

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -  
CURITIBA**

**TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO  
JURÍDICO I**

**LUANA PEDROSA DE FIGUEIREDO CRUZ**

**REGINA VERA VILLAS BOAS**

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria – CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

**Secretário Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

**Representante Discente** – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

#### **Conselho Fiscal:**

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

#### **Secretarias:**

**Relações Institucionais** – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

**Educação Jurídica** – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

**Eventos** – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

**Comunicação** – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

---

T314

Teorias do direito, da decisão e realismo jurídico I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNICURITIBA;

Coordenadoras: Luana Pedrosa De Figueiredo Cruz, Regina Vera Villas Boas – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-380-1

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Decisão. 3. Realismo Jurídico.

I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



# XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

## TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO I

---

### **Apresentação**

A presente obra conta com os trabalhos selecionados e efetivamente apresentados no dia 08 de novembro de 2016, no período compreendido entre as 14:00 e 18:30, nas dependências da UNICURITIBA, que recepcionou o XXV Congresso Nacional do CONPEDI.

Dos 15 (quinze) trabalhos inicialmente selecionados, 13 (treze) foram efetivamente apresentados e fazem parte do presente livro digital.

Para as apresentações dos trabalhos, adotamos a divisão em grupos pela proximidade entre os temas, para proporcionar melhor aproveitamento dos debates. Para fins de organização do tempo, foi estabelecido um limite de 10 (dez) minutos para cada apresentação, e, após o fechamento de cada tema, foi aberto o tempo para debates, questionamentos e colocações dos demais participantes e comentários dos coordenadores.

Participaram pesquisadores de diversas regiões do país, o que proporcionou ao grupo de trabalho uma considerável heterogeneidade de opiniões especialmente em temas como o do ativismo judicial, cuja discussão foi o ponto fundamental em diversos trabalhos.

Dos artigos apresentados, também houve certa predominância de temas como dogmática e positivismo jurídico, e a relação entre direito e moral.

Os debates foram bem acirrados e com excelente qualidade, especialmente no grupo final, quando se discutiu a Doutrina de Hans Kelsen, o que foi uma constante.

A seguir, encontramos a relação dos trabalhos apresentados, seus respectivos autores, e um pequeno resumo da temática abordada:

### **A DOGMÁTICA JURÍDICA E A CRÍTICA NO DIREITO: POR UMA ANÁLISE DA DOGMÁTICA A PARTIR DE SUA FUNÇÃO SOCIAL**

Hamilton da Cunha Iribure Júnior , Henrique Cassalho Guimarães

Resumo:

O discurso dogmático vem sendo posto em xeque pelas teorias denominadas críticas do direito. Mas até que ponto a dogmática jurídica é vista em suas múltiplas facetas? Os resultados dessas críticas podem redundar em uma equivocada compreensão da realidade jurídica, escamoteando valores que são socialmente salutares. A crítica pela crítica não satisfaz. Tenciona-se explicitar subsídios para uma consistente crítica do direito. Pelo método analítico e da técnica bibliográfica, conclui-se pela imprescindibilidade de se repensar uma concepção negativa injustamente atribuída à dogmática, indicando a necessidade de uma crítica ao direito voltada à dogmática em suas ambivalências: suas misérias e suas glórias.

## A INTERPRETAÇÃO JUDICIAL E SUA RELAÇÃO COM O PAPEL DA AVALIAÇÃO LEGISLATIVA

Viviane Freitas Perdigao Lima

Resumo:

O presente estudo faz reflexão sobre a avaliação legislativa no Brasil e a carente participação da Universidade na construção das leis, resultando em um dos fatores que também desencadeiam a interferência dos Tribunais na concretização dos valores e fins constitucionais: o ativismo judicial. Procurar-se-á, com o intuito de ilustrar essa correlação, colher da atividade legislativa, no caso dos projetos de lei sobre desaposentação, a falta do uso de métodos, técnicas e estudos na construção da referida lei, o que posterga a concretização da mesma, resultando na jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema

## A RELAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL EM RONALD DWORKIN

Henrique Lima de Almeida

Resumo:

O presente artigo possui como objetivo realizar uma exposição e uma análise da relação entre direito e moral no pensamento de Ronald Dworkin. Segundo o autor o direito pode ser considerado como um elemento constitutivo da moral, defendendo que ambos fazem parte de um mesmo fenômeno. Tais proposições atuam de forma a expandir e dar novos contornos às suas teorias dos princípios e da interpretação jurídica, o que será também apresentado no trabalho.

## A RELEITURA DAS CONEXÕES ENTRE O DIREITO E A MORAL: O PÓS-POSITIVISMO COMO MARCO FILOSÓFICO PARA O NEOCONSTITUCIONALISMO

Renata Souto Perdigao Granha, Diogo Oliveira Muniz Caldas

Resumo:

Na prática dos operadores do direito, tem sido recorrente o fundamento de que normas abertas, princípios e regras devem ser aplicados por meio da ponderação de valores. Entretanto, ainda se observa uma postura demasiadamente positivista de cunho exegético, rechaçando aspectos axiológicos, o que demonstra uma prática, às vezes antagônica, que oscila entre o discurso pós-positivista e o tradicional positivismo. A proposta do presente estudo é integrar a discussão entre moral e direito, nas teorias jusnaturalistas, juspositivistas e pós-positivistas, para melhor compreensão da Teoria do Direito, no panorama atual.

## A SOBREVIVÊNCIA DO POSITIVISMO JURÍDICO NO NEOCONSTITUCIONALISMO: O JUSPOSITIVISMO GARANTISTA COMO POSSIBILIDADE

Lucas Duarte de Medeiros , Artur Cortez Bonifacio

Resumo:

O trabalho analisa se o advento do neoconstitucionalismo implicou na superação do positivismo jurídico, como parte da doutrina brasileira afirma. Esta problemática está ligada à imprecisão semântica que ronda os termos: positivismo jurídico e neoconstitucionalismo. Balizando o uso das expressões, expõe-se a evolução do positivismo, para, após, apresentar a crítica a ele empreendida por Ronald Dworkin, expoente do pós-positivismo. Demonstrar-se-á que Dworkin recebeu resposta à altura de Hart, a partir da qual diferentes correntes buscam adequar aquela filosofia do direito ao neoconstitucionalismo. Então, apresentar-se-á o juspositivismo garantista como uma delas, para concluir pela sobrevivência do positivismo jurídico no período neoconstitucional.

## DIREITO E GOLPE DE ESTADO: UM ESTUDO À LUZ DO PENSAMENTO DE ANTONIO GRAMSCI

Everaldo Tadeu Quilici Gonzalez , Bruno Bertolotti

Resumo:

Antonio Gramsci foi um dos pensadores marxistas mais influente do Século XX. Sobre o seu pensamento e a partir de sua obra produziu-se inúmeros livros em várias áreas tais como na Educação, Filosofia, Ciência Política e Economia. O presente artigo apresenta uma reflexão jurídico-filosófica acerca do Direito e sua relação com o golpe de Estado, à luz do pensamento de Antônio Gramsci. É verdade que Gramsci não se debruçou especificamente na análise do fenômeno jurídico e das categorias do Direito. Contudo, sua contribuição para a compreensão do Estado Moderno e da Sociedade Civil foi muito significativa.

## ESTADO DE DIREITO, POSITIVISMO JURÍDICO E DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

Luiz Eduardo Lemos de Almeida

Resumo:

O presente artigo, desenvolvido por meio de pesquisa bibliográfica, aponta as características do Estado de Direito e tem por objetivo averiguar se o positivismo jurídico, método descritivo do direito que não admite a correção da ordem legal com base em valores, atende à exigência de o Estado e suas autoridades terem de se submeter à legislação. Dentro do objetivo perseguido, o trabalho trata da discricionariedade judicial, indicada por pós-positivistas como o grande problema do positivismo jurídico capaz de corromper a ordem legal posta, para verificar se ela realmente existe no juspositivismo de modo a comprometer o Estado de Direito.

## JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: CONTORNOS E TEORIAS- CAMINHOS RUMO A POSIÇÕES DIALOGADAS

Melanie Claire Fonseca Mendoza

Resumo:

O jurídico e o político podem convergir numa trama perigosa em que, a depender da conjuntura vigente, colocar em jogo o próprio Estado Democrático de Direito. A proposta aqui apresentada visa identificar e analisar os contornos da Judicialização da Política, aproximando-se de suas bases teóricas para, a partir das posturas que refutam sua presença nos Estados Democráticos, traçar possíveis caminhos rumo à reconstrução de uma relação

dialógica entre os Poderes. Para alcançar os objetivos propostos, realizou-se uma revisão da literatura e analisaram-se posicionamentos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e de outros Tribunais Constitucionais em outros países.

## JUIZ, AGENTE POLÍTICO OU SERVIDOR PÚBLICO? ANÁLISE CRÍTICA DA NATUREZA JURÍDICA DA FUNÇÃO JURISDICIONAL A PARTIR DO CONSTITUCIONALISMO MODERNO E DO ATIVISMO JUDICIAL

Thalyany Alves Leite , Vicente Bandeira de Aquino Neto

Resumo:

O artigo estuda a natureza da função desempenhada pelo magistrado, no sentido de verificar se ele é um servidor público, que tem como função a aplicação da lei, como defende parte da doutrina, ou se ele é um agente político – tese defendida pelo Supremo Tribunal Federal e pelo presente trabalho – haja vista que no exercício da função judicante as decisões proferidas interferem nas outras esferas do poder do Estado. Para avaliar a natureza jurídica da função do juiz, o trabalho realizou resgate histórico do constitucionalismo moderno e deteve-se na análise dos movimentos de judicialização e ativismo judicial.

## O REALISMO JURÍDICO E A NATURALIZAÇÃO DO DIREITO: EVIDÊNCIAS DAS FUNDAÇÕES MORAIS EM JULGAMENTOS JURÍDICOS

Pâmela de Rezende Côrtes , Thais de Bessa Gontijo de Oliveira

Resumo:

Esse trabalho tem como objetivo refletir, dentro do escopo teórico oferecido pelo Realismo Jurídico, quais são as implicações de algumas pesquisas contemporâneas em psicologia, notadamente a Teoria das Fundações Morais, para o Direito. Para tanto, será feito um levantamento bibliográfico com o intuito descritivo, tanto para situar a perspectiva do realismo jurídico adotado, quanto para apresentar a Teoria das Fundações Morais. Depois, procura-se demonstrar como as fundações morais podem ter impactado alguns julgamentos emblemáticos do Supremo Tribunal Federal.

## ORIGENS E DESENVOLVIMENTO DO ATIVISMO JUDICIAL: DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO SOCIAL.

Alexandre Luna da Cunha , Maria Cristina Zainaghi

Resumo:

Este artigo analisará o ativismo judicial respondendo à seguinte indagação: como o papel do Poder Judiciário se modificou com o desenvolvimento dos modelos de Estado? O artigo desenvolverá seu problema analisando a função do Poder Judiciário em cada um destes modelos de Estado de Direito: o Liberal, o Social (em que pese tal Estado não ter sido cabalmente implementado no Brasil) e o Democrático. Para tanto, levará em conta a relação entre os poderes republicanos instituídos, a movimentação social pela conquista de direitos e a positivação de uma nova geração de direitos.

#### PRESERVAÇÃO DA ORDEM PÚBLICA: A LEGITIMIDADE DA FORÇA POLICIAL NO COMBATE À VIOLÊNCIA URBANA

Karla Roberta Vasconcelos costa lima

Resumo:

Pretende argumentar esta pesquisa sobre a legitimidade na atuação dos atos violentos da atividade policial entre outras questões polêmicas sobre a função e o resultado eficiente na resposta de eventos com imposição de força: crimes em andamento, disparo arma de fogo, condução coercitiva com uso de algema, etc., agem conforme a necessidade para repelir determinadas situações em que se encontram. A prestação do Estado a título de segurança pública visa resguardar a ordem social e a incolumidade de pessoas e bens, sob a égide do direito, dos costumes e da discricionariedade da função.

#### REFLEXÕES SOBRE À TEORIA PURA DO DIREITO À LUZ DA CONTRADIÇÃO HUMANA E DA MITOLOGIA

Clovis Alberto Volpe Filho

Resumo:

O artigo busca analisar possíveis liames entre a teoria pura do direito com a natureza contraditória do ser humano e a mitologia. Partindo da ideia de que o direito, como produto do homem, é um mito na concepção ficcional, criado como instrumento de evitar que a contradição humana seja um obstáculo intransponível à convivência social. Enfim, pretende-



se entender que o direito tem fundamento mítico, além de compreender que isto não retira sua legitimidade e racionalidade, ao contrário, nos possibilita evoluir, sendo a pureza do direito proposta por Kelsen um instrumento para tentar regular da melhor maneira possível a contradição humana.

Profa. Dra. Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz - UIT-MG e UNINOVE-SP

Profa. Dra. Regina Vera Villas Bôas - PUC-SP e UNISAL-Lorena

# **A DOGMÁTICA JURÍDICA E A CRÍTICA NO DIREITO: POR UMA ANÁLISE DA DOGMÁTICA A PARTIR DE SUA FUNÇÃO SOCIAL**

## **THE DOGMATIC LEGAL AND CRITICISM IN LAW: TOWARDS AN ANALYSIS OF DOGMATIC FROM ITS SOCIAL FUNCTION**

**Hamilton da Cunha Iribure Júnior<sup>1</sup>  
Henrique Cassalho Guimarães**

### **Resumo**

O discurso dogmático vem sendo posto em xeque pelas teorias denominadas críticas do direito. Mas até que ponto a dogmática jurídica é vista em suas múltiplas facetas? Os resultados dessas críticas podem redundar em uma equivocada compreensão da realidade jurídica, escamoteando valores que são socialmente salutares. A crítica pela crítica não satisfaz. Tenciona-se explicitar subsídios para uma consistente crítica do direito. Pelo método analítico e da técnica bibliográfica, conclui-se pela imprescindibilidade de se repensar uma concepção negativa injustamente atribuída à dogmática, indicando a necessidade de uma crítica ao direito voltada à dogmática em suas ambivalências: suas misérias e suas glórias.

**Palavras-chave:** Dogmática, Função social, Tecnologia, Conflito

### **Abstract/Resumen/Résumé**

Dogmatic discourse has been called into question by the theories called criticism of law. But to what extent the legal doctrine is seen in its many facets? The results of these reviews can result in a misunderstanding of the legal reality, pilfering values that are socially salutary. The criticism by the criticism does not satisfy. It is intended to explicit subsidies for consistent criticism. The analytical and literature method indicate the indispensability of rethinking a negative conception wrongly attributed to dogmatic indicating the need for a critique focused on the dogmatic right in their ambivalence: its miseries and its glories.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Dogmatic, Social role, Technology, Conflict

---

<sup>1</sup> Doutor e Mestre em Direito pela PUC/SP. Docente da Graduação e do Programa de Pós-Graduação stricto sensu, nível Mestrado da Faculdade de Direito do Sul de Minas. Pesquisador CNPq.

## 1 Introdução

A vida em sociedade se constitui em infinitas contingências. Malgrado o projeto civilizatório insculpido modernamente – em que o direito assume uma posição de primazia prometendo coerência e um estrondoso avanço social –, pesquisa-se hodiernamente noções como *complexidade* (MORIN, 2014, p. 12) e *risco* (DE GIORGI, 2010, p. 28), que mais fidedignamente refletem a sociedade em suas múltiplas dobras, pois reconhecem sua pluralidade e ambivalências. Os fenômenos sociais passam a ser vistos e interpretados contemporaneamente sob um novo eixo. A única certeza que se tem é a incerteza quanto ao futuro.

O vigente paradigma científico, que não fecha os olhos para questões envolvendo a historicidade, a ideologia e a linguagem – para ficar tão só nestas três esferas –, revelou as distopias de um direito eminentemente dogmático, cuja lógica e sistematicidade foram pintadas em tintas fortes na modernidade (mormente pela cultura jurídica ocidental europeia do final do século XVIII e início do século XIX). Diante deste cenário, um velho dilema sobressai, e não pode ser negligenciado ao se pensar o papel atualmente desempenhado pela dogmática jurídica, qual seja: a perplexa relação que envolve a teoria e a *praxis*.

Essa problemática é bem ilustrada pelo conhecido mito da caverna narrado por Platão em *A República*. Sinteticamente, a trama desenvolvida em um diálogo de Sócrates conta a descrição de homens que se encontram acorrentados em uma caverna de tal forma que são capazes apenas de ver uma parede e as sombras lá projetadas. Quando um dos prisioneiros consegue se desvencilhar das correntes que o aprisiona, vai rumo à abertura da caverna.

Passa, então, a ver as verdadeiras formas e, posteriormente, a luz que tudo ilumina. Ao voltar para a caverna a percepção da realidade deste sujeito privilegiado destoa por completo da dos demais, em uma mesma parede cada qual vê uma coisa, e o que é tido como a verdadeira percepção das coisas é a razão pela qual aquele sujeito solitário é repudiado ao tentar apresentar a sua perspectiva de mundo.

A alegoria possibilita um visor da dificuldade na operacionalização do conhecimento em uma prática, isto é, uma coisa é a verdade contemplada, outra é a sua transformação em norma que é medida e padrão para a ação. O problema da ciência é a verdade, já a *praxis* lida com uma questão de agir.

Para a superação da barreira existente, é sugerido que o filósofo recorra a mitos – como uma vida futura de castigos e recompensas – com o único propósito de dissuadir os

homens que insistem em se manter presos às suas infundadas crenças. Mas outro problema toma às vezes do anterior, a razão utilizada como instrumento de convencimento perverte a própria razão, que, consoante a filosofia grega, seria por essência contemplativa.

Diversamente da ciência, a dogmática jurídica não possui um absoluto compromisso com a verdade – não é ela as lentes que permitirão olhar as coisas como elas efetivamente são –, mas também não possui um compromisso exclusivo com a prática social.

Situando no entremeio de uma coisa e outra, busca a dogmática jurídica ser um instrumental teórico voltado para a resolução de conflitos com um mínimo de perturbação social (FERRAZ JÚNIOR, 2015, p. 07), em outras palavras, pretende ser um mecanismo de controle da massa. Entre teoria e prática, seria ela, então, a perversão da ciência do direito?

Esta é uma interpretação possível, mas que equivale a uma visão reducionista se desconsiderar a função social da dogmática jurídica ao buscar uma dialética entre a teoria e a *praxis*. Com menor ênfase aos fundamentos epistemológicos da dogmática, o enfoque que se pretende dar neste capítulo envolve justamente a influência social ao problema relacionado ao conhecimento dogmático e a relação recíproca, haja vista que o conhecimento gera expectativas que são estruturas adaptativas cuja finalidade é reduzir as incertezas ou controlar as angústias humanas provenientes da complexidade social (FERRAZ JÚNIOR, 2015, p. 09).

A dogmática jurídica possui traços e pretensões que lhe são peculiares e não se confundem com os da ciência do direito. É *uma* forma gradativamente construída de estruturação da realidade, que se desenvolve como meio de estabilização do sentido das normas em favor da decidibilidade de casos concretos, podendo ser compreendida ainda como um mecanismo de justificação do direito posto em favor de sua legitimação racional (RODRIGUEZ *et al*, 2012, p. 13).

À serviço de seu objeto, a resolução de conflitos, a dogmática jurídica fornece balizas decisórias mediante um processo de sistematização que, com as devidas ressalvas, permanece no encaixo da igualdade perante a lei. Verdade seja dita, o raciocínio dogmático persiste em se estruturar em um governo de leis, deve-se ao direito positivo a delimitação do principal problema da dogmática jurídica.

Isso não impede, contudo, a existência de uma certa flexibilidade na interpretação do material jurídico, pois na atualidade “a dogmática não se exaure na interpretação do estabelecido, mas interpreta a sua própria vinculação, ao mostrar que o vinculante sempre exige interpretação” (FERRAZ JÚNIOR, 2015, p. 94).

Articulando decisão e positivação de forma a fixar os limites do juridicamente possível, a dogmática jurídica imprime sua função social enquanto pensamento tecnológico,

fornecendo condições indispensáveis para a distinção entre o lícito e o ilícito (LUHMANN, 1983, p. 46).

Em assim sendo, aquela imagem preconceituosa de um formalismo cego e de um instrumento de poder ideologicamente comprometido, que é atribuída em tom pejorativo à dogmática jurídica, deve ser repensada, sob o risco de se incorrer em uma ideia unilateral capaz de deturpar aspectos jurídico-dogmáticos que são socialmente salutares.

Descortinar esse outro lado da dogmática jurídica – sua função social – é o objetivo doravante assumido. O lugar e o futuro da dogmática vêm sendo constantemente colocado em pauta pelos juristas. O vislumbre aqui proposto é algo que não pode se abdicar em uma consistente reflexão crítica acerca da eficácia da dogmática jurídica.

## **2 A dogmática jurídica e o problema da decidibilidade**

A decidibilidade de conflitos é a questão fundamental que move todo o discurso dogmático e o seu instrumental teórico. Conceitos são construídos, classificações realizadas, institutos delineados, ficções teorizadas, princípios constituídos; em suma, o material jurídico é sistematizado e ordenado com o objetivo de servir à prática decisional e à realidade social.

Empregar o direito em sociedade seria uma tarefa impraticável caso fosse possível questionar de modo ilimitado suas premissas e pressupostos, buscando permanentemente seus fundamentos em um horizonte irrestrito de possíveis interpretações.

O aparato dogmático, em face disso, é o que instrumenta a decisão judicial, tornando possível a resolução de conflitos por meio da consolidação de seus próprios conceitos e suas delimitações. Reduz-se, deste modo, a complexidade da decisão, pois uma análise conceitual-dogmática permite o reconhecimento e a identificação de elementos necessários para o deslinde de um caso jurídico (LUHMANN, 1983, p. 451). Adota-se *um* ponto de vista, estabilizando interpretações e servindo à argumentação jurídica.

A abstração dos dogmas que é alvo de tantas críticas à dogmática jurídica – fortemente acusada pela alienação do direito ante a sociedade – é essencial para essa tarefa, pois é precisamente ela que permite o distanciamento crítico necessário para organizar e refletir o material jurídico, seus fundamentos e a valoração das relações sociais.

Se de um lado a abstração dos dogmas desprende realidade e direito, de outro, ganha-se sobre eles uma disponibilidade conceitual que aumenta a liberdade no trato com as

experiências e os textos vinculantes. O problema com o qual se depara, contudo, circunda o grau de abstração dos dogmas e a busca de um equilíbrio que propicie sua atuação prática conveniente, quer dizer, de forma a não obstar as interações sociais (FERRAZ JÚNIOR, 2015, p. 94).

Essa disponibilidade conceitual dogmática oportuniza a manutenção de incertezas em um nível controlável, de tal forma que elas sejam compatíveis com duas exigências cardeais do sistema jurídico: “a vinculação a normas e a pressão para decidir em caso de um conflito dado” (FERRAZ JÚNIOR, 2015, p. 95).

Deste modo a dogmática se apresenta como uma mediadora entre a generalidade das normas e a singularidade dos casos concretos. Além disso, por vincular a tomada de decisão às questões jurídicas (e não às questões de fatos), o sistema jurídico se distancia dos fatos do caso, o que também lhe dá maior controle, ao passo que selecionará ele próprio apenas os fatos que entende como relevantes juridicamente (ADEODATO, 2002, p. 32).

Como se percebe, a aplicação do direito não é uma tarefa mecânica (como se pensava no positivismo legalista com o raciocínio lógico dedutivo arquitetado na teoria da subsunção), mas complexa. Na sociedade atual, um caso concreto pode ter uma decisão em múltiplos sentidos se se considerar que não há apenas um modo de se interpretar a norma, assim como os fatos apresentados podem ser relevados, sob distintas perspectivas.

Existe, destarte, uma dupla contingência. É neste contexto que a dogmática se impõe, buscando limitar as variações possíveis tanto em relação à norma quanto aos fatos, como mecanismo estabilizador dessa dupla contingência através de seus critérios de relação, viabilizando a definição do juridicamente possível (LUHMANN, 1983, p. 32-33).

A dogmática jurídica desempenha, portanto, um relevantíssimo papel ao reduzir a complexidade social e torná-la manipulável mediante conceitos abstratos e um modo específico de pensar que serve à decidibilidade de conflitos e delimita um campo de significados que se expande ou se retrai em função dos diversos atos de aplicação (RODRIGUEZ *et al*, 2012, p. 36).

É importante que se diga, ainda, que a estabilização de conceitos dogmáticos, e sua adequada aplicação pelos órgãos jurisdicionais, reduzem o espectro de arbitrariedade na relação do intérprete com o signo e o significante, fortalecendo a congruência que deve haver entre a norma como premissa para a decisão e a decisão. Quando esta operação se desenvolve a contento se diz que o direito foi corretamente aplicado.

Situações conflituosas são inerentes à vida em sociedade. A dogmática visa fornecer respostas a elas, ordenando, a partir de sua racionalidade, interpretações, selecionando fatos,

delimitando o campo da argumentação jurídica e distinguindo-a de outras espécies de racionalidades. Isso é essencial para o ato de decidir. Diante de uma miríade de interpretações possíveis da norma e uma vasta variedade de fatos a serem considerados, a dogmática se posiciona com o propósito de resolver a questão.

Se um problema jurídico concreto é apresentado a um operador do direito, é muito provável que este o raciocinará dogmaticamente, buscando o enquadrar em categorias, perquirindo o significado de conceitos legais e o interpretando à luz de sentidos atribuídos no plano jurisprudencial.

Se o caso versa sobre um acidente de trânsito entre civis, por exemplo, é presumível, por meio da dogmática, o caminho que será trilhado: pode-se conceber, de início, que se trata de uma questão relacionada ao direito privado, mais especificadamente, ao direito civil.

identificando como pertinente o instituto da responsabilidade civil subjetiva – artigo 927 do Código Civil –, que tem por elementos caracterizadores a conduta ilícita pautada na noção de culpa, o nexo de causalidade e o dano, cada qual com suas ramificações e conceitos próprios; poderá também ser aferida a existência ou não de excludentes de responsabilidade; indo além, o raciocínio poderia passar por reflexões de cunho processual, sobre o ônus da prova e o posicionamento jurisprudencial, até se conjecturar a viabilidade do êxito na reparação do dano sofrido pela via jurisdicional.

A dogmática constrói, portanto, uma lógica específica de se pensar juridicamente – que tem por finalidade a compreensão e a operação do direito. Mas não só. Ao tecer seu modo de racionalidade ela também se torna a principal responsável por uma *linguagem jurídica*.

A conceituação dogmática, por seu caráter técnico, ganha autonomia em relação ao vernáculo e à linguagem de outras áreas do saber. Ainda que os signos ou as regras de sintaxe do português e da dogmática nos sejam semelhantes, entendê-los como sinônimos, é um crasso engano. “Em vários sentidos, aprender direito é reaprender a pensar e falar” (RODRIGUEZ *et al*, 2012, p. 34).

Em nada se relacionam, por exemplo, a *personalidade* entendida pela psicanálise e a *personalidade jurídica*. Em igual senda, o princípio da *moralidade*, que deve reger os atos da administração pública, não é o mesmo que o entendido em uma concepção judaico-cristã. Há casos, inclusive, em que a conceituação dogmática se sobrepõe à própria literalidade do termo legal, como se percebe na expressão *isentas*, prescrita no § 7º do artigo 195 da Constituição do Brasil, sendo unanimemente considerada pelos tributaristas como hipótese de *imunidade* e não de *isenção*.

Em sendo assim, os conceitos dogmáticos também são manifestações de independência contra as influências externas. Quando o Código Penal tipifica o fato em abstrato “matar alguém” (artigo 121), uma interpretação dogmática não está interessada em saber o que a medicina ou a filosofia consideram por morte. Sendo o encarregado de aplicar essa norma, o Judiciário tem o poder de fixar o sentido jurídico da palavra. Muito provavelmente, o auxílio da ciência médica ou até mesmo da filosofia não serão desprezados no momento da fixação do sentido, mas o conceito dogmático não se sujeita aos sentidos atribuídos por outras áreas do saber, nem mesmo pela linguagem geral (socialmente difundida).

Essa preocupação conceitual, além de prestar um importante serviço para a prática jurídica, tornando o direito passível de ser operacionalizado por meio de “interpretações oficiais” (SIMIONI, 2014, p. 752), também serve ao ensino do direito. Os conceitos são os recursos empregados tanto para ensinar a técnica jurídica, quanto para criticá-la, contribuindo, então, para o aperfeiçoamento da própria dogmática jurídica e o desenvolvimento do direito.

### **3 A dogmática jurídica sob a perspectiva luhmanianna**

Não é desconhecida a crítica de que a dogmática jurídica limita o direito e os comportamentos sociais por meio de seus conceitos e delimitações. E, de fato, ela detém a sua razão. Porém, da mesma maneira, é correto se afirmar que a dogmática torna possível o desenvolvimento do direito assim como o desdobramento de comportamentos sociais que seriam impraticáveis sem o seu instrumental teórico, abrindo margens a outras possibilidades. Não havendo a dogmática o direito desfaleceria diante da função de propiciar a generalização e a estabilização de expectativas de conduta.

Para clarear esta afirmação, imprescindível indicar alguns apontamentos – sem a menor pretensão de exaurir a temática – relacionados à ideia do direito como modo de *generalização de expectativas comportamentais* e suas três dimensões (*temporal, social e prática*), consentâneo ao pensamento esboçado em Niklas Luhmann (LUHMANN, 1983, p. 36).

Principiando o raciocínio, tem-se por premissa que a sociedade atual é complexa. Diante dessa característica incontestável, são absolutamente necessárias estruturas que reduzam essa complexidade, diminuindo tensões que poderiam ser insustentáveis sob o



aspecto da orientação de conduta. Estruturas seletivas de expectativas são de vital necessidade.

Na interação humana é imprescindível que haja certa confiança, para tanto, é crucial a segurança sobre a expectativa de expectativas, pois é isso que acaba por gerar a autoafirmação comportamental e a previsibilidade do comportamento alheio (expectativas comportamentais recíprocas). Conviver é se previr contra desilusões. Presumível, pois, que em uma situação comportamental o indivíduo, de modo geral, selecionará expectativas com baixa chance de desilusão. A redução desse espectro de contingências, que viabiliza a seletividade de expectativas, é desenvolvida pelo direito enquanto estrutura.

Como já adiantado, as complexidades a serem reduzidas – que significa igualmente os problemas com os quais a estrutura tem de lidar – podem ser divididas em três. A primeira que se abordará é a *dimensão temporal*, relacionada à passagem do tempo e ao dado irrecusável de que expectativas são constantemente desiludidas. A dimensão temporal reivindica a distinção entre expectativa cognitiva e expectativa normativa.

Existe uma sensibilidade humana diante da frustração de expectativas (desapontamentos), em larga medida atrelada à aceitação de riscos advindos das interações sociais. Em termos funcionais, denomina-se *expectativa cognitiva* aquela que, no caso de desapontamento, se adapta, modificando no que se julgar necessário a expectativa desiludida para que o desapontamento sofrido não torne a repetir. Contrariamente, a *expectativa normativa* não é abandonada quando alguém a transgredir, segue-se protestando, é ela dotada de resiliência (LUHMANN, 1983, p. 56).

Mesmo diante da desilusão, a expectativa normativa permanece válida. Eventuais desapontamentos não são assimilados, sendo considerados de antemão como irrelevantes para expectativas futuras. Interessante destacar que essa indiferença acerca do cumprimento ou descumprimento da expectativa no nível normativo não é algo natural, mas baseado em processos de neutralização simbólica em relação à norma.

O direito se produz pela seleção e generalização de semelhantes pretensões normativas. Por meio de normas, expectativas e intenções subjetivas são esperáveis incondicionalmente. Um vendedor, a título de exemplo, tem a expectativa de que o comprador de seu produto o pague em consonância ao contratualmente pactuado, o futuro inadimplemento do comprador não altera a expectativa de o pagamento ser exigível. O direito, assim, é um instrumento de controle da contingência temporal das expectativas sociais, e como tal deve dispor de mecanismos eficientes para o processamento de desapontamentos (FERRAZ JÚNIOR, 2015, p. 104).

Em um contexto de superprodução normativa, uma nova perplexidade surge, pois é entreaberta a possibilidade de conflitos de normas e projeções normativas. Havendo mais de uma expectativa normativa, a confirmação de uma pressupõe a desilusão de outra. Com efeito, uma regulação é necessária. Evidentemente, não se pode carregar de forma descomedida a vivência normativa com desilusões, o que comprometeria a própria função do direito. Da exigência de que as expectativas normativas sejam bem-sucedidas desponta a relevância da *institucionalização* de expectativas comportamentais e da *dimensão social* (em que há a consideração de terceiros).

O conceito de expectativa normativa sumariamente posto foi desenvolvido com base em um modelo dualístico – a interação entre aquele que espera e aquele que atua em conformidade ou não com a norma –, absorvendo apenas duas posições sociais. A realidade social, entretanto, é mais complexa, envolvendo em condição permanente a participação de terceiros – aqueles que, *a priori*, ocupam-se de outras coisas, mas podem vir a ser conquistados para conviver.

Um juiz, por exemplo, não tem nenhum interesse em decidir qual expectativa deve ser confirmada em uma relação contratual, exceto quando essa relação torna-se litigiosa e é levada ao Judiciário, então ele é (um terceiro) chamado a se posicionar em favor de uma expectativa. Qualquer partícipe social figura concomitantemente como expectante, expectado e terceiro (FERRAZ JÚNIOR, 2015, p. 107).

Com a institucionalização tenciona-se delinear o “grau em que as expectativas podem estar apoiadas sobre expectativas de expectativas supostas em terceiros” (LUHMANN, 1983, p. 77). Essa pretensão, entretanto, traz a necessidade de uma reanálise do papel do consenso enquanto fundamento de validade das normas. Cientistas políticos, juristas e sociólogos, desde que o direito natural entrou em franco declínio, atribuem ao consenso a razão pela qual há uma integração de expectativas em sociedade. Supõe-se que graças ao consenso sobre expectativas comuns a sociedade se ordena e desenvolve.

Diante da complexidade social e seu caráter plural, contudo, é pouco provável que se alcance um consenso geral social. A experiência mostra, ao revés, que a função das instituições reside mais na economia do consenso do que na sua criação ou promoção (FERRAZ JÚNIOR, 2015, p. 109).

As instituições, nesse seguimento de ideias, não se edificam sobre acordos táticos de manifestações opinativas, mas sim no êxito em superestimá-los. Sua continuidade está garantida na suposição comum de que com ela quase todos concordem, ou ainda, “enquanto quase todos suponham que quase todos suponham que quase todos concordem” (LUHMANN,

1983, p. 84). Assim as instituições podem distribuir encargos e riscos comportamentais, tornando provável a manutenção de uma redução social vivenciada, haja vista que selecionará projeções normativas com maiores chances de serem confirmadas. Gera-se, ao final, um fértil terreno para a estabilização social, uma espécie de mediação de um mundo em comum.

Por meio da expectativa sobre expectativas institucionais torna-se viável a generalização desse mecanismo seletivo para além dos presentes. Até mesmo quando uma interação envolve indivíduos desconhecidos, pode-se presumir um consenso, assim como suposta uma concordância genérica em relação a um mínimo de expectativas sobre expectativas.

Melhor exemplo em relação à institucionalização é a linguagem. Por isso que se diz que as expectativas institucionais se encontram apoiadas sobre um consenso esperado a partir de terceiros, consenso este que ela viabiliza ao supô-lo. A existência de pré-compreensões compartilhadas em uma interação humana é imprescindível para o convívio, assim, a institucionalização de expectativas fortalece o relacionamento social.

Adverte-se, em tempo, que inobstante as expectativas institucionais selecionarem certas projeções normativas, subsiste uma variedade de projeções, do mesmo modo, há a possibilidade de divergência quanto à essas expectativas e de modificação no caso de alteração das condições, uma adaptabilidade. Não se trata de uma solução peremptória, “mas apenas de constelações de problemas de consequência, o que é típico para todas as instituições sociais” (LUHMANN, 1983, p. 85). Mas isso não modifica o fato de que pela institucionalização um consenso é suposto, independentemente da concordância de todos.

Resta agora analisar a *dimensão prática*. Esta se difere das dimensões temporal e social em um aspecto importante: trata do conteúdo significativo das expectativas, de seus *sentidos práticos*. Aqui o *sentido* serve como síntese, intersubjetivamente acessível, perante uma multiplicidade de experiências possíveis.

Através de núcleos significativos se atribui sentido a expectativas comportamentais, as atando e as atribuindo uma identidade (LUHMANN, 1983, p. 32-97). Pode-se diferenciar os princípios de identificação das expectativas comportamentais em razão de seu grau de abstração, podendo “referir-se a *pessoas* concretas, a determinados *papéis*, a determinados *programas* (fins, normas), ou a determinados *valores*” (LUHMANN, 1983, p. 99).

Em seu nível mais concreto, a identificação de um encadeamento de expectativas pode se dar em virtude de uma *pessoa* que se conhece. Ela é construída a partir do convívio, supõe uma história, interações em comum, exposições sentimentais, trocas de confidências, manifestações e posicionamentos sociais. A segurança a partir desse tipo de identificação

personalizada se dá pelas idiossincrasias do indivíduo, não sendo transferida de uma pessoa para outra sem mais nem menos.

É essa espécie de expectativa que quando desapontada gera interjeições do tipo: “eu não esperava isso de você”. Não é generalizada, mas sim esperada em razão das características de um indivíduo concreto.

Ao seu turno, o conjunto de expectativas atribuíveis por meio de *papéis* desprezam características pessoais e individuais. Enquanto feixes de expectativas, elas se dão em razão de papéis desempenhados em sociedade, sendo as expectativas transferíveis de uma pessoa para outra.

Por exemplo, acredita-se que o que um professor diz em relação à matéria lecionada é verdade, independentemente de suas características pessoais, pois seu papel é ensiná-la. Avança-se em termo de abstração, do mesmo modo em relação ao risco de desapontamentos.

Um grau ainda mais elevado de abstração e mais fortemente variável em relação ao entrelaçamento de expectativas é encontrado em *programas*. Por sua institucionalização, os programas servem tanto como uma regra decisória quanto às expectativas.

Isso se deve em razão de programas intencionais, que estabelecem consequências e condições para a ação esperada, e programas condicionais, que fixam certas causas como desencadeadoras de determinadas ações, sendo logicamente aferível a partir de um esquema “se/então” (*se* não quitar na forma e prazo legais o tributo devido, *então* sofrerei uma sanção).

Mas é ao se pautar em *valores* que o enfeixamento de expectativas alcança seu mais alto nível de abstração. Valores são julgamentos sobre as ações, distinguindo-as em um critério de preferência. Ocorre, todavia, que não é especificado quais ações têm preferência sobre quais outras ações. As referências obtidas por meio de valores são demasiadamente indeterminadas para a formação e integração de expectativas.

Com grande margem, pode-se assegurar, por exemplo, que a dignidade é um bem a ser tutelado em todo ser humano, mas isso não indica com precisão como tutelar este bem, quais ações colimarão neste fim, quanto isso custaria ou se ela seria preferencial diante de outros valores, como a liberdade. Apenas pode ser institucionalizada e generalizada as posições valorativas, não as relações entre elas.

As diferentes formas apresentadas de ordenar as expectativas quanto ao conteúdo significativo não indicam um isolamento mútuo entre elas, tampouco que uma expectativa vivenciada deva se situar em um plano em exclusão aos demais. Todos os planos de sentido se inter-relacionam na formação de expectativas. Por meio dessa variabilidade, entretanto, é

possível questionar de forma mais sólida o lugar do direito e sua função seletiva, garantindo-se unidade e conexão de sentido das expectativas para o processo de decisão jurídica.

Nessa esteira, o direito contemporaneamente adquire seu centro de gravidade em *papéis* específicos e *programas* decisórios próprios. Diante da complexidade social, o direito não pode se ancorar em expectativas concretas vinculadas à unidade de uma pessoa ou à justificativa de um valor desregrado (tamanho sua abstração).

Norma, institucionalização e planos de sentido, entretanto, não são congruentes entre si. As normas, por vezes, não são adequadas a instituições, divergindo também de valores, e assim reciprocamente.

Para a teoria sociológica estudada, o direito é o mecanismo que coordena congruentemente e de forma seletiva a dinâmica entre essas dimensões *temporal*, *social* e *prática*. Embora não com a desejável e desejada clareza, pode-se agora definir o direito como “estrutura de um sistema social que se baseia na generalização congruente de expectativas comportamentais normativas” (LUHMANN, 1983, p. 121).

Funcionalmente, o direito é um alívio para as expectativas, antes mesmo de ser um ordenamento coativo. Ele gera uma imunização simbólica em relação a certas expectativas contra os fatos. Essa é sua função social mais considerável. “O alívio consiste na disponibilidade de caminhos congruentemente generalizados para as expectativas, significando uma eficiente indiferença inofensiva contra outras possibilidades, que reduz consideravelmente o risco da expectativa contrafática” (LUHMANN, 1983, p. 115).

Retomando ao início dessa digressão sociológica, a indagação que permanece é: qual a função social da dogmática jurídica diante desse modo de se conceber o direito? Em resposta, Tercio Sampaio Ferraz Junior alinhava os conceitos expostos com acuidade afirmando que:

[A dogmática jurídica] é, a nosso ver, uma instância instrumental de viabilização do direito, na medida em que atua como veículo de alta abstração, capaz de proporcionar uma congruência estável entre os mecanismos de controle social, mesmo quando, aparentemente, eles não se afinam. Neste sentido, ela viabiliza as condições do juridicamente possível. A dogmática não se confunde com o direito, nem com as expectativas normativas, nem com instituições, nem com valores. Ela os atravessa todos diagonalmente, possibilitando uma identificação do direito contra as incongruências de fato. Essa função é preenchida de vários modos, como, por exemplo, pelo estabelecimento de princípios para a compreensão da congruência, de guias de ação na aplicação do direito, na hierarquização das fontes, permitindo, assim, a integração de normas e instituições pela determinação de finalidades programáticas, pela constituição de premissas e postulados de argumentação jurídica – o que conduz à identificação de requisitos razoáveis da ordem jurídica etc. (FERRAZ JÚNIOR, 2015, p. 114-115)

Nota-se, então, que o horizonte dogmático não é tão pequeno quanto o tracejado hodiernamente. Uma crítica à crítica do direito é sim merecida. Certo é que “los conceptos, teorías, conocimientos dogmáticos no *son* el sistema [jurídico]”, mas como complementa Niklas Luhmann, “sino que *gobiernan* el sistema del derecho” (LUHMANN, 1983, p. 45). Teoria do direito e dogmática jurídica, para o autor, estão comprometidas com a reprodução do sistema jurídico. Sua função social, pois, é irrecusável.

#### **4 O poder de decidir e o instrumental dogmático**

Diante das considerações expendidas, nota-se a importância em assentar a dogmática em seu precípuo lugar. A dogmática jurídica é a condição de possibilidade da operacionalização do direito pelo organismo jurisdicional encarregado da função de centro de decisões jurídicas.

Quando há o desapontamento de expectativas normativas resguardadas juridicamente (institucionalizadas) e a parte que se entende lesada recorre ao Judiciário ela levanta um problema jurídico e espera uma resposta. A dogmática jurídica assume a problemática envolvendo a produção de decisões obrigatórias e vinculantes e busca fornecer essa resposta (RODRIGUEZ *et al*, 2012, p. 21). Inexistiria a dogmática se inexistissem conflitos.

A dogmática jurídica não permanece no enalço de uma plena segurança jurídica ou em pé de guerra com a plurissignificação do texto legal. A realidade é indomável. Mas isso não impede de que sejam instituídos critérios para a decisão jurídica, que o emprego de expectativas normativas possa ser satisfatoriamente fundamentado e limitado. Ao contrário, é defensável uma linearidade e coerência entre as decisões judiciais, a estabilização de argumentos e sentidos, a diminuição da incerteza social (o que exige uma contínua reconstrução de sentidos). Nesse contexto a dogmática jurídica manifesta seu mais nobre papel.

No entanto, nisso não se esgota a função social da dogmática jurídica. Outro ponto deve ser aqui sublinhado. A dogmática, ao que se expõe, estabelece critérios procedimentais para o ato decisório que buscam controlar as incertezas relacionadas à interpretação da norma jurídica e, assim, por termo aos conflitos sociais. Nessa operação, tem-se o problema dogmático do controle, que pode ser analisado sob duas facetas: a dogmática como aparelho de controle social e como aparelho de controle do poder do Estado.

O controle social exercido pelo direito possibilitado através da dogmática é o enfoque até então dado, sendo prescindível, ao ensejo, maiores considerações. Ingressa-se, então, à outra faceta que envolve o controle dogmático, que tem por finalidade ser instrumento de controle do poder estatal, uma caixa de ressonância das esperanças que permeiam aqueles que creem no governo do direito acima do arbítrio dos homens, livre das angústias intrínsecas a um governo tendencioso à autossatisfação dos membros que o compõe (FERRAZ JÚNIOR, 2015, p. 175).

Nessa ótica, “a função social da dogmática jurídica é formalizar o exercício do poder pela submissão dos órgãos responsáveis pela aplicação das normas a um determinado procedimento intelectual no processo de tomada de decisões” (RODRIGUEZ *et al*, 2010, p. 159). Ao estabelecer os limites do juridicamente possível a dogmática jurídica impõe um programa condicional ao magistrado, que não deve transgredir tais limites.

Uma decisão jurídica apenas é *jurídica* em se valendo de uma argumentação racional. Essa argumentação racional é laboriosamente fornecida pela dogmática jurídica. Aquele que assume o papel de decidir juridicamente, portanto, deve observância às fronteiras e construções dogmáticas, o que torna possível um controle de consistência das decisões jurídicas.

Neste sentido que se pode dizer que a dogmática jurídica é *um* mecanismo de formalização do exercício do poder de decidir, é seu discurso persuasivo que faz com que a decisão seja acreditada pelos destinatários, não por medo ou violência, mas pela força de sua racionalidade.

“A dogmática da decisão constrói um sistema conceitual que capta a decisão como um exercício controlado do poder” (FERRAZ JÚNIOR, 2007, p. 360). O uso da força como monopólio do Estado encontra sua legitimação no discurso dogmático, que pode ser visto como instrumento exercido *pelo* Soberano e *contra* o Soberano.

A instrumentalização do direito exige justificação, a tomada de decisão dos órgãos estatais deve amparar-se em bases sólidas a fim de que haja o mínimo de perturbação social. Para tanto, a dogmática fornece esquemas teóricos, critérios de correção e de racionalidade, o que tende a inibir a arbitrariedade e decisionismos. O direito é um ato de poder cujo sentido não advém de seu próprio poder.

Isso clama pela atenção para uma questão colateral. Como mecanismo de controle, a tecnologia dogmática acentua a importância da trajetória que leva à decisão jurídica. O direito visto como espaço de decisão de conflitos não pode abrir mão de instituir com clareza regras ao jogo decisório, programas de decisão. O que importa não é só o fim alcançado, mas

também o como se chegou até ele. Isso não significa que o resultado seja destituído de importância, por óbvio nele também se encontra a razão, mas nunca toda a razão. Esta também se faz no caminho percorrido.

A confiabilidade na decisão é algo que deve ser conquistado, reivindicando a contenção do poder estatal – o que é vislumbrável na exigência de observância das regras do jogo que são dogmaticamente construídas. Apenas o resultado não sacia. O procedimento é de fulcral relevância no processo decisório, pois nele que se percebe o controle da ação da autoridade responsável pela prolação da decisão, vindo também a tornar a decisão jurídica relativamente calculável e previsível.

Decidir juridicamente – em um Estado de Direito – só pode ser uma situação comunicativa estruturada, o que afasta qualquer concepção de decisão jurídica de cunho decisionista ou teleológico. Por esse ângulo também se nota o valor do procedimento argumentativo dogmático.

A dogmática jurídica permite explicar consistentemente um modo de se ver o mundo, irradiando sentidos prévios aos problemas práticos da vida. Descrer nessa possibilidade o mesmo representa que esvaziar a ideia-chave do corrente modelo de Estado, pondo-o em sério risco.

“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). Despindo de uma visão maniqueísta, alinhemo-nos, pois, contra aquilo que merecidamente deva ser criticado, balizando seus prós e seus contras.

## **5 Conclusão**

Com um tom bem mais descritivo do que crítico, nas linhas pregressas buscou-se evidenciar uma vertente da dogmática jurídica por muitos olvidada na crítica do direito hodiernamente construída. Aplicando-se a metodologia analítica documental, percorre-se algumas das facetas da dogmática para analisar e contextualizar, numa perspectiva linear e, ao mesmo tempo, ortogonal, sua influência e importância na aplicação da norma jurídica e, ademais, o cumprimento de sua função social.

Num mundo altamente desafiador, onde a tecnologia constantemente nos impulsiona por caminhos sempre mais abreviados, menos escarpados, onde possibilidades se erguem com extrema facilidade, a tarefa de analisar de modo denso e crítico, por si só, já é uma tarefa hercúlea.



Contudo, ao pensar a dogmática jurídica prescinde a necessidade de se cogitar o seu próprio estudo para, perceber ao final, a possibilidade de se propor uma correção para o funcionamento do sistema jurídico no instante em que se produz o direito, seja em sua aplicação, seja na sua produção.

O entrave que se apõe nessa árdua jornada é não ceder às tentações de conduzir a dogmática para o quadrante apertado de se reduzir o fenômeno jurídico. E, ao que se retumba, cada dia mais se nota que a panaceia produzida pela massa heterogênea que aplica a norma jurídica somente faz distanciar a verdadeira (e necessária) visão crítica que se deve ter da realidade para que se viabilize o exercício desta aplicação, logicamente além do papel fundamental que ela exerce.

Nesse reducionismo se edifica, em elevada consistência, razões e dogmas que, ao se firmarem após a legitimação dada pelo poder, tornam-se indestrutíveis, ainda que, ao final, não representem o legítimo sentido aguardado pelo idealizador da norma. Em palavras estreitas, isso se constata quando a aplicação anula a criação. Por vezes, o elemento justificador (e legitimador) se forma dentro do positivismo jurídico.

Aliás, desde o declínio do positivismo jurídico (exegético e normativista) a dogmática é o principal alvo pelas mazelas do direito, sendo caricaturalmente pintada como o que de pior há no sistema jurídico. Neste sentido é que se defende uma crítica à crítica do direito, de forma a considerar a inestimável função social da dogmática jurídica.

Assim como é verdade dizer que o discurso dogmático possui aporias e é, sem dúvida, imperfeito, é verdade também assinalar que, enquanto tecnologia, a dogmática jurídica exerce uma relevante função. Isso se vê ao pensar na dogmática como mecanismo de resolução de conflitos ou como promotor de uma linguagem jurídica que possibilita um procedimento dogmático argumentativo.

Ao lidar com a questão da decidibilidade, ainda, 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 exclusivamente como instância de justificação e aplicação do direito poderia acabar por esvaziar ou até mesmo minar a efetividade e validade da norma jurídica em digressões filosóficas que por mais relevantes que possam ser podem apresentar-se como insolúveis.

## 6 Referências bibliográficas

ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

DE GIORGI, Rafaelle. *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Fabris, 1998.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

\_\_\_\_\_. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. 2. ed. Cidade do México: Herder, 2005.

\_\_\_\_\_. *O enfoque sociológico da teoria e prática do direito*. Tradução de Cristiano Paixão Daniela Nicola e Samantha Dobrowolski. Sequência, Santa Catarina, a. 15, n. 28, p. 15-29, 1994.

\_\_\_\_\_. *Sistema jurídico y dogmática jurídica*. Tradução de Ignácio de Otto Pardo. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

\_\_\_\_\_. *Sociologia do direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. Tradução de Maria Alexandre; Maria Alice Araripe de Sampaio Doria. 16. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2014.

RODRIGUEZ, José Rodrigo; PÜSCHEL, Flavia Portella; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (Orgs.). *Dogmática é conflito: uma visão crítica da racionalidade jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_; COSTA, Carlos Eduardo Batalha da Silva e; BARBOSA, Samuel Rodrigues (Orgs.). *Nas fronteiras do formalismo: A função social da dogmática jurídica hoje*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014.