

**XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO  
CONPEDI BUENOS AIRES –  
ARGENTINA**

**TEORIA DO DIREITO, TEORIA DA JUSTIÇA E  
FILOSOFIA DO ESTADO I**

**SÉRGIO URQUHART DE CADEMARTORI**

**LEONEL SEVERO ROCHA**

**BERNARDO LEANDRO CARVALHO COSTA**

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

**Diretoria - CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

**Diretora Executiva** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

**Vice-presidente Sudeste** - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

**Representante Discente:** Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

**Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

**Secretarias**

**Relações Institucionais:**

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

**Comunicação:**

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

**Relações Internacionais para o Continente Americano:**

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

**Relações Internacionais para os demais Continentes:**

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

**Eventos:**

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

**Membro Nato** - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

T314

Teoria do Direito, Teoria da Justiça e Filosofia do Estado I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Bernardo Leandro Carvalho Costa; Leonel Severo Rocha; Sérgio Urquhart de Cademartori. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-828-8

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

Tema: Derecho, Democracia, Desarrollo y Integración

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Teoria do Direito 3. Teoria da Justiça e Filosofia do Estado. XII Encontro Internacional do CONPEDI Buenos Aires – Argentina (2: 2023 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



## **XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI BUENOS AIRES – ARGENTINA**

### **TEORIA DO DIREITO, TEORIA DA JUSTIÇA E FILOSOFIA DO ESTADO I**

---

#### **Apresentação**

Envolvendo TEORIA DO DIREITO, TEORIA DA JUSTIÇA E FILOSOFIA DO ESTADO, o presente livro conta com relevantes pesquisas, resultantes do XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI BUENOS AIRES – ARGENTINA.

Iniciando os trabalhos, destaca-se o trabalho de Iandara Bergamaschi de Freitas e Amanda Ferst Pereira da Silva, denominado “Argumentação Jurídica de Alexy no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4815/STF.

O trabalho busca Identificar alguns aspectos da Teoria de Robert Alexy no julgamento da ADI 481/DF, destacando elementos da teoria alexyana nos votos dos diferentes ministros do STF ao longo do referido julgamento. A pesquisa, nesse sentido, busca demonstrar a utilização e recepção da teoria da ponderação no Brasil por meio de um caso prático.

Na sequência, o texto de Renata Almeida da Costa, Germano Schwartz e Karen Lucia Bressane Rubim, denominado “ A internet como sistema diferenciado e seu acoplamento estrutural com o Direito: uma análise sociológica à luz de Niklas Luhmann” é vinculado à linha de pesquisa Direito e Sociedade, aplica a Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann ao contexto da internet, apresentando a natureza sistêmica da internet, sustentando sua definição como um subsistema da sociedade mundial. Destaca-se, nesse sentido, por meio de uma perspectiva transdisciplinar , a formação de acoplamentos estruturais e da observação da seleção de novos elementos da internet ao sistema jurídico, com ênfase aos novos conceitos, próprios da internet, que passam a integrar a comunicação jurídica.

Os trabalhos seguem com a contribuição de João Luiz Martins Teixeira Soares, no texto “A liquidez do Direito Positivo e a (in)efetividade dos direitos de grupos vulneráveis.”

Neste trabalho, o autor busca observar o Direito Positivo a partir das categorias de Baumann, destacando-se o conceito de modernidade líquida, como possibilidade de observação entre as diferentes matrizes epistemológicas do Direito. Com esse propósito, o autor transita entre as diferentes correntes do pensamento jurídico.

Dando seguimento, Leandro Martins, em seu texto “A relação entre Direito e Religião e suas implicações para o debate jurídico contemporâneo” faz uma abordagem da religião nos debates da esfera pública, apresentando as possíveis iterações e contrapontos na relação Direito, Religião e Política. Para além da crítica direta, o autor busca demonstrar não apenas o combate direto às abordagens religiosas sobre o Direito, mas também questiona sobre as possibilidades de contribuição que essa transdisciplinaridade pode contribuir ao pensamento jurídico.

De autoria do mesmo pesquisador, a sequência conta com a pesquisa “Tolerância em Pierre Baile e sua pertinência para o período moderno e para o debate contemporâneo”

Por meio de um recorte histórico, o século XVII, o autor busca demonstrar e influência da obra de Pierre Baile no pensamento moderno, destacando sua influência nos trabalhos de John Locke e de Voltaire, elucidando sua contribuição para o pensamento jurídico, sobretudo a partir do conceito de tolerância.

O trabalho seguinte denomina-se “Análise da (In)constitucionalidade da Emenda Constitucional nº 95/2016 sob a ótica kelseniana”.

Neste trabalho Eduardo Felipe Veronese analisa a Emenda Constitucional nº 95/2016, cuja discussão envolve a efetivação de direitos sociais, apontando o modo como o teto de gastos públicos determinado por referida emenda pode ser reconhecido como (in)constitucional sob esse posto de vista; e, de outro lado, o autor aponta como Kelsen destacaria a validade de referida norma a partir de aspectos internos do Direito.

Na sequência, no texto “Constitucionalismo Garantista: uma nova proposta teórica”, Willian Barreto Júnior e Sérgio Cademartori demonstram a dualidade entre constitucionalismo político e constitucionalismo jurídico, dando-se ênfase ao pensamento de Luigi Ferrajoli, apontando os 04 (quatro) postulados básicos do constitucionalismo garantista, que sustentam a relevância das garantias primárias e secundárias na aplicação de direitos fundamentais na Teoria do Direito no momento Pós-Segunda Guerra Mundial.

O texto subsequente denomina-se “Liberalismo, Marxismo e Conservadorismo: a influência das ideologias nas democracias liberais na distribuição dos direitos.”

Abordando as diferentes teorias econômicas, José Claudio Monteiro de Brito Filho faz uma análise das possíveis ideologias que influenciam a distribuição dos direitos nas democracias liberais. Para tal, aborda os principais autores clássicos vinculados a cada uma das referidas teorias, elencando a presença desses escritos em processos de distribuição dos direitos.

Ato contínuo, a pesquisa “Neoconstitucionalismo no Direito Animal: uma análise a partir do caso das búfalas de Brotas” é apresentada no Livro.

Neste trabalho, Iandara Bergamaschi de Freitas e Amanda Ferst Pereira da Silva abordam a abordagem neoconstitucionalista e o pensamento de Robert Alexy para observar o “caso das búfalas de Brotas”, destacando a abordagem do Supremo Tribunal Federal (STF) em casos vinculados aos direitos dos animais. A pesquisa, portanto, aponta as contradições do posicionamento da jurisdição constitucional brasileira em conceder a, após, regredir sua postura em relação a casos análogos envolvendo direitos dos animais.

Envolvendo elementos de Teoria do Direito, no texto “Non liquet: a exceção como forma de contingência para decisão, diferenciação funcional e desdobramento dos paradoxos do sistema jurídico”, a partir da matriz pragmático-sistêmica de abordagem do Direito, João Paulo Sales Pinto e Leonel Severo Rocha buscam enquadrar o conceito de “exceção” como integrante da comunicação jurídica, com uma abordagem que parte da concepção de tribunal como centro do sistema jurídico e avançam para concepções de paradoxo de decisão judicial no conceito organizacional. O non liquet, nesse sentido, representa a obrigatoriedade da decisão no Sistema do Direito. Por meio desse conceito os autores abordam os desdobramentos paradoxais do Sistema do Direito.

A sequência do texto conta com a pesquisa “O papel da dogmática jurídica: variedade doutrinária e segurança jurídica”,

Neste trabalho, Marcelo Antonio Theodoro Daiane Sabbag David França abordam os traços do sincretismo metodológico utilizado para a observação da dogmática jurídica atualmente. Nesse sentido, diferenciam dogmática e zetética jurídica, apontando a relevância dessa diferenciação para o âmbito da aplicação, sobretudo na perspectiva de aplicação dos direitos fundamentais nas decisões judiciais.

A pesquisa subsequente é denominada “Quem simpatiza com o vilão? Acesso à justiça, inclusão e exclusão nos casos de júris midiáticos e a (im)parcialidade do julgador.”

Lucas Manito Kafer Renata Almeida da Costa, articulando a concepção de tribunal como centro do Sistema do Direito, em Niklas Luhmann, com a competência de decidir nos casos direcionados ao tribunal do júri. Nesse sentido, além de destacar a função dos jurados nesses casos, os autores também demonstram os ruídos oriundos dos meios de comunicação de massa em casos destacados pela mídia.

Dando sequência aos trabalhos, há o texto “Uma Crítica à Teoria Geral do Direito sob o prisma da Filosofia e da Sociologia Jurídicas”, de João Luiz Martins Teixeira Soares

Por meio da Filosofia do Direito, sobretudo da abordagem de Mascaro, o autor propõe uma crítica à Teoria do Direito. Nesse aspecto, diferencia as categorias de Filosofia e Direito, de modo a separar a Filosofia Geral das abordagens filosóficas sobre o Direito. A categoria “Direito”, segundo essa abordagem, reduziria o jurista a um técnico. De outro modo, a Sociologia do Direito possibilitaria uma observação mais ampla, permitindo destacar a influência das relações de poder no fenômeno jurídico.

A análise subsequente denomina-se “Warat e o Anel para todos governar.”

Neste trabalho, Leonel Severo Rocha e Pedro Ernesto Neubarth buscam analisar duas metáforas do poder (o anel e Luís Alberto Warat) a partir de um encontro entre a literatura contemporânea e Luís Alberto Warat.

O presente livro, portanto, representa um relevante passo na consolidação das áreas de TEORIA DO DIREITO, TEORIA DA JUSTIÇA E FILOSOFIA DO ESTADO junto ao CONPEDI.

Composto por relevantes textos, todos com pesquisas inéditas e em nível de pós-graduação, trata-se de uma coletânea que representa a seriedade e dedicação dos pesquisadores envolvidos na referida temática, tendo todos os textos sido debatidos e acrescidos das relevantes contribuições dos doutores Leonel Severo Rocha, Sérgio Urquhart de Cademartori e Bernardo Leandro Carvalho Costa.

Desejamos a todos uma ótima leitura; e renovamos o convite para as próximas edições!

## O PAPEL DA DOGMÁTICA JURÍDICA: VARIEDADE DOCTRINARIA E SEGURANÇA JURÍDICA

### THE ROLE OF LEGAL DOGMATICS: VARIETY OF DOCTRINAL AND LEGAL CERTAINTY.

Marcelo Antonio Theodoro <sup>1</sup>  
Daiane Sabbag David França <sup>2</sup>

#### Resumo

A dogmática no âmbito do direito sofre críticas, face a sua denominação e utilidade, pela comunidade jurídica. Enquanto saber mole, a ciência jurídica não tem a capacidade de ser falseada tal qual as demais, o que gera desconforto e conflitos doutrinários acerca da aceitação do termo dogmática jurídica, que remete a ideia de dogmas. Ou seja, do que não pode ser colocado à prova. Além disso, a crítica se estende às suas teorias constitucionais e a forma de utilização dos métodos por elas empregados, na tomada de decisão. Problemáticas relacionadas ao tema são abordadas neste artigo, após detalhada explicação quanto a conceituação e utilidade da dogmática jurídica. Por meio do método dedutivo de pesquisa bibliográfica de abordagem qualitativa, um exercício de compreensão das questões relacionadas à utilidade e (im)prescindibilidade da dogmática jurídica e seus desdobramentos, sob o norte das críticas que a margeiam, para, ao final, identificar, a serviço da segurança jurídica, o ponto em que a sua aplicação não está para o abandono dos dogmas, e tampouco para o engessamento do direito. A conclusão resulta da análise da relação entre segurança jurídica, racionalidade e tomada de decisão.

**Palavras-chave:** Dogmática jurídica, Sincretismo metodológico, Método

#### Abstract/Resumen/Résumé

While soft knowledge, the legal science does not have the capacity to be distorted just like the others, which generates discomfort and doctrinal conflicts about the acceptance of the term legal dogmatic, which refers to the idea of dogmas. That is, of which can not be put to the test. Moreover, the criticism extends to their constitutional theories and the use of the methods employed by them in decision-making. Problems related to the theme are addressed in this article, after detailed explanation as to the conceptualization and usefulness of legal dogmatics. Through the deductive method of qualitative bibliographic research approach, an exercise in understanding issues related to the usefulness and (un)indispensability of legal

---

<sup>1</sup> Doutor Direito do Estado pela UFPR. Professor Associado da Faculdade de Direito da UFMT. Líder do Grupo de Pesquisa em Direito Constitucional e Hermenêutica da UFMT.

<sup>2</sup> Mestra em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso. Membro do Grupo de Pesquisa em Direito Processual Civil e do Grupo de Pesquisa Direito em Constitucional e Hermenêutica, UFMT.

dogmatics and its ramifications is carried out, under the guidance of criticisms that surround it, in order to ultimately identify, in the service of legal certainty, the point at which its application is neither about abandoning dogmas nor about stifling legal flexibility. The conclusion results from the analysis of the relationship between legal certainty, rationality and decision-making.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Legal dogmatics, Methodological sincretismo, Method

## 1. INTRODUÇÃO

A dogmática jurídica, enquanto obra da ciência do direito, manifestada nas teorias normativas desenvolvidas no intuito de conduzir o julgador a alcançar resultados que possam melhor representar a ideia de racionalidade e justiça nas decisões, tem sido ao longo dos anos questionada em razão da sua designação, por estar vinculada à ideia de dogmas que são gravados pela inquestionabilidade, bem como diante da existência de uma diversidade doutrinária que, seguindo na contramão da segurança jurídica, como colocado por Atahualpa Fernandez e Atahualpa Fernandez Bisneto, serviria como um catálogo “de argumentos e opiniões de distinta ordem” de onde seria possível escolher a opção que melhor fundamente a “decisão que desejam tomar” (FERNANDEZ; BISNETO, 2010).

Ao passo que suas premissas gravadas de intangibilidade tem o condão de oportunizar aos aplicadores do direito um ambiente propício à atividade judicante, as incompreensões que permeiam a ciência do direito e a atividade do julgador têm dado azo a posicionamentos, no meio jurídico, que são afetos a considerar pejorativa a dogmática jurídica e a fomentar o rompimento das suas amarras, para que o aplicador do direito se reconheça efetivamente livre nessa atividade. Este estudo tem como objetivo fazer refletir sobre a importância desse tema.

Neste artigo, realiza-se, por meio do método dedutivo de pesquisa bibliográfica de abordagem qualitativa, um exercício de compreensão das questões relacionadas à utilidade e (im)prescindibilidade da dogmática jurídica e seus desdobramentos, sob o norte das críticas que a margeiam, para, ao final, identificar, a serviço da segurança jurídica, o ponto em que a sua aplicação não está para o abandono dos dogmas, e tampouco para o engessamento do direito.

## 2. DEFINIÇÃO E UTILIDADE DA DOGMÁTICA JURÍDICA

A ciência e a dogmática jurídica se correlacionam, quando não se confundem, conforme os olhos de quem vê. Miguel Reale e Pedro Lessa atribuem à ciência algo mais teórico, direcionado à “descoberta da verdade, dos princípios e das leis”. O primeiro momento seria o “compreensivo” e o segundo o “normativo”, oportunidade em que se estabelecerá a condução, a partir de um modelo<sup>1</sup>. No entanto, ambos divergem no que tange à dogmática.

---

<sup>1</sup> A esse respeito, Miguel Reale: “Toda pesquisa jurídica tem duplo momento: o momento compreensivo, ou seja, da descoberta de relações constantes ou daquilo que denominamos, de maneira geral, princípios, tipos e leis, e

Miguel Reale a atribui ao momento da aplicação do direito, como complemento secundário da ciência jurídica, enquanto Pedro Lessa a encara de forma apartada<sup>2</sup>, considerando-a como algo de cunho artístico, oscilante e desprovido de estabilidade e certeza, portanto, nada científico (LESSA, 1916, p.73; REALE,1959, p.53). Já, para Robert Alexy a dogmática jurídica ou a ciência jurídica nada mais são que a ciência do direito na prática, ou seja, “em sentido estrito e próprio”<sup>3</sup> (ALEXY, 2015, p.33). Para Manuel Atienza a dogmática é tida como “núcleo da expressão ‘ciência do direito’”<sup>4</sup> (ATIENZA, 1997, p.17). Por fim, para Tércio Sampaio e Felipe Rodolfo de Carvalho, não passam de sinônimos, ficando qualquer distinção desprovida de efeitos práticos, porquanto “a Ciência Jurídica não só *informa* o Direito, mas também o *conforma*. Não há, deste modo, apenas *descrição* na atividade juscientífica; há já *direção do comportamento*” (FERRAZ JUNIOR, 2018; CARVALHO, 2018).

De toda forma, a definição de dogmática não se altera: “é sempre a finalidade prática que conduz ou orienta a pesquisa jurídica. O jurista, quando interpreta um texto e tira conclusões, coordenando-as e sistematizando-as, segundo princípios gerais, visa ao problema da aplicação” (REALE, 2003, p. 321). Contudo, é importante não ignorar que ao longo da história, a dogmática sofreu influências, de forma que primeiro se viu relacionada com a soberania divina e, posteriormente, à partir do renascimento, à dessacralização, a tecnicização, e ao inafastável desenvolvimento das suas construções até a atualidade.

Podemos dizer, nesse sentido, que a ciência dogmática do direito costuma encarar seu objeto, o direito posto e dado previamente, como um conjunto compacto de normas, instituições e decisões que lhe compete sistematizar, interpretar e direcionar, tendo em vista uma tarefa prática de solução de possíveis conflitos que

---

um momento consecutivo, não facultativo ou contingente, o momento normativo que implica um modelo de atividade ou de conduta a ser seguido [...] Para nós, a Dogmática Jurídica não é um outro nome da Ciência do Direito, nem tampouco se reduz a um simples processo artístico. No nosso modo de entender a *Dogmática Jurídica* corresponde ao momento culminante da aplicação da Ciência do Direito, quando o jurista se eleva ao plano teórico dos princípios e conceitos gerais indispensáveis à *interpretação, construção e sistematização* dos preceitos e institutos de que se compõe o ordenamento jurídico. Como veremos, ao tratar da Teoria Geral do Direito, quando esta determina as estruturas lógicas da experiência jurídica, no âmbito e em função das exigências normativas constantes do ordenamento em vigor, toma o nome de Dogmática Jurídica.[...]” (REALE,2003. p. 321)

<sup>2</sup> Pedro Lessa concebe a dogmática de forma apartada da ciência jurídica, conforme crítica há muito exteriorizada por Miguel Reale o artigo “Pedro Lessa e a filosofia positiva em São Paulo” (Revista da Faculdade de Direito - USP, 1959)

<sup>3</sup> Nas palavras de Robert Alexy: “O que faz uma teoria ser dogmática e, em decorrência disso, jurídica é algo pouco claro. É natural orientar-se, de início, por aquilo que de fato é praticado como Ciência do Direito e designado como ‘dogmática jurídica’ ou ‘ciência jurídica’, ou seja, pela Ciência do Direito em sentido estrito e próprio” (ALEXY, 2015.p.33).

<sup>4</sup> No original: “la dogmática viene a constituir algo así como el núcleo de la expresión ‘ciencia del Derecho’.”<sup>4</sup> A través dela, se “parte de las leyes, de las normas jurídicas, em cuanto realidad ya dada para, sobre esta base, abordar problemas conectados con la interpretación y aplicación.” (ATIENZA, 1997, p.17)

ocorram socialmente. O jurista contemporâneo preocupa-se, assim, com o direito que ele postula ser um todo coerente, relativamente preciso em suas determinações, orientado para uma ordem finalista, que protege a todos indistintamente. (FERRAZ JUNIOR, 2018.p.81)

Fruto da filosofia e irmã da zetética, a dogmática jurídica tida como ângulo ou enfoque em que o objeto é o direito, está direcionada a ocupar-se de problema relacionado a como agir e não à especulação em si acerca da definição do que antecede a ação, própria da zetética. Direcionada, assim, ao porvir, a premissa posta permanece indene de questionamentos durante o exercício a partir dela proposto. Doutrinar e ensinar é o foco, conforme a etimologia da palavra *dokein*. A função da dogmática, indubitavelmente, é diretiva e vinculada às suas premissas, de forma que se impõe interpretar dentro dos seus limites.<sup>5</sup> (FERRAZ JUNIOR, 2018.p.18/22)

No entanto, em contraposição ao que se possa entender a partir da palavra “dogma”<sup>6</sup>, a dogmática na atualidade carrega profunda atividade interpretativa, que conduz a soluções. Não se reduz à letra fria de uma determinação, mas, como ensina Tércio Ferraz, os dogmas de

---

<sup>5</sup> Entendimento abstraído da obra de Tércio Ferraz, cujo trecho passamos a transcrever: “Temos, portanto, duas possibilidades de proceder à investigação de um problema: ou acentuando o aspecto pergunta, ou acentuando o aspecto resposta. Se o aspecto pergunta é acentuado, os conceitos básicos, as premissas, os princípios ficam abertos à dúvida. Isto é, aqueles elementos que constituem a base para a organização de um sistema de enunciados que, como teoria, explica um fenômeno, conservam seu caráter hipotético e problemático, não perdem sua qualidade de tentativa, permanecendo abertos à crítica. Esses elementos servem, pois, de um lado, para delimitar o horizonte dos problemas a serem tematizados, mas, ao mesmo tempo, ampliam esse horizonte, ao trazerem esta problematidade para dentro deles mesmos. No segundo aspecto, ao contrário, determinados elementos são, de antemão, subtraídos à dúvida, predominando o lado resposta. Isto é, postos fora de questionamento, mantidos como soluções não atacáveis, eles são, pelo menos temporariamente, assumidos como insubstituíveis, como postos de modo absoluto. Eles dominam, assim, as demais respostas, de tal modo que estas, mesmo quando postas em dúvida em relação aos problemas, não põem em perigo as premissas de que partem; ao contrário, devem ser ajustadas a elas de maneira aceitável. No primeiro caso, usando uma terminologia de Viehweg, temos um enfoque zetético, no segundo, um enfoque dogmático [...] O enfoque dogmático releva o ato de opinar e ressalva algumas das opiniões. O zetético, ao contrário, desintegra, dissolve as opiniões, pondo-as em dúvida. Questões zetéticas têm uma função especulativa explícita e são infinitas. Questões dogmáticas têm uma função diretiva explícita e são finitas. Nas primeiras, o problema tematizado é configurado como um ser (que é algo?). Nas segundas, a situação nelas captada configura-se como um dever-ser (como deve-ser algo?). Por isso, o enfoque zetético visa saber o que é uma coisa. Já o enfoque dogmático preocupa-se em possibilitar uma decisão e orientar a ação.” (FERRAZ JUNIOR, 2018.p.18/22)

<sup>6</sup> Conforme entendimento da obra “Lições preliminares de direito” de Miguel Reale, cujo trecho transcrevemos: “Qual a razão de ser desse nome? Como se explica o emprego dessa terminologia que à primeira vista surpreende? Por que Dogmática Jurídica? Muitas confusões surgem pelo uso da palavra “dogmática”, por entenderem alguns estudantes, levados pela aparência verbal, que essa pesquisa implicaria a aceitação, sem discussão, das verdades jurídicas como se tratasse de regras absolutas e infalíveis. Toma-se erroneamente a palavra “dogma” como uma imposição à inteligência e uma violentação aos valores da consciência... O emprego do termo “Dogmática Jurídica” tem a sua explicação no seguinte fato: para nós, juristas, o Código Civil ou o Código Penal são posições normativas das quais temos de partir para nossa atividade prática. O civilista não pode ignorar, por exemplo, qualquer dos artigos do Código Civil, mas deve tomar suas normas como asserções, a partir das quais seu trabalho se processa. As regras jurídicas, nesse sentido, são dogmas, porquanto não podem ser contestadas na sua existência, se formalmente válidas. Pode haver discussões quanto ao seu alcance e eficácia, mas ninguém poderá excusar-se alegando ignorar o texto da lei ou por ser contrário aos seus objetivos[...]” (REALE, 2003, p. 321)

ação (normas) estão atrelados a outros dogmas também abstratos que são as regras sociais de interpretação), de forma que importa não confundir a “inegabilidade dos pontos de partida” com o “repetir dogmas pura e simplesmente”, porquanto o “conhecimento dogmático dos juristas, embora dependa de pontos de partida inegáveis, os dogmas, não trabalha com certezas, mas com incertezas”. Um exemplo clássico trazido pelo autor está numa suposta norma que proíbe a entrada de animais em um determinado condomínio. A interpretação da palavra animal, que compreende abstrações, fatalmente ocorrerá a fim de conformar a situação à norma. Nada além das premissas iniciais estão previamente definidas. Daí porque se afirmar que as normas e seus significados identificados a partir de regras de interpretação, e essas regras em si, sofrem abstrações. (FERRAZ JUNIOR, 2018, p.25)

Nesse sentido, o foco da dogmática jurídica é a decidibilidade. A dogmática jurídica manifesta-se “como um pensamento tecnológico”<sup>7</sup> apto a “possibilitar decisões” e não se restringe ao problema da verdade relacionado à simples verificação do verdadeiro e do falso. Autoriza-se um mergulho no enunciado científico, por sua vez naturalmente descritivo, com o levantamento do correspondente contexto social, econômico, político, entre outros; que só será válido se tiver relevância prática, enquanto instrumento hábil a se chegar a uma decisão.

No que se refere a teorias da decisão, Tércio Sampaio dá a sua contribuição à ciência jurídica, ao lidar com o problema da decidibilidade a partir de três modelos: o analítico, o hermenêutico e o empírico. No analítico, “a ciência do direito aparece como uma sistematização de regras para a obtenção de decisões possíveis, o que lhe dá um caráter até certo ponto formalista.”; no hermenêutico, “se assume como atividade interpretativa, construindo-se como um sistema compreensivo do comportamento humano”; e no empírico se coloca como “investigação das normas de convivência, [enquanto procedimento decisório], [...] constituindo-se, então, o pensamento jurídico como sistema explicativo do comportamento humano enquanto controlado por normas”. Assim, no primeiro, identifica-se o direito válido; no segundo, verifica-se o seu real sentido; e, por fim, no terceiro, estabelece-se a forma pela qual se chegará a uma decisão. ( FERRAZ JUNIOR, 2018.p.64)

---

<sup>7</sup> Cf. Tércio Ferraz: “O pensamento tecnológico, característico da dogmática, toma, por assim dizer, as possibilidades factuais mostradas pela ciência e as transforma em possibilidades de ação humana, na hipótese de que, em certos pontos da ocorrência dos fenômenos, é possível uma intervenção prática. Assim, o pensamento tecnológico não chega a ser um sistema normativo, embora esconda alguma coisa de prescritivo. [...] Neste sentido, as doutrinas jurídicas aparecem como verdadeiros sistemas tecnológicos que são, por sua vez, base para uma certa racionalização da ação. Para que isso ocorra, ainda que parcialmente – e aqui se coloca o problema da racionalização da própria experiência jurídica e de suas limitações –, é preciso obterem-se decisões sobre fins e meios não dedutíveis do próprio saber dogmático, embora conseguidas em consideração dele”. (FERRAZ JUNIOR, 2015.p.88)

Essa teoria, como caminho a percorrer para alcançar a decisão, pode ser incompatível com as de muitos outros doutrinadores, como é o caso de Robert Alexy, que também estabelece premissas. Partindo de uma teoria tridimensional que se compõe de conceitos e definições incompatíveis com a de outros teóricos acerca dos princípios e regras, Alexy traz dimensões que, segundo ele, se traduzem no ponto de partida ideal para o alcance da racionalidade nas decisões, cujos pressupostos são a “clareza conceitual, a ausência de contradição e [a] coerência”.<sup>8</sup> (ALEXY, 2015)

Desse modo, a ciência jurídica produz teorias à disposição do jurista, que pode lançar-se de uma para o percurso sinuoso da busca pela resposta correta, principalmente nos “casos difíceis”, seja ela entendida como única possível (DWORKIN, 2002; HABERMAS, 1997, p. 259) ou única dentre as várias possíveis dentro do contexto constitucional (KELSEN, 2009; ALEXY, 2015), de acordo com o entendimento do jurista e da teoria que se emprega

Assim como Tércio Sampaio e Robert Alexy – como dito - há outros teóricos que, diante de uma construção detalhada, trazem, enquanto ciência jurídica, o percurso que atribuem correto para, a partir da construção jurídica eleita, obter um resultado. O objetivo é o alcance da racionalidade nas decisões, proporcionando “clareza e cognoscibilidade” (ÁVILA, 2011, p.123) ao discurso pautado pelo método escolhido, evitando a subjetividade a partir das premissas estabelecidas.<sup>9</sup>

Martha Toríbio Leão defende que “a dogmática jurídica é método (referindo-se tanto a atividade como ao seu produto) a ser praticado pelo estudioso do Direito que defende uma postura ativa deste para a solução dos problemas jurídicos” (LEÃO, 2020, p.363).

---

8 Cf. Alexy “[...] é possível distinguir três dimensões da dogmática jurídica: uma analítica, uma empírica e uma normativa. De forma resumida, a dimensão analítica diz respeito à dissecação sistemático-conceitual do direito vigente. O espectro de tal dimensão estende-se desde a análise de conceitos elementares (por exemplo, do conceito de norma, de direito subjetivo, de liberdade e de igualdade), passando por construções jurídicas (por exemplo, pela relação entre o suporte fático dos direitos fundamentais e suas restrições e pelo efeito perante terceiros), até o exame da estrutura do sistema jurídico (por exemplo, da assim chamada irradiação dos direitos fundamentais) e da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais (por exemplo, do sopesamento). A dimensão empírica da dogmática jurídica pode ser compreendida a partir de dois pontos de vista: primeiro, em relação à cognição do direito positivo válido e, segundo, em relação à aplicação de premissas empíricas na argumentação jurídica, por exemplo, no âmbito de argumentos consequencialistas. Aqui, interessa somente a primeira acepção. [...] A terceira dimensão, a dimensão normativa, avança para além do simples estabelecimento daquilo que, na dimensão empírica, pode ser elevado à condição de direito positivo válido, e diz respeito à elucidação e à crítica da práxis jurídica, sobretudo da práxis jurisprudencial. A questão central, nessa dimensão, é, a partir do direito positivo válido, determinar qual a decisão correta em um caso concreto. Em todos os casos polêmicos a resposta a essa questão implica valorações de quem a responde. [...] Em face das três dimensões, o caráter prático da Ciência do Direito revela-se como um princípio unificador. Se a ciência jurídica quiser cumprir sua tarefa prática de forma racional, deve ela combinar essas três dimensões.” (ALEXY, 2015)

<sup>9</sup> Acerca da racionalidade e da argumentação jurídica conferir: KOCHER, Ronaldo. Racionalidade e decisão: a fundamentação das decisões judiciais e a interpretação jurídica. Revista de Processo [do] Ministério Público do Estado de São Paulo, São Paulo, jun. 2015.

Para a autora, a questão reside na concepção da dogmática como fruto de um modelo semântico-argumentativista, que adota critérios claros e seguros, sem ser decisionista, mediante uma objetividade discursiva (LEÃO, 2020, p. 361).

Essa análise busca afastar a dogmática das concepções de modelo descritivista próprio do positivismo jurídico e seu contraponto extremo, do realismo jurídico empirista<sup>10</sup>. Em resumo, o direito não é nem um objeto pronto e acabado para ser revelado, e tampouco uma atividade física a ser demonstrada pela experiência, mas sim fruto de uma realidade discursiva, que depende da atuação do intérprete a partir da existência de um texto normativo como referencial e limite (LEÃO, 2020 p. 370).

Ocorre que como se “viesse em um pacote”, ao lado dessas teorias caminham questionamentos acerca da obrigação de eleger um teórico e segui-lo à risca, em contraposição à possibilidade de mesclar teorias incompatíveis, mas principalmente acerca da utilidade da dogmática jurídica na atualidade.

### **3. CRÍTICAS À DOGMÁTICA E SINCRETISMO METODOLÓGICO**

Essa frase é recorrente: “a dogmática está em crise!”. A ideia que se tem a seu respeito, de fato, tem inquietado e ocupado críticos juristas e até mesmo cientistas do direito questionam a sua efetividade, a verdadeira entrega jurisdicional.

Lênio Streck, por exemplo, há muito vem mergulhando em questões em torno da dogmática aplicada pelos tribunais. Em 2003, por exemplo, a crise anunciada detinha conteúdo diferente da atual<sup>11</sup>. Eram outras as preocupações. Streck clamava por novas posturas ante “o crescimento dos direitos transindividuais e a crescente complexidade social” (STRECK, 2003, p. 257-301), num quadro em que se fazia premente, à época, uma ruptura paradigmática a fim do jurista ver-se livre (porque era refém) do “sentido comum teórico” e avançar na prática hermenêutica. Propôs, o autor, a análise do problema à luz da hermenêutica que “desvendar[ia] o conteúdo do seu texto, a partir dos novos paradigmas exurgentes da

---

<sup>10</sup> Em relação a essa análise, leva-se em conta três concepções da dogmática, em relação ao seu objeto de investigação; a) o modelo descricionista que reduz o objeto da investigação ao conteúdo normativo como algo dado e que a ciência do direito deve apenas descrever; b) o modelo realista, que a partir do método empírico reduz o texto normativo a mera fonte do direito e não considera haver qualquer vinculação do intérprete à produção legislativa e por fim, o modelo que considera mais adequado; c) o modelo semântico argumentativista que parte do texto normativo como referência e limite e mediante o discurso argumentativo racional “em que se busca a justificação das alternativas interpretativas reconhecidas com a ajuda do sistema” (LEÃO, Martha Toríbio, 2020)

<sup>11</sup> Lênio Streck já falava em crise do direito, do Estado e da Dogmática, em 2003, porém sob outro viés.

prática dos tribunais encarregados da justiça constitucional”.<sup>12</sup> O foco era fomentar a efetiva outorga ao judiciário do dever constitucional de fazer impor a normatividade da constituição nos casos postos.<sup>13</sup>

Anos depois, a crítica muda seu foco: a crise da dogmática enveredou-se para o excesso do que antes se apresentava em falta. A ampla possibilidade de, a partir do conteúdo da constituição, haver tomada de decisões amplamente subjetivas, vem sendo o alvo do referido autor, que se opõe à leitura equivocada da Teoria da Argumentação Jurídica e à “incorporação indevida” do ativismo judicial norte-americano, a exemplo das súmulas vinculantes. Em seu entendimento, o argumento de autoridade advindo dos atributos de universalização dessas súmulas, que são construídas mediante interpretações “discricionárias e arbitrárias” a partir de casos específicos, faz com que as particularidades de novos casos submetidos ao judiciário não sejam trabalhadas. Aliás, essa discricionariedade e arbitrariedade do julgador, o autor imputa como herança<sup>14</sup> do positivismo de Kelsen” (STRECK, 2018.p. 300/303).

---

<sup>12</sup> Conforme exposição de Lenio Streck, em obra cujo trecho passo a transcrever: “[...] Do modelo de Constituição formal, no interior da qual o direito assumia um papel de ordenação, passa-se a revalorização do Direito, que passa a ter um papel de transformação da realidade da sociedade, superando, inclusive, o modelo do Estado Social. É para este salto paradigmático que deve estar atento o jurista. O problema é que, em países como o Brasil, formou-se um “silêncio eloqüente” acerca do significado da Constituição, naquilo que ela tem de norma diretiva (dirigente) fundamental. Sob o manto de uma “baixa constitucionalidade” que obnubila o processo de compreensão do Direito, olvidou-se o constituir da Constituição; mas, muito pior do que o silêncio é não prestarmos atenção nele!” (STRECK,2003,p. 257-301)

<sup>13</sup> Lênio Streck explica: “Considerável parcela das decisões judiciais continuam a fundamentar-se em verbetes jurisprudenciais, retirados de manuais jurídicos e citados de forma descontextualizada, obstaculizando o aparecer da singularidade dos casos. É o que se denomina, a partir da filosofia hermenêutica, de objetificação do processo interpretativo, onde o verbe (doutrinário ou jurisprudencial) serve como “categoria” para o operador elaborar ‘deduções’ ou ‘subsunções’, circunstância que faz do intérprete – sem que disto ele se dê conta – um refém da metafísica” (STRECK,2003,p. 257-301)

<sup>14</sup> “para uma parcela considerável dos juristas – leia-se, doutrina e jurisprudência –, Kelsen, sinônimo de positivismo, foi um positivista exegetico. A partir disso a equivocada compreensão da transição do positivismo exegetico para o positivismo normativista jogou a comunidade jurídica nos braços da discricionariedade. Para muitos “críticos” brasileiros, dizer que a interpretação da lei é um ato de vontade constitui um “ganho” pós-positivista, esquecendo-se que é exatamente um positivista (pós-exegetico) que utiliza esse argumento (a vontade) para superar a razão (o velho exegetismo). As consequências são graves. Mesmo nestes tempos de constitucionalismo principiológico, ainda grande parte dos juristas pensa que a superação do “juiz boca-da-lei” constitui, por si só, a “grande obra pós-positivista”. Esquecem-se que, ao pensarem assim, entregam para o juiz o poder discricionário, principal característica do positivismo normativista. Observe-se que até mesmo Robert Alexy, considerado não positivista (e assim autointitulado), não abre mão da discricionariedade em favor dos juízes. E é nesse contexto que se dá o constitucionalismo brasileiro, que, ao apostar na vulgata da ponderação e na tese da abertura dos princípios, apenas representa uma superação do positivismo exegetico. Essa crítica, aliás, é muito bem feita por um positivista como Luigi Ferrajoli, que denuncia esse caráter protojusnaturalista presente na maioria das teorias neoconstitucionalistas” (STRECK, , 2018.p. 300/303) / Cf. KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 8.ed. São Paulo: Martins fontes, 2009.

Para Streck, embora as convicções pessoais de quem julga não devam ser colocadas em pauta para atribuir sentido a cada caso, pois eles – os casos - não são indenes de sentido<sup>15</sup>, os juristas criaram, a partir de uma interpretação equivocada da teoria de Alexy (ALEXY, 2015), o princípio da ponderação com aplicabilidade para todos os casos. Ou seja, “construíram’ uma vulgata da teoria alexiana, na medida em que confundiram a lei da ponderação (*Abwägungsgesetz*) – constructo que será utilizado por subsunção – com a simples contraposição de um princípio e outro, onde o intérprete ‘escolhe’ um deles.” (STRECK, 2018.p. 300/303)

“A dogmática está em crise!”. Humberto Ávila<sup>16</sup> também se filia a esse pensamento já tendo se manifestado quanto à crise paradigmática que assola o universo jurídico (ÁVILA, 2011. p.26/27). Sem pretender aprofundar em sua teoria, que demandaria um artigo próprio<sup>17</sup>,

---

<sup>15</sup> No entendimento de Streck: “Sendo mais claro ainda: o que não poderá acontecer é que cada juiz, por suas convicções pessoais (argumentos morais, teleológicos etc., ou até o seu gosto pessoal pelo colarinho do chope), atribua, para cada caso, o sentido que lhe convier, a partir de um uso pragmático dos sentidos, como se o caso concreto estabelecesse a possibilidade de um ‘grau zero de sentido’” (STRECK, 2018.p.391)

<sup>16</sup> Cf. Por Humberto Ávila em Teoria dos princípios: “Com efeito, enquanto a doutrina, em geral, entende haver interpretação das regras e ponderação dos princípios, este trabalho critica essa separação, procurando demonstrar a capacidade de ponderação também das regras. Enquanto a doutrina sustenta que quando a hipótese de uma regra é preenchida sua consequência deve ser implementada, este estudo diferencia o fenômeno da incidência das regras do fenômeno da sua aplicabilidade, para demonstrar que a aptidão para a aplicação de uma regra depende da ponderação de outros fatores que vão além da mera verificação da ocorrência dos fatos previamente tipificados. Enquanto a doutrina sustenta que um dispositivo, por opção mutuamente excludente, é regra ou princípio, esta pesquisa defende alternativas inclusivas entre as espécies geradas, por vezes, de um mesmo e único dispositivo. Enquanto a doutrina refere-se à proporcionalidade e à razoabilidade ora como princípios, ora como regras, este trabalho critica essas concepções e, aprofundando trabalho anterior, propõe uma nova categoria, denominada de categoria dos *postulados normativos aplicativos*. Enquanto a doutrina iguala razoabilidade e proporcionalidade, este estudo critica esse modelo, e explica por que ele não pode ser defendido. Enquanto a doutrina entende a razoabilidade como um *topos* sem estrutura nem fundamento normativo, esta investigação reconstrói decisões para atribuir-lhe dignidade dogmática. Enquanto a doutrina iguala a proibição de excesso e proporcionalidade em sentido estrito, este estudo as dissocia, explicando por que consubstanciam espécies distintas de controle argumentativo. Tudo isso da forma mais direta possível, e mediante a apresentação de exemplos no curso da argumentação. Assim procedendo, são criadas condições para incorporar a justiça no debate jurídico, sem comprometimento da racionalidade argumentativa. (ÁVILA, 2011. p.26/27)

<sup>17</sup> Para melhor situar o leitor, segue trecho significativo retirado de artigo específico sobre a Teoria da Argumentação em Humberto Ávila: “torna-se possível separar o projeto teórico de ÁVILA em duas fases, o que permite aqui classificar tais fases – para fins de clareza expositiva – como HA1 e HA2, sendo a primeira marcada pelo conteúdo que se extrai do já referido “Argumentação Jurídica e a Imunidade do Livro Eletrônico” e a segunda iniciada pelo seu “Teoria dos Princípios” e, posteriormente, consolidada nos artigos que apreciam criticamente o trabalho de Paulo de Barros Carvalho [...]. A robustez da reformulação teórica proposta por HA2 retifica inúmeras dificuldades presentes na proposta de teoria da argumentação desenvolvida por HA1, de modo que reposiciona os termos da atividade interpretativa e argumentativa em uma moldura mais complexa e sofisticada. Com isso, HA2 fixa as balizas para o desenvolvimento de uma nova teoria da argumentação, a qual poderá (a) captar uma maior gama de elementos (textuais e não textuais) que são pertinentes à realidade jurídica, os quais não ficam adstritos a um catálogo de argumentos jurídicos nem possuem sua força vinculante conectada direta e necessariamente com o DPV, (b) assumir diferentes critérios de objetividade (complementares e não excludentes), calcados em significados mínimos e aspectos lógicos, metafísicos e discursivos que não são derivados exclusivamente do sistema jurídico positivo e (c ) dar conta de diferentes jogos interpretativos e argumentativos (descritivo, construtivo, reconstrutivo, decisivo e criativo), desenvolvendo distintos métodos e critérios de prevalência para esses. Uma elaboração detalhada desses aspectos, porém, não veio a ser realizada, até o presente momento, por ÁVILA em seus escritos [...]” (FERREIRA NETO, Arthur M.. Teoria da

suas considerações quanto à “euforia [da doutrina constitucional atual] do que se convencionou chamar Estado Principiológico” são fundamentais para compreensão do que professa. Para ele, “a euforia do novo terminou por acarretar alguns exageros e problemas teóricos que têm inibido a própria efetividade do ordenamento jurídico”, cujos embaraços residem na distinção entre princípios e regras, acompanhada do uso indiscriminado de princípios, em contrapartida ao desprezo da importância das regras, apequenando-as; e na ausência de clareza conceitual, quando, de fato, a “aplicação do Direito depende precisamente de processos discursivos e institucionais sem os quais ele não se toma realidade.” (ÁVILA, 2011. p.24)

Nesse rumo, obras se propagam. Hugo de Brito Machado chega, por um lado, a questionar a expressão “dogmática jurídica”, ao refutar a sua manutenção ante a compreensão que das normas se tem no contexto atual; por outro lado, a encará-la como argumento de autoridade para dar aos textos um ar de cientificidade, o que, conforme o autor, vai de encontro ao que se entende por conhecimento científico, detentor natural de larga “sistematicidade, consistência teórica e caráter autoquestionador”. Nas suas palavras, a epistemologia contemporânea “entende que a ciência é essencialmente provisória, composta de teorias e enunciados considerados verdadeiros até que se demonstre o contrário”<sup>18</sup>. De acordo com essa perspectiva, não é considerado científico aquilo que não pode ser falseado. A dogmática jurídica, para o autor, não há como ser científica. (SEGUNDO, 2008)

É essencial a que se possa falar em “conhecimento científico a provisoriedade de suas verdades, e a possibilidade de serem “testadas” ou terem sua veracidade (ou falsidade) posta à prova continuamente. Não importa tanto o método utilizado pelo estudioso, ou a neutralidade de suas afirmações. O que interessa é se podem ser testadas, e falseadas. Se podem, são verdades científicas até que essa falsificação ou esse falseamento aconteça. [...]. [S]e verifica que, no plano epistemológico, vale dizer, da teoria do conhecimento, científico e dogmático são conceitos antônimos. Como observa Japiassu “o que caracteriza a ciência é a falsificabilidade, pelo menos em princípio, de suas asserções. As asserções ‘inabaláveis’ e ‘irrefutáveis’ não são proposições científicas, mas dogmáticas.” Como, então, cogitar-se de uma ciência dogmática? [...] Tendo em vista a compreensão atual do que caracteriza o conhecimento científico, rapidamente resenhada no item anterior deste texto, parece-nos impossível agregar o termo dogmática à expressão ciência. (SEGUNDO, 2008)

---

Argumentação em Humberto Ávila: Uma Análise Crítica. *Direito Tributário Atual*, São Paulo, v. -, n. 41, p. 488-540, jan. 2019. Semestral)

<sup>18</sup> Hugo de Brito Machado Segundo é autor do artigo “É apropriado falar-se em uma ‘dogmática jurídica’?”, onde desenvolve um texto crítico sobre a dogmática jurídica, a colocando em oposição ao conhecimento científico.

Retrocederemos a Von Kirchmann, rumo à negativa, inclusive, da existência da ciência do direito, atribuindo a ela conveniências transitórias? É inafastável o ressoar nos ouvidos de sua famosa frase: “três palavras retificadoras do legislador e bibliotecas inteiras convertem-se em lixo”<sup>19</sup>

A efemeridade do saber construído juridicamente, pois, acaba por ser colocado em pauta, mais uma vez, a fim de deslegitimar a dogmática enquanto ciência. Sem a pretensão de resgatar de forma profunda a discussão acerca da distinção entre o saber duro e o saber mole, a contribuição de Antônio Manuel Hespanha nos parece fundamental. Em que pese a ciência jurídica não hesitar de reclamar para si a pretensão de ter um método que produz resultados válidos, de fato o seu “saber mole” (maleável), segundo o autor, está vinculado não só às alterações decorrentes das mudanças ao longo da história relacionadas a verdade (regra) e ao método para encontrar resultados satisfatórios, como também a um objeto passível de arbítrio do legislador, o que a torna de um ponto de vista questionável quando comparada ao saber de outras ciências, mas de outro ponto adequada, porque com essa maleabilidade deontológica, busca-se o afastamento das verdades absolutas, prejudiciais ao direito. (HESPANHA, 2009, p. 737-767)

A propósito, na própria obra em que Hugo de Brito Machado critica a dogmática, ele também assevera que ela resulta “como bem observa Agostinho Ramalho Marques Neto, ‘tanto quanto qualquer outra, de um trabalho de construção teórica. Por isso, suas proposições não podem revestir-se de caráter absoluto, mas aproximado e essencialmente retificável,” (MARQUES NETO, 2001. p. 129; SEGUNDO, 2008) o que nos parece ratificar a essencialidade do saber mole enquanto ciência, neste âmbito.

“A dogmática está em crise!”. Em meio às intermináveis críticas e ponderações existentes no universo acadêmico, extrai-se de uma parcela da doutrina<sup>20</sup> uma aparente

---

<sup>19</sup> Registra Reale: “Um jurista alemão, Von Kirchmann, em um livro que teve grande repercussão em princípios do século XIX, já sustentava que não existe Ciência do Direito, por estar o trabalho do jurista condicionado por algo que não é posto por ele, mas por outrem, abrangendo fins que nada têm de científico, refletindo apenas conveniências transitórias. Afirmava ele que bastam três palavras inovadoras do legislador para que bibliotecas jurídicas inteiras fiquem reduzidas a papel de refugio... [...]” (REALE, 2003, p. 321)

<sup>20</sup> Luís Roberto Barroso compartilha desse posicionamento, registrando que ““No caso brasileiro, como em outros países de constitucionalização recente, doutrina e jurisprudência ainda se encontram em fase de elaboração e amadurecimento, fato que potencializa a importância das referências estrangeiras. Esta é uma circunstância histórica com a qual precisamos lidar, evitando dois extremos indesejáveis: a subserviência intelectual, que implica na importação acrítica de fórmulas alheias e, pior que tudo, a incapacidade de reflexão própria; e a soberba intelectual, pela qual se rejeita aquilo que não se tem. O sincretismo – desde que consciente e coerente – resulta inevitável e desejável”. (BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, vol, 2, n. 1, 2006. p. 53).

vontade de “libertação” das premissas ditadas por teóricos<sup>21</sup>, ou melhor, de desapego à fidelidade ao que a ciência jurídica estabelece como ponto de partida (FEYERABEND, 2007), o que caminha lado a lado com o sincretismo metodológico, que na tomada de decisão, “em termos simples, consiste na adoção de teorias incompatíveis, como se compatíveis fossem” (SILVA, 2003). Seus adeptos dispensam o apego às premissas de um só teórico para se ater ao todo. Se trata do direito visto como “um tipo de técnica combinatória em virtude de seu propósito, que transcende cada um dos padrões que a compõem: ela visa moldar o comportamento dentro de uma população humana”<sup>22</sup>.

Virgílio Afonso da Silva qualifica pejorativamente essa vertente como “otimismo metodológico”, por entender que método e teoria constitucional não podem ser apartados, cabendo “ao teórico constitucional fundamentar a compatibilidade de uma determinada concepção de nossa constituição com um determinado método”<sup>23</sup>

“Importante é ter em mente que a tarefa da interpretação constitucional irá variar de acordo com o enfoque acerca da função da constituição e de seu guardião na vida política do país. E não há discussão *metodológica* que prescindida dessa *discussão de base*. Desenvolver uma teoria da constituição aplicável (pelo menos também) à constituição brasileira não significa que métodos ou pontos de vista desenvolvidos alhures não possam ser aplicados na interpretação da constituição brasileira. Significa apenas que o método adotado não pode existir independentemente de uma teoria constitucional. Significa, além disso, que cabe ao teórico constitucional

---

<sup>21</sup> Para aprofundamentos mais radicais quanto ao tema, conferir Paul Feyerabend, em: FEYERABEND, Paul. *Contra o Método*. Tradução de Cezar Augusto Mortari. São Paulo: UNESP, 2007.

<sup>22</sup> Frase de autoria de Paul Amselek, «Réflexions critiques autour de la conception kelsenienne de l'ordre juridique», *R.D.P.* 1978.5, 10. Esse trecho, de tradução nossa, se encontra disposto na obra “*La définition du juriste et la redéfinition de la dogmatique juridique* de Siméon Patrice Kouam, oportunidade em que o referido autor, fazendo uso das palavras também de Christian Atias, complementa da seguinte forma: “[...] isso pode ser entendido, pois “a especificidade da ciência do direito decorre do seu objeto [...] Não há razão para se privar em princípio desse ou daquele ensino. Dos dados gerais a solução caso o caminho é longo; para percorrer esta distância nenhum ponto de referência é demais”. Siméon Patrice Kouam - Dr/Ph.D. em direito privado e professor assistente da Faculdade de ciências jurídicas e políticas da Université de Ngaoundéré (Cameroun) -, nessa obra vinculou o jurista contemporâneo à redefinição da dogmática jurídica tal como se apresenta – diferente da dogmática clássica de Kelsen -, destacando o papel da ciência jurídica como aquela que serve para organizar os indivíduos em sociedade. Passamos a traduzir um trecho do artigo, que bem define o que nele compreende: “O recurso à ética dogmática por intermédio do sincretismo metodológico torna possível um ‘autêntico’ jurista, um jurista completo, aquele cuja responsabilidade nunca será comprometida por não ter compreendido que, na sua qualidade de dogmático, deve admitir que a humanidade continua sendo o horizonte insuperável da sua profissão. Como bem resumiu o professor Alain Didier Olinga ‘O jurista é, em suma, ao mesmo tempo um técnico, depositário de uma certa forma apreensão do objeto jurídico, o possuidor de uma experiência pode ser vendida [...] e o vigília dos desenvolvimentos sistêmicos que afetam a ordem jurídica em suas relações com a ordem social global, para o progresso de sua comunidade e da humanidade em geral. O sincretismo metodológico é uma mistura inteligente de dogmática clássica e dogmas éticos que podem fornecer à ciência do direito uma definição do jurista. Podemos dizê-lo doravante sem muito medo: “O jurista é um adepto desse código metodológico; contudo, como não podemos concebê-lo, é necessariamente o servo de uma ética humanista; para conciliar rigor metodológico e imperativo humanista, o jurista deve ser o defensor permanente de uma ética dogmática. No entanto, é preciso questionar os paradigmas que fundamentam esse sincretismo metodológico, para entender como eles podem verdadeiramente ser articulados na perspectiva do pensamento jurídico complexo[...]” Tradução nossa. (KOUAM 2014)

<sup>23</sup> Em contraposição ao sincretismo metodológico conferir Virgílio Afonso da Silva. (SILVA, 2003).

fundamentar a compatibilidade de uma determinada concepção de nossa constituição com um determinado método. Significa, em resumo, que não há mais espaço para o otimismo metodológico, isto é, para a crença de que o resultado da interpretação constitucional depende pura e simplesmente do método utilizado” (SILVA, 2005)

Assim, enquanto uns criticam a dogmática apresentada pela doutrina, outros criticam também a dogmática adotada pelos tribunais. Enfim, a dogmática está em crise e o fogo corre em todas as direções.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nos parece inafastável a concepção de que a sociedade em constante transformação exija que sua organização seja ditada com alguma maleabilidade, o que a dogmática não rejeita, ante as várias possibilidades a partir da hermenêutica constitucional, trazidas no interior das inúmeras teorias disponibilizadas aos aplicadores do direito<sup>24</sup>. O problema gravita, portanto, para além do saber mole. Paira em torno dessas teorias existentes e da aplicação do direito pelo Supremo Tribunal Federal, ou seja, da aplicação indiscriminada das teorias ainda que incompatíveis sob o argumento de que o direito é uno. (SILVA, 2005)

A dogmática jurídica posta de forma a compreender a possibilidade de construir argumentos utilizando-se de instrumentos cujas definições são incompatíveis entre si, a exemplo da inserção de um termo adotado num método dentro do contexto da especificidade de outro diametralmente oposto, quebra a logicidade trazida em qualquer das teorias a eles vinculadas e aumenta sobremaneira a probabilidade de um subjetivismo ou “mero intuicionismo”<sup>25</sup>, que se pretendia afastar. Sob essa perspectiva, as premissas estabelecidas por cada teórico flutuam sob o intelecto do aplicador do direito, que acaba exposto a enveredar-se a utilizá-las, mesclando-as muitas vezes para justificar a decisão que estava inclinado a tomar, motivado por questões íntimas. Algo grave, em termos de justiça da decisão.

---

<sup>24</sup> Conforme abordamos no primeiro capítulo, assim se pronuncia Tércio Ferraz. Para maiores aprofundamentos: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. 2. ed.- São Paulo: Atlas, 2015 / FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018

<sup>25</sup> Utilizamos a expressão “mero intuicionismo” para tratar do que Robert Alexy dispõe acerca das objeções filosóficas quanto aos valores, nos seguintes termos: “o intuicionismo não tem condições de fornecer nenhum critério definitivo para evidências corretas ou equivocadas, verdadeiras ou falsas. Na falta de um tal critério, o intuicionismo iguala-se a uma posição subjetivista. Esse argumento epistemológico tem consequências para a tese ontológica do ser dos valores. A impossibilidade de que algo seja conhecido com certeza intersubjetiva não constitui ainda um argumento contra sua existência. Mas é um argumento contra a possibilidade de fundamentar uma teoria científica a partir de sua existência.” (ALEXY, 2015. p.156/157)

Uma teoria normativa, que deve ser compatível com a constituição e pensada para ser aplicada no conjunto, possui atributos analíticos e empíricos interligados que fazem sentido, alcançando melhor o objetivo proposto, se utilizada integralmente. E o que eventualmente acrescesse ao fundamento viria ao encontro das premissas e dogmas de interpretação adotados, para melhor fundamentação e compreensão do julgamento realizado. Por outro lado, a mescla entre métodos incompatíveis tende a suplantiar a racionalidade pretendida, o que compromete a segurança jurídica que deve estar presente na tomada de decisão esperada pelo cidadão que busca pela tutela jurisdicional do Estado, com a ideia de previsibilidade da decisão.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.  
Tradução de: Virgílio Afonso da Silva

ATIENZA, Manuel. *Contribución a una teoria de la legislación*, Madrid: Civitas, 1997.

ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, vol, 2, n. 1, 2006. p. 53).

CARVALHO, Felipe Rodolfo de. A vocação do nosso tempo para a filosofia do direito... e para a filosofia dos direitos humanos. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, [S.L.], v. 113, p. 293-308, 5 ago. 2018. Universidade de Sao Paulo, Agencia USP de Gestao da Informacao Academica (AGUIA). <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v113i0p293-308>.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERNANDEZ, Atahualpa; BISNETO, Atahualpa Fernandez. Dogmática Jurídica. *Âmbito Jurídico*, São Paulo, n. 75, p. 1-1, abr. 2010. Mensal. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/category/edicoes/revista-75/page/2/>. Acesso em: 05 jul. 2021

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 10. ed. - São Paulo: Atlas, 2018.

\_\_\_\_\_. *Função social da dogmática jurídica*. 2. ed.- São Paulo: Atlas, 2015.

FERREIRA NETO, Arthur M.. Teoria da Argumentação em Humberto Ávila: Uma Análise Crítica. *Direito Tributário Atual*, São Paulo, v. -, n. 41, p. 488-540, jan. 2019. Semestral. Disponível em: chrome-

extension://efaidnbmnnnibpcajpegglefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Fibdt.org.br%2FRDTA%2Fwp-content%2Fuploads%2F2019%2F07%2FArthur-M.-Ferreira-Neto.pdf&clen=960177&chunk=true. Acesso em: 03 out. 2021

FEYERABEND, Paul. *Contra o Método*. Tradução de Cezar Augusto Mortari. São Paulo: UNESP, 2007.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 1 ed. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 1997. (v. 1). p. 259-260.

HESPANHA, António Manuel. A construção jurídica entre um saber “mole” e um saber “duro”. In: *O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KOCHEM, Ronaldo. Racionalidade e decisão: a fundamentação das decisões judiciais e a interpretação jurídica. *Revista de Processo [do] Ministério Público do Estado de São Paulo*, São Paulo, jun. 2015. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RPro\\_n.244.04.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.244.04.PDF). Acesso em: 05 set. 2021.

KOUAM, Siméon Patrice. La définition du juriste et la redéfinition de la dogmatique juridique (à propos du syncrétisme méthodologique). *Les Cahiers de Droit*, [S.L.], v. 55, n. 4, p. 877-922, 19 dez. 2014. Consortium Erudit. <http://dx.doi.org/10.7202/1027853ar>.

LESSA, Pedro. *Estudos de filosofia do direito*. 2. ed. São Paulo, 1916;

LEÃO, Martha Toríbio. O objeto da dogmática jurídica: o que fazem os estudiosos do direito? in. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 76, pp. 359-372, jan./jun. 2020.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *A Ciência do Direito – Conceito, Objeto, Método*, 2.ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 2003.

REALE, M. Pedro Lessa e a filosofia positiva em São Paulo. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, [S. l.], v. 54, n. 2, p. 12-61, 1959. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66304>. Acesso em: 3 mar. 2022.

SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. É apropriado falar-se em uma "dogmática jurídica"? *Revista Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da Unibrasil*, [s. l.], v. 2, n. 9, p. 158-186, 2008. Semestral. Disponível em: <https://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/cadernosdireito/article/view/2613/2186>. Acesso em: 04 jul. 2021.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. ja/ju 2003, p. 607-630, 2003.

\_\_\_\_\_. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: Virgílio Afonso da Silva (org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 115-143. Disponível em: [https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2005-Interpretacao\\_e\\_sincretismo.pdf](https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2005-Interpretacao_e_sincretismo.pdf). Acesso em: 14 ago.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

\_\_\_\_\_. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais no Brasil. *Novos Estudos Jurídicos*, [s. l], v. 8, n. 2, p. 257-301, abr. 2003. Quadrimestral. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/336/280>. Acesso em: 06 out. 2021.