XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

TEORIAS DO DIREITO

GILMAR ANTONIO BEDIN

JOÃO PAULO ALLAIN TEIXEIRA

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
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

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

T314

Teorias do direito [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;
Coordenadores: Gilmar Antonio Bedin, João Paulo Allain Teixeira – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-072-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Teoria do direito. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

TEORIAS DO DIREITO

Apresentação

APRESENTAÇÃO

A chamada Teoria do Direito alcançou, no decorrer do século 20, uma sofisticada elaboração teórica e um grau de maturidade diferenciado. Este processo teve, com a publicação da segunda edição da obra Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen, em 1960, um momento marcante de sua configuração e um instante singular de afirmação do projeto epistemológico maduro de um dos seus principais modelos teóricos: o chamado positivismo jurídico.

Neste sentido, a publicação da obra Teoria Pura do direito foi, como afirma Tércio Sampaio de Ferraz Júnior, um verdadeiro divisor de águas da teoria jurídica no século 20: há um antes e depois da obra da Teoria Pura do Direito. Esta relevância histórica da referida obra de Kelsen justifica-se pela consistência teórica dos argumentos apresentados e ao fato do livro em questão ser uma das primeiras grandes sistematizações científicas do conhecimento jurídico.

Além disso, é importante lembrar que a publicação da obra Teoria Pura do Direito foi o texto que, em certo sentido, fundou a chamada Escola de Viena e deu um estatuto científico à chamada Ciência do Direito. Neste sentido, a sua preocupação central sempre foi formular uma proposta de ciência jurídica em sentido estrito, isto é, uma ciência purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos da ciência natural, uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica de seu objeto.

Mas, por que retomar esta trajetória nesta apresentação? Porque os principais textos que compõe a presente obra (que foram apresentados ao Grupo de Trabalho de Teoria do Direito do XXIV Encontro nacional de Conselho de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito CONPEDI, realizado de 03 a 06 de junho de 2015, na cidade de Aracaju, Sergipe, Brasil) dialogam, direta ou indiretamente, mesmo quando realizam fortes crítica, com a matriz teórica elaborada por Hans Kelsen. Neste sentido, pode se dizer que a sua contribuição ainda está muito viva e durante a apresentação dos trabalhos foi uma referência recorrente.

Desta forma, é possível dizer que a leitura dos mais de vinte textos que compõe o presente livro tem na obra de Hans Kelsen um ponto de apoio importante, ainda que não se restrinjam, em nenhuma hipótese, na análise de sua contribuição sobre um tema específico. Mas, é

evidente que a sua contribuição está de alguma forma presente, por exemplo, quando se discute os temas como:

a) itinerários do positivismo, a crise na lei na pós-modernidade ou pós-positivismo;

b) conceito de fato jurídico, de lacunas, de norma jurídica e de completude do ordenamento jurídico;

c) política como fator complicador do direito;

d) dogmática jurídica como disfarce do uso de argumentos práticos nas decisões judiciais;

e) raciocínio jurídico, moralidade e estrutura das decisões judiciais;

f) constitucionalismo, neoconstitucionalismo e transconstitucionalismo;

g) sujeito cognoscente, construtivismo, substancialismo e procedimentalismo.

Estes temas estão, de uma forma ou de outra, presentes nos textos que compõe o presente livro e. portanto, esta é uma obra que merece ser lida com cuidado. Neste contexto, a referência as contribuição de Hans Kelsen é um porto seguro para a análise e uma referência indispensável para todos os interessados. Boa leitura.

OS ORGANIZADORES

A UTILIZAÇÃO DA DOGMÁTICA JURÍDICA COMO DISFARCE DO USO DE ARGUMENTOS PRÁTICOS NAS DECISÕES JUDICIAIS

THE USE OF LEGAL DOGMATICS AS DISGUISE TO PRACTICAL ARGUMENTS IN JUDICIAL DECISIONS

Luasses Gonçalves dos Santos

Resumo

A complexa rede de relações e de poder na sociedade ocidental contemporânea vem levando algumas tendências do direito a refutarem a inter-relação do direito com os demais campos da ciência, desapegado, portanto, de elementos externos. Tal situação é melhor palpável no campo das decisões judiciais, em que o discurso jurídico é utilizado para formatar a respectiva fundamentação. Neste contexto, a característica técnica da dogmática jurídica é extremamente tentadora, na medida em que permite agregar a um determinado discurso a pecha de ser técnico, logo, impassível de impugnação pela via discursiva.O que se discutirá no presente estudo é, primeiramente, que a própria dogmática jurídica possui elementos discursivos, em que seus interlocutores tem efetivamente pretensão de verdade, para que então seja verificado que a utilização, supostamente técnica, dos enunciados dogmáticos pode ter o condão de esconder os reais argumentos práticos que, de fato, levaram o julgador a determinada posição. O uso da dogmática jurídica para encobrir argumentos ideológico-políticos abala o princípio democrático, pois tenta o julgador impor posicionamentos pessoais, encobertos pelo caráter técnico da dogmática, sem que haja o devido processo público de embate argumentativo.

Palavras-chave: Dogmática jurídica, Discurso, Pretensão de verdade, Argumentos práticos, Disfarce, Decisões judiciais.

Abstract/Resumen/Résumé

The complex network of relations and power in the contemporary western society is leading some tendencies of law to refute an interrelationship between law and other fields of science, detached, therefore, of external elements. This situation is more tangible in the field of judicial decisions, in which legal discourse is used to make the respective justification. In this context, the technical characteristic of legal dogmatic is extremely tempting, as it allows to agregate to the discourse the impression of being technical, and, thus, not passive of impugnation in the discursive channel. What it is going to be discussed in the present study, firstly, is that legal dogmatics has discursive elements, in which its interlocutors have an effective pretension of truth, so it could be verfied that the use, supposedly technical, of dogmatic statements could have the objective to hide the real practical arguments that led the judge to certain position. The use of legal dogmatic to disguise ideological and political arguments affect the democratic principle, as it tempts the judge to impose personal options,

disguised after the technical characteristic of the dogmatic, without the due process of public argumentative confrontation.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Legal dogmatic, Discourse, Pretension of truth, Practical arguments, Judicial decisions.

1 INTRODUÇÃO

A crescente complexidade das relações sociais contemporâneas vem impondo ao direito que se torne cada vez mais técnico, possibilitando a resolução de conflitos de maneira cada vez mais previsível.

Contudo, o direito não reina sozinho no campo da organização social. Elementos políticos, sociológicos, antropológicos, filosóficos, econômicos e tantos outros são até mais importantes e repercutem também no campo do discurso jurídico.

Porém, a complexa rede de relações e de poder na sociedade ocidental contemporânea vem levando algumas tendências do direito a refutarem a inter-relação do direito com os demais campos da ciência, desapegado, portanto, de elementos externos. Tal situação é melhor palpável no campo das decisões judiciais, em que o discurso jurídico é utilizado para formatar a respectiva fundamentação.

Neste contexto, a característica técnica da dogmática jurídica é extremamente tentadora, na medida em que permite agregar a um determinado discurso a pecha de ser técnico, logo, impassível de impugnação pela via discursiva.

O que se discutirá no presente estudo é, primeiramente, que a própria dogmática jurídica possui elementos discursivos, em que seus interlocutores tem efetivamente pretensão de verdade, para que então seja verificado que a utilização, supostamente técnica, dos enunciados dogmáticos pode ter o condão de esconder os reais argumentos práticos que, de fato, levaram o julgador a determinada posição.

Tentar-se-á apontar que o uso da dogmática jurídica para encobrir argumentos ideológico-políticos abala o princípio democrático, pois tenta o julgador impor posicionamentos pessoais, encobertos pelo caráter técnico da dogmática, sem que haja o devido processo público de embate argumentativo.

A conclusão não chega a ser surpreendente, vez que a proteção do Estado Democrático de Direito reside justamente na retomada e alargamento dos espaços públicos de argumentação.

2 DISCURSO JURÍDICO ENTRE A PRETENSÃO DE VERDADE E A RETÓRICA

Os argumentos utilizados pelos operadores do direito, em especial na relação dialógica entre juízes e advogados, que moldam consequentemente as decisões judiciais, obviamente, são classificados como discurso.

Como aponta Robert Alexy, com fundamento na teoria geral da comunicação de Habermas, no discurso não há o reconhecimento tácito de pretensão de validade daquilo que se expõe, o que é próprio das ações. No campo do discurso impera o caráter argumentativo, não havendo dependência das ações e das experiências, em que se produz apenas argumentos:

> Ações são jogos de linguagem, em que as pretensões de validade presentes nos atos de fala são tacitamente reconhecidas. Ao contrário, nos discursos, as pretensões de validade que se tornaram problemáticas se transformam no tema e se investiga sua fundamentação. Nas ações não se levanta a questão sobre se a proposição afirmada no ato de fala é verdadeira, ou se o estado de coisas nela expressa existe, isto é, se é um fato. O tema da comunicação é a experiência com objetos no mundo. São trocadas informações relativas sobre essas experiências. Essas informações são confiáveis ou não, segundo se baseiem em experiências subjetivas ou objetivas. São fundadas na experiência objetiva quando as ações apoiadas nela são bem-sucedidas. Tão logo sejam postas em dúvida, ou seja, tão logo se pergunte pela verdade da proposição usada na transmissão da informação, deixa-se o âmbito da ação e se ingressa no âmbito da comunicação, o do 'discurso.Nos discursos não há nenhum 'espaço para processos de *obtenção* de informações; os discursos estão descarregados de ações e livres de experiências. No discurso, introduzem-se informações e o resultado dos discursos consiste no reconhecimento ou na rejeição de pretensões problemáticas de validade. No processo discursivo não se produz nada, salvo argumentos. Mas afirmar que os discursos estão livres de experiências não quer dizer que neles não penetre nenhuma experiência, mas que neles não se obtém nenhuma experiência. Nos discursos se pressupõe a totalidade das experiências obtidas nas ações, inclusive as que são problematizadas. Mediante a progressiva problematização podem ser elaboradas partes cada vez maiores do material experimental previamente dado[1].

O discurso é caracterizado, portanto, pela dúvida que se possa levantar acerca da verdade da proposição lançada pelo interlocutor, em que o mesmo lança informações cujo resultado pode ser o reconhecimento ou rejeição da problemática de validade.

As argumentações jurídicas não podem, de forma alguma, serem consideradas como experiência objetiva de mundo, até porque normalmente nada mais são do que ficções criadas pela sociedade com o intuito de auto-organização. Se fossem ações, não haveria o que se questionar quanto à posição de verdade dos argumentos[2]. Porém, tratando-se de questões jurídicas, põe-se em prática entre os interlocutores a necessidade de convencimento, em que

---

[1] ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica.* 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 110-111.

[2] A importância da distinção habermasiana entre ação e discurso é defendida por Alexy, demonstrando, com respaldo em Popper, a inconsistência de argumentações acerca de possíveis falhas na tese de Habermas, vez que mesmo as simples proposições observacionais podem ser falseadas por intermédio de comprovação discursiva. ALEXY, Robert. Op. cit., p. 111-112.

os fundamentos consignados são passíveis de questionamento quanto às suas respectivas pretensões de validade.

Com efeito, não se olvida que determinado argumento consignado num diálogo jurídico necessita sempre do acompanhamento da respectiva comprovação discursiva, a qual é passível de impugnação quanto a sua validade por intermédio de outro argumento devidamente amparado numa tentativa persuasiva de validação. Logo, o discurso jurídico é discurso em razão, justamente, da dúvida que se possa levantar sobre a validade dos argumentos carreados para justificar determinada assertiva.

Na medida em que o discurso jurídico tem claro alicerce na argumentação, não há como negar seu caráter retórico. Como aponta Neil MacCormick, onde há um processo público de argumentação, *lá está a retórica*, e com o discurso jurídico não haveria de ser diferente:

> Sem prejuízo da restrição quanto ao que seja racionalmente defensável como argumento, a própria ideia do Direito como algo baseado na argumentação nos leva imediatamente a considerar o caráter retórico da argumentação jurídica. Onde quer que exista um processo público de argumentação, lá estará a retórica. A redescoberta moderna da retórica como uma disciplina juridicamente relevante deve muito às reflexões sobre a argumentação jurídica[3].

Como frisa MacCormick[4], há, ainda, certo preconceito acerca da retórica, não sendo novidade a utilização vulgar e corriqueira da expressão: *isso é retórico*; com o intuito de desqualificar o teor da fala de um interlocutor, apontando-lhe falta de consistência no respectivo argumento utilizado. Esta má reputação é fruto, segundo o referido autor, da possibilidade de um orador conseguir convencer e sair vencedor de um debate público, ainda que defenda uma má ideia.

Porém, o estudo da "nova retórica", adequada às particularidades da argumentação jurídica, pretende verificar quais argumentos são passíveis de convencer racionalmente *qualquer instância decisória*, ao invés de verificar qual argumento convence particularmente determinado juiz ou júri.

Contudo, a dificuldade está em determinar qual seria a forma e o "local" adequado para que os argumentos inflados de racionalidade pudessem sofrer um teste definitivo. MacCormick cita o posicionamento de Parelman, para quem o "auditório universal" poderia proporcionar uma verificação definitiva, pois se o argumento exposto fosse capaz de

---

[3] MACCORMICK, Neil. *Retórica e estado de Direito.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 24.
[4] MACCORMICK, Neil. Op. cit, p. 27.

convencer uma totalidade de pessoas inteligentes e cuidadosas, as que não teriam interesse na questão analisada, poderia concluir que se tratava de argumento adequado.

Ocorre que mesmo pessoas supostamente inteligentes, ponderadas e desapegadas de interesses sobre o que se está discutindo, podem ter reflexões e conclusões completamente antagônicas, sem que se consiga definir qual interpretação é a mais correta[5]. Parece, pois, um tanto evidente a dificuldade de se obter o consenso diante do "auditório universal", até porque a complexa organização contemporânea de sociedade permite inúmeras interpretações sobre dada questão, sendo que as conclusões dos respectivos intérpretes estarão ao sabor dos ventos interpretativos que batem naquele determinado instante.

O que se quer dizer é que há uma relação extremamente volátil entre discurso e verdade, ao passo que as razões argumentativas que ontem não tinham qualquer sustentação racional hoje podem estar adquirindo alicerce, sendo a recíproca verdadeira. Ou seja, o alcance da validação da verdade acerca de determinada proposição dependerá justamente dos argumentos lançados pela proposição[6], os quais podem ser válidos hoje, mas correm o risco de serem refutados amanhã.

Ocorre que esta relação entre a validade de argumentos não é linear. Não há uma linha reta do tempo em que os argumentos vão se sucedendo, na medida em que um refuta o outro. Ao contrário, o que se percebe é a coexistência destes argumentos, sendo que a vitória ou derrota de um deles é resultado de vários fatores considerados pelos interlocutores.

Mesmo que se recorra ao "auditório universal" de Parelman, é muito difícil que se obtenha o consenso sobre determinada questão, e mais, nada garante que tal consenso seja reflexo do correto.

O trabalho, com efeito, da análise argumentativa, à vista da retórica, não se refere à sustentação de uma tese mais forte sobre outra mais fraca, trata-se, sim, da escolha entre duas teses adequadas, em que fatores externos ao Direito terão papel fundamental, como afirma MacCormick:

> Ao revés, é, na maioria das vezes, uma questão de escolher entre duas teses adequadas e adequadamente apresentadas, em uma situação dialética na qual cada argumento apresentado por cada uma das partes é firmemente contestado por outro bom argumento proposto pela parte contrária.

---

[5] Com fundamento no posicionamento de Carrió, vale considerar, de toda sorte, que alguns embates argumentativos de ordem jurídica são fruto meramente de desentendimentos de linguagem ou mesmo de falta de sensibilidade dos interlocutores, não tendo relação direta efetivamente com o mérito do que se está discutindo. CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje.*4 ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot,1994, p. 91.

[6] ALEXY, Robert. Op. cit., p. 110.

> Portanto, é possível que as coisas sejam como Jack Balkin e Peter Goodrich sustentam, ou seja, apenas por referência a considerações de ideologias externas ao Direito é que alguém poderia chegar a uma conclusão justificada. Então o fundamento último da justificação é uma ideologia em particular, e não o Direito como fundamento último e ideologicamente neutro de razão[7].

É sobre o desmascaramento da utilização do Direito como fundamento último e ideologicamente neutro, ou seja, supostamente despregado de outros fatores irrenunciáveis, em especial nas decisões judiciais, que se pretende investigar, pois, constantemente, o Direito vem sendo tratado sobre um prisma de purismo, em que determinados interlocutores do mundo jurídico escondem o viés ideológico de suas decisões por de trás do véu do discurso, suposta e irrefutavelmente verdadeiro, da dogmática jurídica.

Faz-se necessário, contudo, uma verificação prévia do conceito de dogmática jurídica, qual sua importância e de que forma ela vem sendo utilizada discursivamente para evitar a exposição das reais razões ideológicas que permeiam as decisões de caráter jurídico.

3 A FUNÇÃO DA DOGMÁTICA JURÍDICA: a visão tecnicista de Tércio Sampaio Ferraz Jr e suas contradições

A dogmática jurídica moderna é intimamente vinculada ao fenômeno da positivação do Direito, com prevalência do caráter formal, sendo que Alexy – ao trabalhar um conceito amplo e outro estrito de dogmática – assim a define:

> Da síntese das exigências contidas nestas cinco condições resulta a seguinte definição: uma dogmática do Direito é (1) uma série de enunciados que (2) se referem à legislação e à aplicação do Direito, mas que não se podem identificar com sua descrição, (3) estão entre si numa relação de coerência mútua, (4) formam-se e discutem dentro de uma Ciência do Direito que funciona institucionalmente e (5) têm conteúdo normativo.[8]

Nesta esteira, Tércio Sampaio Ferraz Jr. aponta que o desenvolvimento da dogmática jurídica, caracterizado pela implementação de enunciados, está estreitamente vinculada com a atividade jurisdicional, com a pretensão de manutenção da neutralidade nas decisões judiciais[9].

---

[7] MACCORMICK, Neil. Op. cit., p.28.
[8] ALEXY, Robert. Op. cit., p. 252.
[9] FERRAZ JR. Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: RT, 1980, p. 81-82.

Assim, Tércio conclui que o efeito da positivação sobre a dogmática jurídica não é a de uma pretensa busca pela verdade, mas se objetiva a sistematização do Direito, garantindo uma possível decidibilidade sobre questões reais. Ou seja, a partir de um problema concreto, o jurista busca na dogmática a respectiva resposta para embasar sua decisão, logo, *os enunciados da Dogmática Jurídica têm sua validade dependente de sua relevância prática*[10].

A dogmática jurídica, portanto, destina-se, no contexto de Tércio, a alicerçar objetiva e praticamente as decisões prolatadas no âmbito do Poder Judiciário, pois trata-se de um espécie de protocolo a quem o jurista se socorre visando a obtenção de um fundamento para uma intervenção prática, em razão de um problema concreto ao qual ele tem de fornecer uma decisão final.

Tércio Ferraz classifica, com efeito, a dogmática jurídica como um pensamento tecnológico, fruto, consequentemente, do aspecto de decidibilidade que, na sua visão, invariavelmente orbita em seu torno. Esta característica tecnológica permitiria aos enunciados dogmáticos tratar das normas jurídicas no que tange às problemáticas em tese, ou seja, os modelos de comportamento – normas jurídicas, por exemplo -, bem como possibilitaria a verificação prática das consequências concretas desses modelos para a vida social, o que daria à dogmática um sentido crítico[11].

Ainda afirmando o caráter tecnológico da dogmática jurídica, com uma definida função diretiva explícita, interessando a possibilidade de decisão e orientação de ações, Tércio Ferraz prossegue sua análise com certo recuo que expõe sua posição à contradição. Afirma o referido Autor que a dogmática, não obstante ter evidente caráter tecnológico, está também submetida a um processo de questionamento por interlocutores. Tal processo, o qual denomina de "zético", exigiria uma fundamentação e justificação com o intuito de "*estabelecimento de novas conexões facilitar e orientar a ação*".[12] Este processo, nos parece o reflexo do intangível caráter argumentativo, próprio do discurso jurídico. Ou seja, as questões "zéticas" representam a essência do embate argumentativo travado em qualquer instância em que se discuta questões de ordem jurídica, uma vez que impõe aos interlocutores a apresentação de fundamentação e justificação.

A verificação de Tércio Ferraz, neste sentido, reconhece, em princípio, que a dogmática é ligada à prática, com o intuito de embasar um aspecto de decidibilidade, em que

---

[10] FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Op. cit., p. 88.
[11] FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Op. cit., p. 89-90.
[12] FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Op. cit., p. 92.

a pretensão discursiva de verdade não estaria presente. Todavia, o próprio autor acaba reconhecendo que mesmo os argumentos técnicos, que supostamente alicerçam a dogmática jurídica, necessitam de legitimação, onde o recurso a questões "zéticas" seria inevitável, em especial na realidade do mundo ocidental[13].

A legitimação de que carece a dogmática é obtida, segundo o próprio Tércio Ferraz reconhece, pelo socorro inevitável às questões "zéticas". Logo, a legitimação do discurso dogmático está na necessária exposição de aspectos argumentativos, devidamente fundamentados e justificados, os quais podem ser falseados na medida em são apresentados contra-argumentos.

A afirmação de Tércio Ferraz de que a dogmática não contém uma pretensão de verdade, se mostra frágil. Na medida em que um aspecto dogmático é questionado, não há outro caminho que não seja recorrer-se ao discurso, em que a prevalência de determinada tese estará atrelada à sorte do processo argumentativo, cujo objeto de disputa é a verdade.

O caráter tecnológico da dogmática jurídica não resiste, portanto, à proposição de um questionamento acerca de uma afirmação dogmática. Ou seja, na medida em que inexiste consenso sobre determinado enunciado dogmático, é necessário que se adentre no campo da argumentação, onde se buscará, inevitavelmente, a sobreposição de um argumento sobre o outro com uma pretensão de verdade. Neste contexto, Habermas afirma que ao ser abalada a solidez de verdade do enunciado, em que se inclui o enunciado dogmático, o único meio disponível para certificação da verdade é a argumentação:

> Mesmo depois de tal revisão, o conceito de discurso racional conserva o *status* de uma forma de comunicação privilegiada, que exorta os participantes a uma contínua descentração de suas perspectivas cognitivas. Os pressupostos de comunicação normativamente exigentes e incontornáveis da práxis argumentativa têm sempre o sentido de uma obrigação estrutural que nos leva a formar um juízo imparcial. Pois a argumentação permanece o único meio *disponível* para se certificar da verdade, porque não há outra maneira de examinar as pretensões de verdade tornadas problemáticas. Não existe um acesso direto, não filtrado pelo discurso, às condições de verdade de convicções empíricas. Com efeito, só se tematiza a verdade de opiniões abaladas – de opiniões desentocadas da inquestionabilidade das certezas de ação que funcionam[14].

A filosófica diferenciação habermasiana entre ação e discurso, explorada por Robert Alexy, parece enquadrar-se de forma justa à localização da dogmática jurídica, qual seja, entre o aspecto tecnológico e a necessidade de argumentação. A dogmática jurídica é ação

[13] FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Op. cit., p. 92
[14] HABERMAS, Jügen. *Verdade e justificação*: ensaios filosóficos. 2 ed. São Paulo: Loyola, 2009, p. 48-49.

quando o enunciado é fundamentado numa experiência objetiva, desvinculada de dúvidas. No instante em que se dirigem dúvidas, ou seja, havendo questionamento sobre a verdade da proposição, adentra a dogmática jurídica no campo do discurso[15].

De toda sorte, ao passo que o Direito e, consequentemente, a dogmática jurídica estão incrustados na esfera da retórica, é difícil imaginar situações em que a dogmática possa se constituir apenas como ação. Ainda que minimamente, o jurista sempre terá de descer à arena do discurso para fundamentar seus argumentos, tentando fazer com que prevaleça sua pretensão de verdade.

O principal aspecto contraditório em se afirmar o caráter eminentemente tecnológico da dogmática jurídica está na dependência de aceitabilidade que um enunciado dogmático terá, com efeito, de fundamentos que sejam discursivamente justificáveis. Nas palavras de Alexy, a argumentação prática geral, fundada no discurso, se constitui como base da argumentação dogmática[16].

A tentativa de desvinculação da dogmática jurídica de seu caráter discursivo, em que, necessariamente, os enunciados são envoltos pela pretensão de verdade, não adquire sustentação, sendo que o próprio Tércio Ferraz acaba reconhecendo, ainda que timidamente, que, não obstante visar a sistematização dos modelos jurídicos, a dogmática jurídica é dependente dos pressupostos transcendentais ou filosóficos da experiência jurídica.

> Neste contexto, a Dogmática Jurídica não se exaure na tarefa – embora relevantíssima e decisiva – de interpretação, construção e sistematização dos modelos jurídicos, numa análise de todos os processos que integram a técnica jurídica, pois implica e pressupõe a determinação de seus princípios constitutivos na condicionalidade do ordenamento vigente. Portanto, quando dizemos que a Dogmática Jurídica é um pensamento tecnológico, não devemos confundi-la com a atividade jurisdicional de modo amplo – o trabalho de advogados, juízes, promotores, pareceristas – num sentido de técnica jurídica. A técnica é um dado importante, mas não é a própria Dogmática[17].

Este breve reconhecimento de certa forma coaduna-se com a tese de Alexy, qual seja, a dependência intangível da dogmática jurídica em relação à argumentação prática geral. De toda sorte, é inegável que a dogmática jurídica apresenta aspectos positivos e que merecem consideração, tendo ela funções determinantes no sistema jurídico, como defende Alexy[18].

---

[15] ALEXY, Robert. Op. cit., p. 111.
[16] ALEXY, Robert. Op. cit., p. 259.
[17] FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Op. cit., p. 94.
[18] Alexy aponta que a dogmática jurídica tem seis funções precípuas: estabilização, progresso, descarga, técnica, controle e heurística. ALEXY, Robert. Op. cit., p. 260-265.

Consequentemente, tal caráter instrumental, acompanhado e dependente da argumentação prática geral, confere à dogmática jurídica um aspecto racional[19].

Não se questiona, por exemplo, a importância de uma certa estabilização e controle do sistema jurídico, como defendem Tércio Ferraz e Alexy, sob o risco concreto de a convivência social submergir no caos. Aliás, a sistematização dogmática é elemento essencial para que o Poder Judiciário construa uma gama de decisões coerentes, o que possibilita, inclusive, a concretização da justiça.

No entanto, resta evidente que a dogmática jurídica não é incompatível com a teoria discursiva do direito. Pelo contrário, a dogmática integra um dos elementos essenciais do discurso jurídico, porém, revela sua dependência, especialmente em situações de maior complexidade, do embate argumentativo, buscando-se a validação de uma pretensão de verdade.

O reconhecimento do aspecto discursivo da dogmática jurídica permite, portanto, que se observe os momentos em que a suposta linearidade dogmática sofre abalo, ou seja, quando emerge a necessidade de que os aspectos argumentativos da teoria discursiva do direito sejam sopesados.

Com fundamento na tese de que a legitimação e construção da dogmática jurídica dependente do discurso argumentativo, a sua emergência pode ser verificada, em princípio, em três momentos: 1º) no processo de inclusão do enunciado dogmático; 2º) no processo de exclusão do enunciado dogmático e; 3º) no processo de interpretação de um enunciado dogmático.

No entanto, a vigência do Estado Democrático de Direito pode impor certos limites, aos quais passa-se a analisar brevemente.

3.1. Momentos discursivos da dogmática jurídica e a limitação reformista

A passagem da ação para o discurso é a força motriz para que o campo da dogmática jurídica seja desestabilizado, em que pretensas verdades, até então óbvias, sofrem um duro golpe e precisam se escorar em uma argumentação plausível e fortemente fundamentada para resistir. Esta passagem da ação para o discurso, apontada por Habermas, é que impõem aos

[19] ALEXY, Robert. Op. cit., p. 266.

interlocutores a reflexão sobre o enunciado, sob argumentos pró e contra, buscando-se a prevalência da verdade[20].

O caráter dinâmico da sociedade ocidentalizada torna cada vez mais efêmera a durabilidade de certos dogmas jurídicos, fruto de um aprendizado coletivo em que os velhos enunciados são substituídos por outros, os quais, não obstante serem resultado de uma "justificação construtiva", são igualmente falíveis e falseáveis como aqueles a que substituiu[21].

Vale dizer, para Habermas, a invariável necessidade do direito de transpor o desnível entre norma e realidade, o que se faz por intermédio da legislação, é que não permite a imobilização do sistema jurídico[22]. Ou seja, o direito está, quase sempre, a reboque da complexificação das relações sociais, sempre tentando positivar normas com o intuito de organização e estabilização do sistema, as quais, contudo, estão sempre sujeitas ao declínio.

Não obstante parecer evidente que a dogmática jurídica está sempre sujeita a momentos de argumentação, em que proponentes e oponentes pretendem a fixação de uma verdade, quando há inclusões, exclusões e novas interpretações de enunciados, é necessário que se aponte certas restrições impostas pela forma de organização jurídico estatal ocidental, representada pelo Estado Democrático de Direito.

O desenvolvimento do Estado de Direito transformou-o em Estado constitucional, tornando as ações estatais e o próprio direito atrelados ao texto constitucional vigente, extremamente marcado pela previsibilidade e pela segurança jurídica. Neste sentido, a realização dos direitos ocorre com alicerce no sistema já estabelecido, sendo que as normas constitucionais ditarão o procedimento de concretização desses direitos. Na visão de Habermas, a realização de direitos é dominada pelo aspecto reformista imposto pelo estado constitucional, em que a efetivação e mutação das normas estão subordinadas à normatividade da constituição:

> Visto que esse objetivo da política constitucional extrai sua legitimidade das próprias normas fundamentais da constituição, uma práxis reformista desse modo consolidada encaixa-se muito bem numa compreensão deontológica do direito e da constituição. A realização política do sistema de direitos é uma práxis que ocorre segundo os critérios e nos trilhos do sistema de direitos já existente. As próprias normas constitucionais definem o procedimento pelo qual elas são 'concretizadas' à luz de circunstâncias mutáveis. Essa compreensão procedural da constituição permite conceber o assunto problemático da 'realização' de normas como uma mera 'concretização'. Integrados à dinâmica de um

[20] HABERMAS, Jürgen. Op. cit., p. 49.
[21] HABERMAS, Jürgen. Op. cit., p. 51-52.
[22] HABERMAS, Jürgen. Op. cit., p. 58.

> processo institucionalizado em conformidade com a constituição, os fins de uma práxis que visa à 'realização da razão' não vagueiam mais – como os da ação revolucionária – num vácuo jurídico-moral. Em sua forma domada pelo reformismo, a teleologia da realização é interiorizada no próprio Estado constitucional e, com isso, *subordinada* à normatividade da constituição[23].

A realidade do direito no ocidente permite concluir a limitação reformista do direito, fruto de sua dependência de cultura política democrática, o que o impede de impor, sozinho, formas de vida emancipadas, como afirma Juan Carlos Velasco Arroyo, ao analisar o aspecto racional do direito moderno. O direito sempre dependerá de uma cultura política democrática que o fomente, a qual é representada contemporaneamente pela Constituição, pois o contrário não ocorre, ou seja, o direito jamais ditará o norte político-democrático, mas possibilita a instituição de mecanismos democráticos que garantem a prevalência de determinados valores

> No parece, sin embargo, que tomar conciencia de lós limites del derecho sea um ejercício inútil. La experiencia histórica del Estado de derecho – y más aún em su variante democrática y social – no ensenã que lós médios jurídico-administrativos se revelam imprescindibles para implementar programas políticos, aunque no Sean inócuos ni neutrales. Además, las regulaciones jurídicas se muestram incapaces de crear de por si solo formas de vida emancipada (AL respecto, véase más adelante el apartado 3.5). Para esto ES manester que se configure uma determinanda cultura política, que dícilmente puede crearse desde lós centros de poder de forma administrativa ni utilizando mecanismos legales. A ló sumo, las regulaciones jurídicas pueden alentar y proteger lós valores cívicos de la vida em sociedad, pero com la sola ayuda e esos médios no se puede inculcar convicciones democráticas ni em las cabezas ni en lós carazones. El derecho em general y, en particular, la constitución como marco jurídico-institucional de lo político, vive de unos presupuestos que El mismo no puede crear: <El derecho no puede engendrar una cultura política democrática, sino que siempre dependerá de uma cultura política democrática que ló fomente, ló facilite y Le dé comtexto>[24].

Neste contexto, os enunciados dogmáticos jurídicos sofrem, inevitavelmente, a limitação político-normativa da constituição vigente, a qual já aponta previamente o norte político democrático. Sob esse fundamento, resta evidente que a aplicação sistemática da dogmática jurídica tem caráter reformista, como defende Habermas, sendo que o próprio aspecto discursivo da dogmática - inclusão, exclusão e interpretação de enunciados – sofre a incidência dessa restrição político-constitucional.

Obviamente, não está aqui se tratando dos aspectos interpretativos da constituição, ou seja, a parte do texto sujeita a debates em que se observa a incidência da argumentação. Trata-se da escolha política exercida no instante de implementação do texto constitucional, ou seja, quando a sociedade, por intermédio de representantes, aponta o norte político do Estado,

---

[23] HABERMAS, Jürgen. Op. cit., p. 59.

[24] ARROYO, Juan Carlos Velasco. *La teoria discursiva del derecho:* sistema jurídico y democracia em Habermas. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2000, p. 84.

ocasionando, consequentemente, uma esfera de limitação à construção e aplicação da dogmática jurídica, fruto do entrelaçamento inevitável do direito com as escolhas políticas vigentes.

Verifica-se, pois, que a dogmática jurídica, inobstante assumir uma importante função no direito de estabilização e controle, construída também por aspectos discursivos, sofre limitações impostas pelo aspecto político do Estado Democrático de Direito.

4. O USO DA DOGMÁTICA NAS DECISÕES JUDICIAIS E A NECESSIDADE DE AMPLIAÇÃO DO DEBATE PÚBLICO

No presente estudo, admite-se a compreensão de que a dogmática jurídica reflete o caráter retórico do direito, cujos embates argumentativos em que se pretende a prevalência de uma verdade são inevitáveis, pois a crescente complexidade da vida em sociedade não permite a estagnação do direito, ainda que se trate do aspecto mais prático dele. Logo, mesmo a dogmática, a qual se caracterizaria por um perfil relativamente mais técnico, se constitui como um campo de disputa onde o aspecto discursivo prevalece.

Os juristas, ao longo da história, vêm tentando atrair para o direito a caracterização de atividade científica, justamente com o intuito de conferir à atividade jurídica o prestígio e a credibilidade inerentes aos ramos do conhecimento reconhecidos como "científicos", como defende Carlos Santiago Nino

> De qualquer modo, é conveniente perguntar sobre a utilidade de se empenhar demais na tarefa de adotar uma decisão a propósito de descrever ou não como científica a atividade dos juristas. Afinal incluir ou não um fenômeno em uma certa categoria depende da necessidade de satisfazer determinados propósitos. Não parece haver, outro propósito mais importante no esforço para colocar a jurisprudência ao lado das atividades reconhecidas como científicas – como a física, a biologia, a sociologia etc. -, que o seguinte: atrair para a atividade dos juristas o halo de prestígio e aprovação que cerca qualquer atividade que pode ser designada com a palavra 'ciência'. De fato, como Black também assinalou, o termo 'ciência' tem uma carga afetiva favorável. Sua aplicação a uma atividade é uma espécie de condecoração que atrai para ela o respeito e o apreço das pessoas[25].

De forma parecida, esta pretensão de aprovação pode ser observada também em relação ao uso da dogmática jurídica nas justificações da esfera jurisdicional, pois,

[25] NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito.* São Paulo: Martins Fontes. 2010. p, 376-377.

entrelaçando a decisão judicial aos fundamentos dogmáticos, o juiz não teria de explicar a raiz de sua fundamentação e tampouco sofreria com a desconfiança sobre a real concepção idiológica que o levou àquela decisão. Para Tercio Ferraz, o uso da linguagem dogmática confere ao discurso espécie de autoridade pedagógica, em que são realizadas escolhas político-sociais que implicam em definir qual o conteúdo que merece ser ensinado, quem são os interlocutores e quem são os destinatários [26].

Com efeito, o suposto caminho técnico da dogmática, utilizado por vezes para conferir maior legitimidade a discursos jurídicos, como as decisões judiciais, é carregado de aspectos ideológicos, caracterizado por Nino como uma espécie de jusnaturalismo conservador, em que a lei deve ser obedecida e aplicada pelo simples fato de existir[27].

Entende-se que os aspectos ideológicos são inerentes à dogmática jurídica, fruto, inclusive, da sua característica discursiva, onde a argumentação e a justificação são elementos que não se pode ignorar. Impõe-se, logicamente, aos juristas que dependem da dogmática, escolhas de ordem ideológica que resultarão em determinada conclusão.

Ocorre que os enunciados dogmáticos podem ser utilizados, e corriqueiramente o são, para encobrir o real argumento pessoal de quem os utiliza. Ou seja, o interlocutor utiliza-se da dogmática para justificar uma decisão em determinado sentido, citando doutrina e/ou jurisprudência, apontando em idêntico sentido, e acaba por falsear seus reais argumentos de ordem pessoal. Portanto, não se trata do uso técnico da dogmática, mas do mascaramento da argumentação pessoal com sobreposição, obviamente favorável, dos argumentos dogmáticos, os quais são pretensamente carregados de maior credibilidade.

Com a *veste falsa* do enunciado dogmático sobre o real argumento pessoal, visa o agente, em verdade, impor um argumento de autoridade, com o intuito óbvio de conferir legitimidade e veracidade ao discurso adotado

> Neste sentido, como observa Rupert Schreiber, a Dogmática Jurídica se vale de procedimentos específicos, como o recurso ao argumento de autoridade representado por certos autores de nomeada, que são usados de modo deslocado do seu contexto teórico, jogando o pensamento de um lado para o outro e criando a impressão de que as conclusões decorrem dos autores citados, quando, na verdade, elas resultam das valorações camufladas daquele que argumenta[28].

[26] FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Op. cit., p. 179.
[27] NINO, Carlos Santiago. Op. cit., p. 383-384.
[28] FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Op. cit., p. 190.

Esta prática de utilização da dogmática jurídica é, em especial, presente quando os operadores do direito se deparam com casos de maior complexidade, quando precisam complementar lacunas, resolver incoerências, ou seja, quando se precisa administrar a justiça.

O cerne da questão, e que traz um indisfarçável incômodo, está no uso dissimulado dos enunciados dogmáticos. Analisando-se as posições de Nino, aponta o Autor a necessária reconstrução cotidiana do direito, por intermédio da dogmática, que se realiza de modo encoberto, como se as soluções para as problemáticas surgidas no seio do sistema jurídico fossem, misteriosamente, retiradas do direito positivo[29].

Este emprego da dogmática jurídica, como um véu que encobre a verdadeira face do posicionamento pessoal de quem argumenta, é classificado por Alexy como o uso irracional da dogmática, em que os verdadeiros motivos que alicerçam determinada decisão não são expostos[30].

Em especial, verifica-se tal subterfúgio quando os integrantes do Poder Judiciário manejam enunciados dogmáticos, com intuito de conferir maior credibilidade e sustentabilidade ao seu voto, sem que haja, no entanto, verdadeiro cotejo entre o referido enunciado e o caso concreto, pois o objetivo não é a busca da decisão mais racional, mas sim uma forma de justificar um determinado posicionamento de ordem política.

A interferência de aspectos políticos não se constitui, todavia, óbice á obtenção de uma conclusão racional em relação a uma situação concreta, em especial quando se trata de um caso difícil. Pelo contrário, entende-se que a influência de argumentos políticos é natural e merece sopesamento, assim como quando Alexy afirma que a argumentação jurídica é dependente da argumentação prática geral[31], e como Tércio Ferraz Jr. admite, ainda que timidamente, que as questões "zéticas" podem ter importância na análise de questões dogmáticas[32].

Com efeito, o discurso jurídico não detém como característica a linearidade, ou seja, a escolha de argumentos de razão prática poderá levar os intérpretes a inúmeras possibilidades de interpretação, sendo que todas as hipóteses podem revelar-se razoáveis. Prevalecerá, então, o discurso que racionalmente tiver maior apelo persuasivo, pois, como afirma MacCormick, fundamentado nos estudos de Alexy, a argumentação jurídica racional tem caráter persuasivo

[29] NINO, Carlos Santiago. Op. cit., p. 384.
[30] ALEXY, Robert. Op. cit., p. 266.
[31] ALEXY, Robert. Op. cit., p. 283.
[32] FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Op. cit., p. 92.

e não demonstrativo, o que corresponde, consequentemente, ao fato do discurso jurídico pertencer a um dos ramos da retórica.

> Argumentação jurídica racional, de acordo com a visão apresentada aqui, não é argumentação demonstrativa. Exceto em situações franca e essencialmente incontestadas, a argumentação racional não equivale a uma demonstração lógica de correção do resultado alcançado à luz de premissas jurídicas e factuais incontroversas. Ela é racionalmente persuasiva, e não racionalmente demonstrativa. O seu estudo corresponde a um departamento da retórica. Um estudo dos argumentos jurídicos como este mostra como eles podem ser racionalmente persuasivos, conforme resumido na seção introdutória do presente capítulo[33].

Se a decisão sobre casos difíceis precisa estar amparada em argumentos de ordem jurídica e prática, parece ser necessário, logicamente, que o respectivo prolator da decisão clareie ambos os fundamentos, apontando que determinada conclusão é fruto de uma opção prática, a qual somada a um argumento jurídico racional resulta numa decisão racionalmente aceitável.

O problema está justamente na clareza e honestidade dos argumentos de ordem prática. Por vezes, o embasamento das decisões judiciais capciosamente não revela em que premissas políticas o julgador está se amparando, impedindo aos interessados e à sociedade um real embate argumentativo. Ou seja, a decisão judicial que pretende ter caráter estritamente técnico, o que é quase impossível, obsta o caráter democrático do discurso, pois esconde elementos de ordem prática, os quais são essenciais para que se entenda a sustentação argumentativa daquela decisão.

A revelação do caráter argumentativo do discurso jurídico, em que a validade dos discursos depende do franco embate, mostra que todos os aspectos da decisão judicial devem estar disponíveis à análise e à crítica. Logo, se uma decisão é composta por aspectos de discurso jurídico e de razões práticas, ambos os argumentos devem estar explicitados, sob pena de lesão à democracia e ao Estado Democrático de Direito.

A real exposição de todos os aspectos que circundam e alicerçam as decisões judiciais pode ser entendida como um dos pilares da retomada do espaço público, como pretende Habermas. Na medida em que todas as formas argumentativas estão expostas, possibilita-se o verdadeiro debate democrático, garantindo-se, de forma efetiva, espaço para a opinião pública, posta que esta é a *encarnação viva da racionalidade prática*, na visão de Juan Carlos Velasco Arroyo

---

[33] MACCORMICK, Neil. Op. cit., p. 361.

> Desde entonces, el espacio de la opinión pública aparece como la encarnación viva de la racionalidad prática: funciona como um concepto naormativo en la medida em que constituye um mecanismo de control y um criterio para determinar la aceptabilidad de las normas sociales. Ningúm tema que contenga uma implicación social há de subtrarse AL juicio de la opinión pública, ya que <la tarea política de la publicidad burguesa ES la regulación de la sociedad civil>[34].

As decisões judiciais, portanto, em especial nos casos de difícil resolução, são carregadas de aspectos argumentativos de ordem prática, os quais serão determinantes para que o julgador chegue a determinada conclusão, não obstante os argumentos jurídicos estarem igualmente presentes. A questão ainda pendente é a publicidade desses argumentos práticos, posto que a realidade demonstra que as decisões judiciais, corriqueiramente, consignam meramente os fundamentos jurídicos com a falsa pretensão de que se admita que apenas eles serviram de alicerce para que o julgador chegasse àquela conclusão.

O que parece adequado é que haja maior clareza e discussão de todos os argumentos que sustentam uma determinada decisão judicial, sendo que os argumentos práticos sejam também trazidos à baila do espaço público de discussão. O mascaramento dos argumentos práticos sob a manta da dogmática jurídica acaba se tornando uma forma de lesão à democracia, pois se trata de uma forma arbitrária de se fazer prevalecer discursos sem que haja o devido cotejo argumentativo público.

O fortalecimento da democracia, inclusive no que tange à solidificação do Estado Democrático de Direito, depende, com efeito, da exposição pública de todas as razões que fundamentam uma decisão de cunho judicial. Sejam os argumentos jurídicos ou práticos, ambos devem publicizados e devem passar pelo crivo do debate público, adquirindo, então, a pertinente legitimidade para que, diante de um embate argumentativo, possam prevalecer.

5. CONCLUSÃO

A dogmática jurídica tem inegável importância no desenvolvimento do direito e auxilia a sociedade contemporânea a se organizar e a desenvolver suas instituições democráticas. Contudo, não se pode negar seu caráter discursivo, onde os interlocutores que se utilizam de enunciados dogmáticos, invariavelmente, têm pretensões de verdade.

[34] ARROYO, Juan Carlos Velasque. Op. cit., p. 32-33.

Nesse sentido, o âmbito da dogmática jurídica é dependente não apenas de argumentações técnicas, mas também de argumentações do tipo prático, tendendo a emergir posições de cunho ideológico-político que ajudam a formar o argumento jurídico.

Ocorre que a utilização dos enunciados dogmáticos, especialmente em decisões de casos difíceis proferidas na esfera do Poder Judiciário, vem prescindindo da devida exposição dos fundamentos práticos. Ou seja, o discurso adotado nas decisões utiliza-se da dogmática para que lhe seja conferida uma espécie de legitimidade técnica, em que o julgador teria, supostamente, ficado adstrito às questões "técnicas" aplicáveis à espécie, não sendo influenciado, de forma alguma, por pré-conceitos de ordem ideológico-políticos.

Ocorre que a influência de escolhas políticas é inevitável, pois casos em que a resolução é complicada, invariavelmente a interpretação do julgador dependerá da convergência de argumentos jurídicos e práticos, o que se constituirá como um discurso jurídico, logicamente, sujeito à impugnação por intermédio de um outro discurso.

Porém, ao passo em que o julgador não deixa às claras todos os argumentos que o levaram a inclinar-se para determinado lado, sejam jurídicos ou práticos, limita-se indevidamente à esfera de embate argumentativo, causar-se-á lesão ao princípio democrático em razão da prevalência de um discurso não pela via do embate argumentativo, mas pela via da imposição do argumento prático camuflado pelo discurso técnico-dogmático.

A utilização da dogmática jurídica, não obstante sua importância, precisa ser realizada de forma honesta e pública, especialmente pelo julgador, o qual deve identificar de antemão em qual premissa idelógico-política está se escorando, para que então seja possível compreender as razões do fundamento técnico jurídico utilizado. Esta exposição de razões práticas e jurídicas tem de ser realizada na arena pública, onde o embate argumentativo, sob a vigilância da opinião pública, concederá maior legitimidade ao discurso prevalecente.

A pouco honesta pretensão de alguns julgadores em encobrir os reais argumentos que suportam suas decisões, onde se tenta apontar o caráter meramente técnico das mesmas ignorando, ou mesmo negando, que questões de ordem prática influenciam e determinam os rumos do seu posicionamento, vem causando abalo nas estruturas do Estado Democrático de Direito. Lutar pela publicidade real de todos os argumentos que alicerçam as decisões judiciais e pela colocação dos mesmos no campo argumentativo, é uma das formas de democratizar o direito e trazer o Poder Judiciário a confrontar direito e realidade.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ATIENZA, Manuel. *As razões dos direito*: teorias da argumentação jurídica. 3 ed. São Paulo: Landy, 2006.

ARROYO, Juan Carlos Velasco. *La teoria discursiva del derecho:* sistema jurídico y democracia em Habermas. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2000.

CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje.*4 ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot,1994.

FERRAZ JR. Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. 3 ed. São Paulo: RT, 1980.

HABERMAS, Jügen. *Verdade e justificação*: ensaios filosóficos. 2 ed. São Paulo: Loyola, 2009.

MACCORMICK, Neil. *Retórica e estado de Direito.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. São Paulo: Martins Fontes. 2010.