado Segundo (2008, p. 73) afirma com veemência que “foi a ânsia por rotular o conhecimento do direito como científico, portanto, que mais o distanciou de tudo quanto o caracterizaria como tal, vale dizer, o não-dogmatismo, a crítica e a evolução” – conclui o autor, pela necessidade de expurgar essa terminologia do vocabulário jurídico.

Tratando a dogmática jurídica como paradigma da ciência do direito, Vera Regina Pereira de Andrade (2003, p. 23) adverte de forma mais abalizada que “o paradigma dogmático deve ser visto como conceito ‘histórico’, enquanto guarda uma vinculação essencial com uma determinada estrutura histórica, a respeito da qual adquire um conteúdo e sentido precisos”. A autoimagem da dogmática jurídica, aquilata a autora, identifica-se com a ideia de ciência do direito que tem por objeto o direito positivo vigente em um dado tempo e espaço e por tarefa metódica (imane) “a ‘construção’ de um ‘sistema’ de conceitos elaborados a partir da ‘interpretação’ do material normativo, segundo procedimentos intelectuais (lógico-formais) de coerência interna” (ANDRADE, 2003, p. 18). Sua finalidade é ser útil à vida, instrumentalizando a aplicação do direito.

Na presença das múltiplas temporalidades e das várias perspectivas de autores que se debruçam no estudo da dogmática jurídica, sem alongar em demasia acerca das diversas concepções teóricas existentes – cuja variação de matizes inviabilizaria o prosseguimento deste trabalho –, releva reiterar a posição teórica da qual se parte, o *olhar* que se opta por seguir⁵. Pois bem. Alinha-se aqui ao entendimento de Tercio Sampaio Ferraz Júnior (2015), perspectiva esta que alberga as características da dogmática jurídica já desenvolvidas. Para o autor, a função da dogmática jurídica é lidar com questões que envolvem a decidibilidade, preocupando-se com mecanismos de condução à tomada de decisão jurisdicional ou, como dito anteriormente, os limites do juridicamente possível⁶.

5 Como expõe Luis Alberto Warat (2004, p. 173): “o que se olha não é outra coisa senão o caminho percorrido. Sublinhar algum contorno substancial, um tom, uma cor, uma atmosfera predominante. É como dizer: forcem a memória para alcançar uma perspectiva; façam o jogo para apostar no futuro. Olhar é sempre um esforço para obter, desde o presente, sentidos para o passado; seria aquela releitura que trata de evitar que o nosso desejo repita o passado no presente, que é sempre uma forma de tentar eliminar o presente pela melancolia de não aceitá-lo como diferente”.

6 Nesse mesmo sentido é o entendimento de Eros Roberto Grau (2003, p. 38), para quem a “dogmática tem por objeto o estudo de problemas jurídicos, a serem resolvidos mediante a aplicação, sobre as situações a que respeitam, das normas desse *direito*. Está voltada, assim, à indicação de critérios a serem adotados para a solução de litígios”.

• DEMÉTRIO AMARAL BELTRÃO
• HENRIQUE CASSALHO GUIMARÃES

A dogmática jurídica não se atém à determinação daquilo que historicamente se entende por direito, tampouco à finalidade de descrever aquilo que pode ser o direito, mas se ocupa com a adequação de decisões em vista do que deve ser direito. “Nesse sentido, seu problema não é primordialmente uma questão de verdade, porém de decidibilidade” (FERRAZ JÚNIOR, 2015, p. 85-86), o *modus operandi* da aplicação do direito, a extração de uma resposta a partir do relacionamento entre os casos submetidos ao Judiciário e as normas jurídicas postas⁷.

Ao envolver uma questão de decidibilidade, a dogmática jurídica manifesta-se como um pensamento tecnológico. Este possui algumas características do pensamento científico *stricto sensu*, na medida em que parte das mesmas premissas que este. No entanto, seus problemas têm uma relevância prática - possibilitar decisões -, o que exige uma interrupção na possibilidade de indagação das ciências em geral, no sentido de que a tecnologia fixa seus pontos de partida e problematiza apenas a sua aplicabilidade na solução de conflitos (FERRAZ JÚNIOR, 2015, p. 87).

A dogmática jurídica, portanto, preocupa-se com a resolução de conflitos com o mínimo de perturbação social. Dessa maneira, os enunciados dogmáticos, caracteristicamente, voltam-se a favor da problemática relacionada à realização de modelos comportamentais, assim como as normas jurídicas, e das consequências de sua realização social (o que lhes dá certo sentido crítico): “Sendo um pensamento conceitual, vinculado ao direito posto, a dogmática pode instrumentalizar-se a serviço da ação sobre a sociedade” (FERRAZ JÚNIOR, 2007, p. 85).

Por esse motivo - criar condições para a ação - a dogmática jurídica é um pensamento fechado à problematização de determinados pressupostos. Para que os conflitos possam obter uma resposta jurídica, alguns elementos são subtraídos à dúvida. Entre perguntas e respostas, pende-se favoravelmente a estas. Como tecnologia do direito, premissas e conceitos básicos da dogmática jurídica não são receptíveis a críticas. Em sendo assim, certos problemas capazes de gerar infundáveis dissensos sob a ordem filosófica ou sociológica (pense-se, por exemplo, o problema relacionado ao justo e ao injusto, ao certo e ao errado) são tratáveis do ponto de vista dogmático.

Ressalva-se, contudo, que, ao revés do que se almejava nas concepções dogmáticas de índole moderna (precipualemente do início do século XIX), o fechamento dogmático não se dá por completo. Conquanto não serem problematizados os pontos de partida, sua aplicabilidade na solução de conflitos não é imune à problematização. Os enunciados

7 Desse entendimento parece não destoar Luis Alberto Warat (2004, p. 173), ao dizer que “la dogmática es una actividad consagrada al estudio de la argumentación, con la cual quiere justificar o legitimar, apoyar o sugerir una solución o una decisión. Se trataría de una actividad, preocupada en saber ‘como’ hacer, pero no en saber ‘porque’”.

dogmáticos nunca deixarão de ser objeto de interpretação. A questão de decidibilidade dos conflitos, para a dogmática jurídica, não é propriamente a possibilidade de “uma interpretação correta ou objetivamente verdadeira, mas sim qual aquela que está melhor ou suficientemente justificada, diante das evidências dadas pelos textos normativos cujos sentidos estão inter-relacionados” (FERRAZ JÚNIOR; MARANHÃO, 2007, p. 298). O direito prescinde, até certo ponto, de uma referência *genética* aos fatos que o produziram (um ato de vontade historicamente determinado), a positividade do direito não o torna imutável, nem torna a dogmática um pensamento positivista.

5. Alinhando horizontes

Nesta altura da pesquisa, convém definir certos matizes da dogmática jurídica, o que optamos por fazer a partir de diferenciações, a começar por aquela que encerra o tópico anterior. Se positivismo jurídico e dogmática jurídica caminhavam *pari passu* na concepção racionalista da modernidade europeia oitocentista – sendo compreendidos como sinônimos –, o mesmo não se pode dizer de sua corrente acepção. Não se nega que a dogmática jurídica nasce marcada pelo fenômeno da positivação, e é sobre este campo que ela se move, é o direito positivo também o seu objeto. Mas isso não equivale a dizer que a dogmática seja por essência positivista (muito embora seja verdadeiro o inverso). Até porque, se o século XIX entendeu ingenuamente o direito como norma posta e a positivação como uma relação *causal* entre a *vontade* do legislador, “o século XX aprendeu rapidamente que o direito positivo não é *criação* da decisão legislativa (relação de causalidade), mas surge da *imputação* da validade do direito a certas decisões” (FERRAZ JÚNIOR, 2015, p. 43, grifos do autor).

O formalismo positivista do final do século XVIII e início do XIX inspirou-se grandemente na evolução das ciências naturais, influenciado por correntes como o empirismo baconiano e o racionalismo cartesiano. Elevando as ciências da natureza como modelo epistemológico, criou-se a convicção de que todo o saber válido deve se pautar na observação das coisas, na realidade empírica, na facticidade posta (positiva). Para alcançar a dignidade de uma ciência, o saber jurídico devia, então, ter por objeto *coisas positivas*⁸ e não argumentos de autoridade (teológica ou acadêmica) ou especulações

8 É digno de nota que o que se entendeu por “coisa positiva” variou drasticamente entre as diversas escolas do pensamento. Para uns, positivista é apenas a lei (positivismo legalista). Outros entendiam como positivo o direito plasmado na vida, nas instituições ou no espírito do povo (positivismo culturalista). Ainda havia os que identificavam o positivismo nas regras das novas ciências da sociedade (positivismo sociológico) ou nos conceitos jurídicos (positivismo conceitual). Enfim, várias são as correntes positivistas, o que não impede de identificá-las genericamente como positivismo em razão de traços comuns (HESPANHA, 2012, p. 399).

- DEMÉTRIUS AMARAL BELTRÃO
- HENRIQUE CASSALHO GUIMARÃES

abstratas. Em comum, todas as formas de positivismo dirigem-se contra fatores exógenos ao material considerado como positivo.

O saber jurídico, para ser considerado como *ciência jurídica*, deveria cultivar métodos objetivos e verificáveis, assim como os cultivados pelas ciências naturais. O movimento pela cientificidade se alimentava na crença de que os resultados do saber são universais e progressivamente mais perfeitos (HESPANHA, 2012, p. 400). No domínio das ciências sociais, a típica concepção positivista tem por premissa que estrutura o ideal de um “sistema” coerente e operacional a possibilidade de a sociedade ser estudada pelos mesmos métodos, *démarches* e processos empregados pelas ciências da natureza. As ciências da sociedade, assim como as da natureza, “devem limitar-se à observação e à explicação causal dos fenômenos, de forma objetiva, neutra, livre de julgamentos de valor ou ideologias, descartando previamente todas as prenoções e preconceitos” (LÖWY, 2000, p. 17).

A doutrina da neutralidade axiológica do saber é a característica fundamental do positivismo jurídico. Renunciando qualquer atitude moralista ou reconhecida como metafísica, o positivismo aceita a realidade racionalmente concebida e concentra-se no problema de uma validade neutral e objetiva. A distinção entre juízo de validade e juízo de valor é o que distinguiu e delimitava as fronteiras entre a ciência (positivista) e a filosofia do direito: “A atitude do juspositivista, que estuda o direito prescindindo de seu valor, fez refluir à esfera da filosofia a problemática e as pesquisas relativas a isso” (BOBBIO, 1995, p. 140). O positivismo jurídico define o direito de uma perspectiva estritamente formal.

Percebe-se, então, que os problemas que envolvem a dogmática jurídica diferem-se dos do positivismo jurídico. Embora haja inúmeros pontos de contato entre ambas as concepções teóricas, como um apego ao formalismo e à institucionalização da norma jurídica, assim como o foco no direito positivo, a dogmática jurídica não intenta reduzir o direito ao direito positivo. Desvencilhando-se da crença de um direito objetivo, a dogmática jurídica contemporaneamente considera o papel do ser humano ao ter como preocupação maior a operacionalidade prática do direito.

Do mesmo modo que dogmática jurídica e positivismo jurídico são inconfundíveis, cumpre esclarecer a distinção existente entre a dogmática jurídica e a ciência do direito, não sendo de olvidar que esta de há muito se emancipou da ótica positivista. O caráter científico do direito é atualmente algo incontroverso. A mesma sorte não é lograda, no entanto, em relação ao que se entende por ciência jurídica. Inobstante a existência de uma série de discussões em torno do sentido da *ciência* da ciência do direito, em grande medida marcada por condições históricas determinadas, não é de todo

equivocado considerar que “toda ciência pretende obter enunciados independentes da situação em que são feitos, à medida que aspiram a uma validade *erga omnes*” (FERRAZ JÚNIOR, 2015, p. 42), ainda que de forma aproximada e não absoluta.

O problema central para a ciência do direito, a sua questão peculiar, é a alternativa entre verdadeiro e falso: “O conhecimento científico está às voltas com esta questão, a de descobrir o que pode e o que não pode ser entendido como verdadeiro” (COELHO, 2005, p. 17). Diferentemente, o problema da dogmática dirige-se em fornecer pautas para a decisão: “O problema máximo da dogmática é a decidibilidade e, por isto, ela não tem um caráter científico, mas sim tecnológico” (COELHO, 2005, p. 17). Entre um problema e outro não há hierarquia ou oposição, são simplesmente diferentes os objetivos a alcançar.

Fábio Ulhoa Coelho (2005, p. 18) exemplifica a distinção entre essas formas de raciocínio jurídico. Para a ciência jurídica, enunciados normativos opostos não podem conviver. As formas de compreendê-los, do ponto de vista científico, são limitadas. Ou apenas um deles é verdadeiro ou ambos são falsos. Eles se excluem mutuamente. O método científico tem por obrigação revelar o enunciado verdadeiro (e a consequente falsidade do outro enunciado) ou constatar a falsidade dos dois enunciados em oposição. Em outra senda, a coexistência de enunciados opostos no interior da dogmática jurídica não é um óbice. Ainda que o tecnólogo procure apresentar uma solução excludente da oposição, isso não passa de uma questão retórica, não se cuida de uma afirmação de cunho epistemológico. Alternativas podem ser selecionadas sem que com isso possibilidades sejam eliminadas.

Outra marca distintiva refere-se à relevância prática desses dois níveis de conhecimento. A ciência do direito pode não afetar diretamente a produção normativa e a realidade fática, pois a veracidade de seu enunciado pode se situar apenas em um plano teórico, sem precisar reverter necessariamente em uma técnica utilizável. Não cindindo a questão da decidibilidade, a preocupação científico-jurídica supera uma visão prática, indo muito além das fronteiras dogmáticas, ela não precisa se abdicar de sonhos, esperanças e utopias.

O pensamento tecnológico, ao seu turno, não pode ser dissociado de sua relevância prática. Ele é quem toma as possibilidades factuais da ciência e busca transformá-las em possibilidade de ação humana. Ainda que não seja possível deduzir uma decisão concreta dos enunciados cientificamente teorizados – assim como não é possível em se tratando de enunciados normativos –, sob as vestes da dogmática é possível encará-los como instrumentos mais ou menos utilizáveis para a obtenção de uma decisão (FERRAZ JÚNIOR, 2015, p. 44). Em seu devido lugar, a ciência almeja o conhecimento, perguntar

• DEMÉTRIUS AMARAL BELTRÃO
• HENRIQUE CASSALHO GUIMARÃES

pelo *porquê* é seu dever; a tecnologia dogmática, por sua vez, perquire respostas, busca a resolução de conflitos (por óbvio que não coaduna com uma resposta vazia, destituída de legitimidade e expectativas, mas a sua verdadeira finalidade não pode se perder nos fundamentos que subjazem naquilo que se espera por uma legítima resposta, tal como o ideal da justiça).

Mas a premissa de que dogmática e ciência jurídica não são a mesma coisa não converge a uma noção de que o pensamento tecnológico é um rival da ciência. Ao revés, a dogmática como tecnologia não só integra como também complementa a ciência do direito, “realizando operações transformadoras consistentes na relevância atribuída a certas conclusões das teorias científicas para a solução de problemas práticos” (FERRAZ JÚNIOR, 2015, p. 88). A dogmática jurídica respeita certas premissas da ciência, e seu esforço é no sentido de implementá-las junto aos sistemas normativos vigentes. Exemplo disso é a inter-relação entre a criminologia e a dogmática do direito penal⁹.

6. À guisa de conclusão

O pensamento dogmático é um campo de investigação largamente incompreendido. Indicativo disso se tem no fato de que, para muitos, ele é tido como ultrapassado e, para tantos outros, simplesmente ignorado. Ao olhar a dogmática jurídica mais atentamente, entretanto, percebe-se que pior do que as insuficiências que a permeiam é a

9 Aquilatando este breve cotejo, relevante são as seguintes lições (que, sem dúvida, compensam tamanha transcrição): “A mera técnica jurídica que, é verdade, alguns costumam confundir com a Ciência do Direito, e que corresponde à atividade jurisdicional no sentido amplo - trabalho dos advogados, juízes, promotores, legisladores, pareceristas e outros -, é um *dado* importante, mas não é a própria ciência. Esta se constitui como uma arquitetônica de modelos, no sentido aristotélico do termo, ou seja, como uma atividade que os subordina entre si tendo em vista o problema da decidibilidade (e não de uma decisão concreta). Como, porém, a decidibilidade é um problema e não uma solução, uma questão aberta e não um critério fechado, dominada que está por aporias como as da justiça, da utilidade, da certeza, da legitimidade, da eficiência, da legalidade etc., a arquitetônica jurídica (combinatória de modelos) depende do modo como colocamos os problemas. Como os problemas se caracterizam como ausência de uma solução, abertura para diversas alternativas possíveis, a ciência jurídica se nos depara com um espectro de teorias, às vezes até mesmo incompatíveis, que guardam sua unidade no ponto de sua partida. Como essas teorias têm uma função social e uma natureza tecnológica, elas não constituem meras explicações dos fenômenos, mas se tornam, na prática, *doutrina*, isto é, elas ensinam e dizem como deve ser feito. O agrupamento de doutrinas em corpos mais ou menos homogêneos é que transforma, por fim, a Ciência do Direito em Dogmática Jurídica. Dogmática é, nesse sentido, um corpo de doutrinas, de teorias que têm sua função básica em um ‘*docere*’ (ensinar). Ora, é justamente este ‘*docere*’ que delimita as possibilidades abertas pela questão da decidibilidade, proporcionando certo ‘fechamento’ no critério de combinação dos modelos. A arquitetônica jurídica depende, assim, do modo como colocamos os problemas, mas esse modo está adstrito ao ‘*docere*’. A Ciência Jurídica coloca problemas para ensinar. Isso a diferencia de outras formas de abordagem do fenômeno jurídico, como a Sociologia, a Psicologia, a História, a Antropologia etc., que colocam problemas e constituem modelos cuja intenção é muito mais explicativa. Enquanto o cientista do Direito se sente vinculado, na colocação dos problemas, a uma proposta de solução, possível e viável, os demais podem inclusive suspender o seu juízo, colocando questões para deixá-las em aberto” (FERRAZ JÚNIOR, 2007, p. 107-108, grifos do autor).

sua concepção canhestra por parte de juristas, professores e operadores do direito. A má assimilação dessa racionalidade é responsável por inúmeras perplexidades que obstaculizam o debate e o aperfeiçoamento desse instrumental teórico que sempre se fez presente na cultura jurídica brasileira, repercutindo até os dias de hoje na forma dominante de compreensão e aplicação do direito.

Exemplo dos efeitos deletérios da incompreensão desse instrumental é o que Marcos Nobre (2003, p. 148) identifica como peculiar confusão entre pesquisa, prática profissional e ensino jurídico no Brasil¹⁰, cujas consequências é um ambiente jurídico assistemático e de irracionalidade, em que se priorizam decisões do Supremo Tribunal Federal em detrimento da ordem jurídica posta; em que a teoria e a prática são, por vezes, incomunicáveis; no qual a docência não assume seu relevante papel social. Impende, portanto, revisitarmos esse tema, não podendo ser olvidado que *“guerras con frentes equivocados suelen causar daños irreparables, ya que el vencedor obtiene una falsa victoria y no se toman las necesarias decisiones de desarrollo del sistema”* (LUHMANN, 1983, p. 16).

Pensar a dogmática jurídica é um passo necessário para transformar o direito. Ainda que um caminho longo e difícil se revele à frente, o esforço pode ser mais do que compensador. Dentre os encaminhamentos possíveis – que pretendemos enfrentar em trabalhos futuros –, aparenta-nos promissor mesclar a autonomia do direito com a interdisciplinaridade do ensino jurídico, compatibilizar a estabilização conceitual pela filosofia da linguagem com a transformação por meio da democracia, redimensionar o papel da ideologia, problematizar o constitucionalismo e inserir, definitivamente, a narrativa histórica no delineamento do fenômeno jurídico. Encaminhamentos vagos e imprecisos, mas que buscam contornar o senso comum.

Por ora, contentamo-nos em recomendar o debate sobre a dogmática jurídica, vindicando a necessidade de analisar seus conceitos e características com os olhos de hoje, abalizando os anseios sociais, as necessidades da praxe forense e os avanços das teorias do conhecimento. Como visto, a dogmática jurídica é complexa, e, em que pesem suas cicatrizes deixadas pela lógica moderna, há espaço para questionar algumas das suas mais relevantes características: Quais são os pontos de partida desse pensamento num paradigma constitucional-democrático? Quais são os limites do juridicamente possível diante de uma sociedade complexa e multifacetária? Em que medida o direito positivo oficial pode se sobrepor aos reclames sociais e à historicidade? O que legitima uma decisão judicial?

10 Essa confusão entre a prática profissional, a pesquisa em direito e o ensino no Brasil também é percebida por Lenio Streck (2016, p. 33), que critica a *simbiose entre ensino-doutrina-concursos*.

• DEMÉTRIUS AMARAL BELTRÃO
• HENRIQUE CASSALHO GUIMARÃES

Refletir a dogmática jurídica é se propor a responder a algumas dessas questões, é realizar outras indagações, é tentar reconstruir as razões subjacentes a essa tecnologia e questioná-las diante do contexto histórico-social de hoje. Nem heroína nem vilã. Acreditamos que a dogmática jurídica deva ser problematizada como uma tecnologia aberta a ideologias, passível de ser embebida pelos ditames do constitucionalismo e da democracia, em sintonia com o ambiente social vivido, uma ferramenta capaz de potencializar o caráter emancipador do direito sem cair em irracionalidades e decisionismos. Essa é nossa esperança.

LEGAL DOGMATICS: NOTES FOR REFLECTION

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, N. *Dicionário de filosofia*. Tradução Alfredo Bossi. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- ANDRADE, V. R. P. de. *Dogmática jurídica: esboço de sua configuração e identidade*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- BOBBIO, N. *O positivismo jurídico*. Tradução Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.
- CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- COELHO, F. U. *Direito e poder: ensaio de epistemologia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- FERRAZ JÚNIOR, T. S. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- FERRAZ JÚNIOR, T. S. *Função social da dogmática jurídica*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- FERRAZ JÚNIOR, T. S.; MARANHÃO, J. S. de A. Função pragmática da justiça na hermenêutica jurídica: lógica do ou no direito? *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, v. 1, p. 273-318, 2007.
- FRACASSINI, U.; ROSA, E. Dogma. Disponível em: [http://www.treccani.it/enciclopedia/dogma_\(Enciclopedia-Italiana\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/dogma_(Enciclopedia-Italiana)/). Acesso em: 3 fev. 2018.
- GRAU, E. R. *O direito posto e o direito pressuposto*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- HESPANHA, A. M. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Coimbra: Almedina, 2012.
- LOSANO, M. *Sistema e estrutura do direito: das origens à escola histórica*. Tradução Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

LÖWY, M. *As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen: marxismo e positivismo na sociologia do conhecimento*. Tradução Juarez Guimarães e Suzanne Felicie Léwy. 7. ed. São Paulo: Cortez, 2000.

LUHMANN, N. *Sistema jurídico y dogmática jurídica*. Traducción Ignacio de Otto Pardo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

MACHADO SEGUNDO, H. de B. Por que dogmática jurídica? *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, n. 27, p. 59-86, jul./dez. 2008.

NOBRE, M. Apontamentos sobre a pesquisa em direito no Brasil. *Novos estudos*. CEBRAP, v. 66, p. 145-154, 2003.

REALE, M. *O direito como experiência: introdução à epistemologia jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

RODRIGUEZ, J. R.; PÜSCHEL, F. P.; MACHADO, M. R. de A. (org.). *Dogmática é conflito: uma visão crítica da racionalidade jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2012.

STRECK, L. *Lições de crítica hermenêutica do direito*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

WARAT, L. A. *Introdução geral ao direito II: a epistemologia jurídica da modernidade*. Porto Alegre: SafE, 2002.

WARAT, L. A. *Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou*. Florianópolis: Boiteux, 2004.