

É APROPRIADO FALAR-SE EM UMA “DOGMÁTICA JURÍDICA”?

Hugo de Brito Machado Segundo*

Palavras-chave

dogmática jurídica,
conhecimento científico,
hermenêutica.

Keywords

legal dogmatic, scientific
knowledge, hermeneutics.

Biografia

* Advogado, Mestre em Direito pela UFC. Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (Unifor). Membro do Instituto Cearense de Estudos Tributários. Professor de Processo Tributário da pós-graduação da Unifor, da Faculdade Christus e da Faculdade Farias Brito.

RESUMO

É comum entre os trabalhos que se ocupam do Direito o uso da terminologia dogmática jurídica para designar o estudo científico do direito. Entretanto, a epistemologia contemporânea tem definido o conhecimento científico por exclusão, como o antônimo do que é dogmático. Além disso, a hermenêutica hoje considera equivocada a idéia segundo a qual o intérprete se limita a descrever normas, as quais, sendo o sentido dos textos normativos, são em verdade (re) construídas pelo intérprete à luz de sua pré-compreensão, das particularidades do caso concreto e dos valores prestigiados pelo ordenamento. Recomenda-se, por essas razões, o abandono da expressão dogmática jurídica, que mais confunde do que esclarece.

ABSTRACT

It is common among legal thinkers the use of the expression legal dogmatics to describe scientific study of law. However, contemporary science has defined the scientific knowledge by exclusion, as the antonym of dogmatic. Furthermore, the hermeneutics today consider to be mistaken the idea that the interpreter is limited to describe norms, which are the meaning of legal texts, and because of this are indeed (re)constructed by the interpreter from his pre-understanding, the particularities the case and the values inserted in the legal system. For these reasons, the expression legal dogmatics, which confuses more than clarifies, is to be abandoned.

INTRODUÇÃO

Textos escritos em torno do Direito, no Brasil e no exterior, utilizam com alguma frequência a expressão *dogmática*, para com ela designar o estudo do Direito, ou de parte dele. É curioso que a mesma expressão não seja empregada pelos que escrevem a respeito de outras áreas do conhecimento, como a biologia, a química ou a física. Só em textos dedicados à fé religiosa o seu uso se verifica com igual habitualidade.¹

Dos muitos que o empregam, contudo, poucos autores explicam o seu significado, ou a razão pela qual sua utilização seria necessária. Por outro lado, os que dizem estar se ocupando da dogmática jurídica, ou do conhecimento da dogmática do direito (constitucional, civil, penal, tributário etc.), reclamam para suas reflexões, e para suas conclusões, o *status* de científicas.

Por essas razões, e tendo em vista a idéia contemporânea do que seja o conhecimento científico, parece adequado dedicar alguma atenção ao assunto. No curso de Doutorado em Direito da Unifor, fomos incentivados pelo Professor Arnaldo Vasconcelos a examinar o tema, chegando a produzir pequeno estudo a respeito,² cujas principais idéias compõem este artigo. São idéias que, porque contrárias ao que tem irrefletidamente prevalecido na maior parte dos estudos de Teoria do Direito, talvez mereçam ainda maior difusão e debate, o que justifica seu trato, mais uma vez, aqui.

1. O QUE SE ENTENDE POR DOGMÁTICA JURÍDICA?

Do grande número de obras jurídicas que se reportam à dogmática jurídica, muito poucas se preocupam em explicar a razão de ser do uso dessa expressão. Talvez considerem que o seu significado seja de todos conhecido, não sendo, por isso mesmo, submetido a uma análise crítica. Pelo contexto em que a invocam, contudo, pode-se deduzir que cuidam do conhecimento das normas jurídicas em vigor, que as descreve, em contraposição à chamada Teoria Geral do Direito, que se trataria de conceitos comuns aos vários ordenamentos jurídicos de diversos tempos e lugares, sem ocupar-se de nenhum em particular, e especialmente à Filosofia do Direito, que trataria de questões fundamentais ligadas à própria idéia de Direito. É o que se percebe nas palavras RAFAEL HERNÁNDEZ MARÍN, para quem “el estudio

1 Cf., v.g., SCHNEIDER, Theodor. (org.). *Manual de dogmática*, 2.ed., Petrópolis: Vozes, 2002, vols. 1 e 2., *passim*.

2 MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Por que dogmática jurídica?* Rio de Janeiro: Forense, 2008.

del Derecho desde el punto de vista *interno* es realizado por dos disciplinas jurídicas: una, la *dogmática jurídica*, en el plano científico; otra, la *teoría general del Derecho*, en el plano filosófico.”³

Quanto ao sentido do termo dogmática como sendo o mesmo de ciência do Direito, MANUEL ATIENZA o confirma, ao dizer que “la dogmática viene a constituir algo así como el núcleo de la expresión ‘ciencia del Derecho’.”⁴ Através 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.”⁵

Em resumo, o uso da expressão dogmática jurídica, quando é justificado, geralmente o é com a afirmação de que, como se trata da descrição de normas postas, o estudioso teria que delas partir necessariamente, não as podendo modificar. Seu papel seria descrever o direito que *é*, e não aquele que *deveria ser*, daí porque as normas seriam “dogmas” que não se poderiam modificar.⁶

Os autores anteriormente mencionados, contudo, não fazem reflexão mais detida sobre os motivos da eleição da palavra “dogmática”, que não é utilizada pelos que se ocupam de outras áreas do conhecimento científico. ROBERT ALEXY, em nota ao *Teoria da Argumentação*, reconhece que, “em vez de começar com a terminologia predominante e aquelas matérias designadas pelas expressões ‘dogmática jurídica’ ou ‘dogmática legal’, poderíamos começar com uma análise do termo ‘dogmática’, uma investigação sobre sua história e sua aplicação em outras disciplinas, particularmente a teologia.”⁷ Logo em seguida, contudo, decepciona o leitor mais curioso, afirmando que “essas investigações só têm sentido quando são feitas em suficiente profundidade. Isso não pode ser feito aqui.”⁸

3 MARÍN, Rafael Hernández. *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, 2.ed., Madrid: Marcial Pons, 2002, p. 18.

4 ATIENZA, Manuel. *Contribución a una teoría de la legislación*, Madrid: Civitas, 1997, p. 16.

5 ATIENZA, Manuel. *Op. cit.*, p. 17. Muito semelhante é a explicação de ALEXY, para quem, na terminologia geralmente aceita, “‘juristic dogmatics’ or ‘legal dogmatics’ is taken to mean legal science in the narrower and proper sense, as it is actually pursued by them.” (ALEXY, Robert. *A Theory of Legal Argumentation – The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, tradução de Ruth Adler e Neil MacCormick, Oxford: Clarendon Press, 1989, p. 250).

6 Nesse sentido, na doutrina brasileira: REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*, 19.ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 160/161; FERRAZ JR. Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, decisão, dominação*, 3.ed., São Paulo: Atlas, 2001, p. 47/48; ADEODATO, João Maurício. *A – Ética e retórica – Para uma teoria da dogmática jurídica*, 2.ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 142/142.

7 ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica – A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*, tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva, São Paulo: Landy, 2001, p. 283.

8 ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica – A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*, tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva, São Paulo: Landy, 2001, p. 283.

Frise o leitor este aspecto: ALEXY não cuidará das razões pelas quais emprega o termo “dogmática”, por serem elas muito profundas e impossíveis de serem feitas em seu livro. Esse dado é relevante em face das justificativas – que adiante serão vistas – que outros autores dão para também tangenciar o assunto. De forma ousada, talvez até atrevida, tentaremos, nos itens seguintes, fazer a investigação à qual ALEXY se recusou. Pensamos que, mesmo sem a profundidade que ele decerto consideraria suficiente, o exame do assunto é necessário, e tem sentido: na pior das hipóteses, o de incentivar alguém mais capaz a fazê-lo melhor.

2. ANÁLISE CRÍTICA DA DOGMÁTICA JURÍDICA

2.1. O QUE É CIÊNCIA?

Pela pequena amostra trazida no item anterior, viu-se que os textos que empregam a expressão *dogmática jurídica* reclamam para si, não raramente, a alcunha de *científicos*.

Como estamos tratando, neste estudo, da adequação da expressão dogmática jurídica para designar a ciência jurídica, ou parte dela, talvez seja pertinente verificar no que consiste o conhecimento designado como científico. Trata-se, em suma, de um problema ligado à essência da ciência jurídica, pelo que devemos começar a nossas indagações em torno dela.

Quando se perquire a respeito de ciência, cogita-se de uma espécie ou modalidade do conhecimento humano, que pode decorrer simplesmente do senso comum, sendo chamado conhecimento comum, ou pode ser científico. No primeiro caso, é “eminente prático e assistemático”, essencialmente empírico, regendo, como nota AGOSTINHO RAMALHO MARQUES NETO, a “maior parte das nossas ações diárias.”⁹ O mesmo autor observa que o conhecimento científico, em contrapartida, seria dotado de maior sistematicidade, consistência teórica e – esse dado é essencial – *caráter autoquestionador*.

A epistemologia contemporânea não mais considera como características do conhecimento científico a objetividade, a neutralidade, a clareza e a certeza. De fato, hoje se entende que a ciência é essencialmente provisória, composta de teorias e enunciados considerados verdadeiros até que se demonstre o contrário.

Isso porque se reconhece, hoje, que o conhecimento se estabelece no âmbito de uma *relação* entre o sujeito que conhece, ou cognoscente, e o objeto a ser conhecido.¹⁰ Ao examinar o objeto, o sujeito o faz através da imagem que

9 MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *A Ciência do Direito – Conceito, Objeto, Método*, 2.ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 44.

10 HESSEN, Johannes. *Teoria do Conhecimento*. 7.ed., Tradução de Antonio Correia, Coimbra:

vê dele, através de seus sentidos, e filtrada por sua pré-compreensão. Essa imagem não se confunde com o próprio objeto, constituindo “o instrumento pelo qual a consciência cognoscente apreende o seu objecto.”¹¹

Sendo o conhecimento construído a partir de mera *imagem* do objeto, formada na consciência do sujeito em face do exame que este faz daquele, não é preciso maior esforço intelectual para concluir pela sua *provisoriedade* e pela sua *imperfeição*. Será sempre possível, mediante novo exame do objeto, por um outro enfoque, apreender-lhe características novas, aperfeiçoando a imagem que dele tem o sujeito. E será sempre possível, em tese, nesse novo exame, ver-se que a imagem até então construída é equivocada, merecendo retificações. Afinal, diz AGOSTINHO RAMALHO MARQUES NETO, o objeto do conhecimento é o objeto tal como o conhecemos, “isto é, o objeto *construído*, sobre o qual se estabelecem os processos cognitivos”¹², de modo que “o ato de conhecer é um ato de construir, ou melhor, de *reconstruir*, de aprimorar os conhecimentos anteriores.”¹³

Assentado o conceito de *verdade* na concordância entre imagem que o sujeito faz do objeto com esse objeto, conclui-se, também, que a verdade é provisória e relativa, pois essa imagem é sempre passível de aperfeiçoamentos e retificações. A verdade está, ademais, além do objeto, que, como conclui HESSEN, “não pode ser verdadeiro nem falso”, encontrando-se “de certo modo, mais além da verdade e da falsidade.”¹⁴ Na mesma esteira, partindo da premissa de que o objeto do conhecimento não é simplesmente dado e sim *construído* pelo sujeito, MARQUES NETO conclui que “todas as verdades, inclusive as científicas, são aproximadas e relativas; são parcialmente verdade e parcialmente erro.”¹⁵

Ora, se para se afirmar a veracidade do conhecimento é preciso demonstrar a identidade entre o objeto conhecido e a imagem que se faz dele, e se essa imagem é *sempre* imperfeita e imprecisa, nunca podendo ser integralmente idêntica ao próprio objeto, não será jamais possível dizer-se, de modo definitivo, que uma afirmação é verdadeira. Pode-se, quando muito, dizer-se que não se descobriu ainda a sua falsidade. Isso porque, como bem observa MARQUES NETO, “só poderíamos falar de conhecimentos definitivos, se o objeto de conhecimento correspondesse *exatamente* ao objeto real, ou seja, se fosse possível formular a equação $O.C = O.R$. Mas não possuímos meios que nos permitam verificar essa correspondência.”¹⁶

Essa, como se sabe, é a teoria de KARL POPPER, que inclusive a emprega

Armênio Amado, 1978, p. 26.

11 HESSEN, Johannes. *Op. cit.*, p. 27.

12 MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *Op. cit.*, p. 14.

13 MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *Op. cit.*, p. 14.

14 HESSEN, Johannes. *Op. cit.*, p. 30.

15 MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *Op. cit.*, p. 15.

16 MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *Op. cit.*, p. 15.

para dar uma explicação natural para o conhecimento humano e para sua evolução. Trata-se, em última análise, da maneira *racional* de aprender e transmitir a experiência aprendida *com os erros*. O que os seres vivos de formação menos complexa fazem com o sacrifício de alguns indivíduos, para o proveito da espécie em face da seleção natural, o homem faz com a eliminação de idéias que se mostram errôneas ou ineficazes.¹⁷ Por isso é que o cientista, ensina POPPER, “formula enunciados, ou sistemas de enunciados, e verifica-os um a um”¹⁸, tendo por trabalho “elaborar teorias e pô-las a prova.”¹⁹

Quando a teoria é posta à prova e resiste, decide-se positivamente pela sua manutenção. “Se se descobrir um motivo para rejeitá-la, contudo” – prossegue POPPER – “se a decisão for negativa, ou em outras palavras, se as conclusões tiverem sido *falseadas*, esse resultado falseará também a teoria da qual as conclusões foram logicamente deduzidas.”²⁰ A comprovação do acerto de uma teoria, contudo, é sempre provisória, pois “subseqüentes decisões negativas sempre poderão constituir-se em motivo para rejeitá-la.”²¹ Por isso é que POPPER afirma ser o jogo da ciência, “em princípio, interminável. Quem decida, um dia, que os enunciados científicos não exigem prova, e podem ser vistos como definitivamente verificados, retira-se do jogo.”²²

Portanto, 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.

Não é demais lembrar, a propósito, estar a ciência hoje em sua terceira fase. Inicialmente descritiva, e em seguida compreensiva-explicativa, a ciência é hoje *prescritiva*. Não tem o propósito apenas de descrever a realidade, mas de alterá-la. É a lição de ARNALDO VASCONCELOS:

O tempo da ciência puramente descritiva passou, faz séculos. Foi a época de Aristóteles e da Escolástica, da Antiguidade e da Idade Média. Depois veio o renascimento e Galileu, e com eles, a ciência explicativa, que esquadrinhou os céus a fim de torná-los inteligíveis

17 POPPER, Karl. *A vida é aprendizagem – Epistemologia evolutiva e sociedade aberta*, tradução de Paula Taipas, São Paulo: Edições 70, 2001, p. 17.

18 POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*, 12. ed., tradução de Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota, São Paulo: Cultrix, 2006, p. 27.

19 POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa...*, p. 31.

20 POPPER, Karl. *A lógica...*, p. 34.

21 POPPER, Karl. *A lógica...*, p. 34.

22 POPPER, Karl. *A lógica...*, p. 56.

através de seus esquemas matemáticos. Com Bacon e a Modernidade, surge a ciência construtiva que, a partir de Kant, vê-se autorizada a criar seu próprio objeto. Exige-se-lhe que seja fértil e eficaz.

(...)

A ciência contemporânea já não se coloca como objetivo principal a descrição da realidade, embora necessidade de antemão conhecê-la. Há de ter-se em conta, como acertadamente lembrou Robert Musil, um dos distintos contemporâneos de Kelsen, que, se existe um senso de realidade, tem de haver também um senso de possibilidade.²³

Em relação à ciência jurídica não é diferente, sendo certo 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.”²⁴

2.2. CIÊNCIA E NÃO-CIÊNCIA. O DOGMA

Precisamente por conta da natureza aberta, crítica e essencialmente provisória do conhecimento científico, este se define, hoje, por exclusão. Não se diz o que é o conhecimento científico, ou quais são seus requisitos ou suas características, de forma exaustiva. Diz-se o que *não é científico*: o dogmático. “Todo conhecimento pré-científico” – diz KARL POPPER – “animal ou humano, é *dogmático*; e a ciência começa com a invenção do método crítico não dogmático.”²⁵ Por isso mesmo, ARNALDO VASCONCELOS, criticando nos que vêem a pluralidade de opiniões em torno do tema como uma demonstração da acientificidade de sua abordagem, arremata que “o que não é científico é o pensamento ortodoxo e dogmático, o qual, por isso mesmo, mostra-se incapaz de produzir resultados satisfatórios.”²⁶

JOHANNES HESSEN destaca, de forma incisiva, que o dogmatismo é “a posição epistemológica para a qual não existe ainda o problema do conhecimento.”²⁷ Isso porque

o contacto entre o sujeito e o objeto não pode parecer problemático a quem não veja que o conhecimento representa uma relação. E isto é o que acontece com o dogmático. Não vê que o conhecimento é essencialmente uma relação entre um sujeito e um objeto.

23 VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria Pura do Direito – Repasse Crítico de seus Principais Fundamentos*, Forense, 2004, p. 176/177.

24 MARQUES NETO, *Op. cit.*, p. 129.

25 POPPER, Karl. *A vida é aprendizagem – Epistemologia evolutiva e sociedade aberta*, tradução de Paula Taipas, São Paulo: Edições 70, 2001, p. 22.

26 VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria Pura do Direito – Repasse Crítico de seus Principais Fundamentos*, Forense, 2004, p. 203

27 *Op. cit.*, p. 37.

Crê, pelo contrário, que os objetos do conhecimento nos são dados absolutamente e não meramente por obra da função intermediária do conhecimento.²⁸

Esclarece HESSEN, em seguida, que

também os valores existem, pura e simplesmente, para o dogmático. O facto de que todos os valores pressupõem uma consciência avaliadora, permanece tão desconhecido para ele como o de que todos os objetos do conhecimento implicam uma consciência cognoscente. O dogmático para por cima, tanto num caso como no outro, do sujeito e da sua função.²⁹

Lição expressiva. Embora escrita em face da teoria do conhecimento como um todo, parece construída à luz da doutrina positivista-legalista, nascedouro da idéia de uma dogmática jurídica e que também reservava papel bem pouco relevante ao intérprete sujeito cognoscente.

Não é por outra razão que a dogmática encontra lugar próprio no âmbito das religiões, tendo HOUAISS definido dogma como “ponto fundamental de uma doutrina religiosa, apresentado como certo e indiscutível, cuja verdade se espera que as pessoas aceitem sem questionar <d. da santíssima trindade>.”³⁰ Afinal, é pela fé, pela crença e pela revelação, e não pelo conhecimento racional e crítico, que o homem tem acesso ou consciência dos assuntos divinos.

Aliás, se o conhecimento é a interminável busca pela *essência* de um objeto (verdade), busca esta feita a partir da imagem que o homem tem ou faz desse objeto (existência), a divindade não pode ser objeto de conhecimento, mas apenas de fé, pois nela essência e existência são uma mesma e única coisa. Daí a afirmação de ARNALDO VASCONCELOS, de que a ciência positivista,

– quem ousaria pensá-lo! – passaria a ocupar o lugar privilegiado da teologia na Idade Média, com toda a sua intolerância dogmática, deslocando a filosofia para a posição de disciplina vassala dos diversos tipos de ciências, incumbindo-lhe apenas as respectivas sínteses.³¹

De tudo isso se verifica que, no plano epistemológico, vale dizer, da teoria do conhecimento, científico e dogmático são conceitos *antônimos*. Como observa

28 *Op. cit.*, p. 38.

29 *Op. cit.*, p. 38.

30 HOUAISS, Antônio e VILLAR, Mauro Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 1071.

31 VASCONCELOS, Arnaldo. *Direito e Força – Uma Visão Pluridimensional da Coação Jurídica*, São Paulo: Dialética, 2001, p. 60.

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*.”³² Como, então, cogitar-se de uma ciência dogmática?

2.3. É POSSÍVEL, HOJE, FALAR-SE EM 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*.

Não obstante, o uso do termo *dogmática jurídica* é, como vimos na parte inicial deste trabalho, ainda freqüente, tanto entre os que escrevem sobre Teoria do Direito, ou Ciência do Direito em geral, como entre os que se reportam à determinado setor ou ramo do Direito em particular.

Poder-se-ia dizer, em defesa da continuidade no uso da expressão, que a dogmática jurídica, hoje em dia, não seria apenas descritiva. Deve seu nome à imodificabilidade, pelo cientista, das normas que estuda, mas não deveria ser confundida com o dogmatismo.

Essa afirmação já reconhece, de saída, a impossibilidade de uma ciência dogmática, e não tem como ser usada contra o que expusemos nos dois itens anteriores deste texto. Limitar-se-ia, no máximo, a defender a manutenção do termo por força da tradição.

Nem todos os autos que cuidam da dogmática jurídica, contudo, comungam de entendimento assim tão conciliador. EDUARDO GARCÍA MÁYNEZ, por exemplo, observa que, atendendo à sua índole dogmática, se afirma que a dogmática jurídica

asemejase a la geometría y a la especulación teológica. Así como el geómetra parte en sus desarrollos de axiomas o verdades evidentes, que no necesitan ser demostrados, y el teólogo se funda en dogmas que estima revelados por Dios y reputa indiscutibles, el jurista, cuando procede estrictamente como tal, vuelve los ojos a las leyes e instituciones de un ordenamiento determinado y se limita a clasificarlas y sistematizarlas, mas no emite juicios de valor acerca de su contenido ni se atreve a poner en duda su obligatoriedad.³³

A parte final da transcrição é mais uma mostra das relações entre positivismo normativista e dogmática: o jurista, quando procede estritamente como tal, deve apenas classificar e sistematizar leis e instituições de determinado ordenamento, sem

32 JAPIASSU, Hilton Ferreira. *Introdução ao pensamento epistemológico*, Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1977, p. 106.

33 MÁYNEZ, Eduardo García. *Introducción al Estudio del Derecho*, 53.ed., reimpressão, México/DF: Porrúa, 2002, p. 125.

emitir juízos de valor ou se atrever colocar em dúvida a sua obrigatoriedade. Não é por acaso, portanto, que essa “ciência” é pelo autor comparada à religião.

Esse tipo de comparação não passou despercebida de GERMÁN KANTOROWICZ para quem o “paralelismo que hoy por hoy existe entre la ciencia jurídica dogmática y la teología ortodoxa... salta a la vista.”³⁴ Para ele, contudo, isso nada tem de saudável, como se depreende de sua ácida crítica:

Por un lado se habla de Dios, por el otro del Legislador, ambos seres inasequibles a la experiencia. La masa profana desconoce sus intenciones o las conoce sólo de un modo confuso. Una casta privilegiada de teólogos o de juristas es mediadora de las revelaciones. Ambas castas pretenden exponer la voluntad de aquellos seres, mientras que en realidad afirman como la voluntad de ellos lo que los teólogos o juristas desean que sea religión o Derecho. La situación es así, ya que la construcción de la voluntad se base en meros fragmentos: sagrada escritura, leyes. No obstante, la tarea consiste en responder con su auxilio claramente todas las cuestiones.³⁵

Breve retrospecto das definições e das passagens já transcritas neste estudo revelam que o uso da expressão *dogmática*, de fato, nem sempre – ou quase nunca – é feito por “mera tradição”. O sentido que o termo “tradicionalmente” tem contamina sempre o ato de sua invocação com o dogmatismo. Basta lembrar que, como reconhece TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR., a dogmática parte de “premissas arbitrárias” (as normas) e renuncia “ao postulado da pesquisa independente.”³⁶ Isso porque, frisa REALE, a dogmática “tem por objeto de estudo as normas jurídicas vigentes, aceitas como ponto necessário de partida para a determinação do Direito Positivo”, normas estas que veiculam preceitos que “pelo simples fato de serem vigentes, devem ser havidos como obrigatórios.”³⁷ O que consta da lei, neste quadro, recorda KARL LARENZ “deixa de ser questionado.”³⁸

Ora, as insuficiências e os resultados negativos de uma abordagem normativista dispensam explicações aqui. A História, com o seu testemunho, e a atual Teoria do Direito, na qual mesmo os positivistas buscam aperfeiçoar a teorização proposta para o Direito, tornam desnecessária a demonstração dos problemas do positivismo normativista. Na verdade, “as teorias da ciência do Direito” – doutrina

34 KANTOROWICZ, Germán. *La lucha por la ciencia del Derecho*, apud AFTALIÓN, Enrique R.; OLANO, Fernando García e VILANOVA, José. *Introducción al derecho*, 6.ed., Buenos Aires: El Ateneo, 1960, p. 79.

35 Op. cit., p. 79.

36 FERRAZ JR. Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, decisão, dominação*, 3.ed., São Paulo: Atlas, 2001, p. 47.

37 REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*, 19.ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 160/161.

38 LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, 3.ed., tradução de José Lamego, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 319.

MARQUES NETO – “como quaisquer teorias científicas, são essencialmente *refutáveis* e, por isso mesmo, carecem, não de ser afirmadas dogmaticamente, como o faz a maioria dos juristas, mas de ser questionadas, postas em xeque, como recomenda BACHELARD.”³⁹

2.4. A “DOGMÁTICA JURÍDICA” E O PAPEL DO CIENTISTA E DO APLICADOR DO DIREITO

Se bem observarmos, mesmo as razões originariamente invocadas para se designar a ciência do Direito como “dogmática”, ainda que aceitas em si mesmas, não conduzem à conclusão de que se trata de uma dogmática jurídica

De fato, ainda que se admita que o cientista do Direito deve partir de normas postas, não lhe cabendo discutir sua obrigatoriedade, isso não é motivo para se afirmar que tais normas devem ser vistas como dogmas. Isso porque, mesmo sem discutir a procedência dessa visão epistemológica, também nos outros ramos do conhecimento científico, pelo menos em princípio, o objeto a ser conhecido seria também um dado “não-alterável” pelo sujeito cognoscente, regido por “leis” que não podem ser por ele modificadas, mas apenas “descobertas”. Exemplificando, o biólogo não pode recusar-se a aceitar que o calor excessivo seja fatal para determinado organismo vivo, da mesma forma como o matemático não tem liberdade para se recusar a acreditar em números primos. Tampouco o físico pode deixar de aceitar a força gravitacional atrativa dos corpos no universo. E nem por isso se diz que tais ciências sejam dogmáticas. É curioso, nesse ponto, que DANIEL COELHO DE SOUZA tenha dito que o jurista, quando “realiza atividade estritamente científica, aceita a regra jurídica como um dogma à semelhança do teólogo que, diante do preceito canônico, deve apenas aceitá-lo e interpretá-lo”, completando que “posição diversa seria equiparável à do físico que investisse contra as leis naturais que estão para as ciências naturais, neste sentido, como as jurídicas para a ciência do direito.”⁴⁰ Por que, então, nunca se ouviu falar de física, química ou biologia dogmáticas?

Além disso, como os teóricos atuais reconhecem, mesmo os positivistas, as normas não são um “dado pronto”, a ser aceito de forma completamente acrítica pelo cientista do Direito, nem um ponto de partida inelutável de qualquer investigação. De início, porque não há consenso quanto ao que estejam a prescrever os textos que as enunciam, sendo certo que a norma não existe objetivamente *fora* do intérprete, de modo a ser simplesmente “descrita” por ele. Sendo ela o *sentido* do texto, é necessariamente *construída pelo intérprete*. HANS KELSEN, por exemplo, entende

39 Op. cit., p. 186.

40 SOUZA, Daniel Coelho de. *Introdução à ciência do direito*, 3.ed., São Paulo: Saraiva, 1980, p. 88.

que a norma é “o sentido de um querer, de um ato de vontade”⁴¹, não devendo ser confundida com o dispositivo que lhe dá suporte. Aliás, KELSEN reconhece amplíssimo papel criativo ao intérprete, embora afirme que, ao desempenhar essa necessária tarefa criadora, ele não esteja fazendo ciência mas política jurídica.⁴²

HUMBERTO ÁVILA, calcado em GADAMER, também demonstra que “o intérprete não só constrói, mas *reconstrói* sentido, tendo em vista a existência de significados incorporados ao uso lingüístico e construídos na comunidade do discurso.”⁴³ Daí dizer-se, prossegue ÁVILA

que *interpretar é construir a partir de algo*, por isso significa *reconstruir*: a uma, porque utiliza como ponto de partida os textos normativos, que oferecem limites à construção dos sentidos; a duas, porque manipula a linguagem, à qual são incorporados *núcleos de sentidos*, que são, por assim dizer, constituídos pelo uso, e preexistem ao processo interpretativo individual.⁴⁴

Partindo dessas premissas, ÁVILA assevera ser necessário

ultrapassar a credence de que a função do intérprete é meramente descrever significados, em favor da compreensão de que o intérprete reconstrói sentidos, quer o cientista, pela construção de conexões sintáticas e semânticas, quer o aplicador, que soma àquelas conexões as circunstâncias do caso a julgar.⁴⁵

Mesmo nos casos em que se afirma que o texto legal é “claro”, não havendo lugar para o papel criador do intérprete, não se deve esquecer que o caso concreto – ao qual a norma será aplicada, e que influenciará na determinação de seu sentido – pode apresentar nuances que tornam o texto, ou o seu sentido, bem menos claro. O enunciado normativo que simplesmente afirma “é proibida a entrada de cães” pode ser muito claro, mas essa clareza se dissipa quando chega ao lugar um cego com um cão guia, animal adestrado que a ninguém incomoda e sem o qual o cego não pode locomover-se com a mesma desenvoltura... Não é por outra razão que CHAÏM PERELMAN afirma que a aparente clareza da norma decorre, precipuamente, *da falta de imaginação e de inteligência do intérprete*.⁴⁶

41 KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*, tradução de José Florentino Duarte, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1986, p. 3.

42 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, tradução de João Baptista Machado, 6.ed., 4. tiragem, São Paulo, Martins Fontes, 2000, p. 390.

43 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*, 4.ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 25.

44 ÁVILA, Humberto. *Op. cit.*, p. 25.

45 *Op. cit.*, p. 25/26.

46 PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*, tradução de Vergínia K. Pupi, 1.ed., 3.ª tiragem, São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 51. Em sentido semelhante: MACCORMICK,

Não é preciso mais que observar o processo de concretização do Direito para constatar o acerto dessa afirmação. Conquanto existam critérios para determinar o conteúdo do Direito a ser aplicado no caso concreto, sendo possível um debate racional, não-arbitrário, em torno dele, essa determinação está longe, muito longe, de ser automática, objetiva e descritiva. Primeiro, porque o sentido do texto, mesmo em tese, pode ser objeto de questionamentos, sendo o caso de se recordar a lição de KARL ENGISCH, segundo o qual inexistente consenso em torno do número e da hierarquia entre os “métodos” ou “elementos” de interpretação das normas jurídicas. Em suas palavras, “o defeito de nossa teoria jurídica interpretativa reside especialmente no facto de não termos ainda ao nosso dispor uma hierarquização segura dos múltiplos critérios de interpretação”⁴⁷. Dizer-se que a solução é utilizar “todos” os métodos de interpretação evidentemente não resolve o problema, pois os métodos não raro levam a soluções contraditórias. Isso nos faz lembrar o “quadro ou moldura de significados possíveis” a que alude HANS KELSEN⁴⁸.

Seja como for, o que importa, no caso, é que será à luz do caso concreto, *partindo* dos textos normativos, que o intérprete (re)construirá a norma jurídica a ser aplicada. E nem poderia mesmo ser diferente. Houvesse mera descrição, pelo intérprete, dos textos legais, tidos como “dogmas”, como explicar as divergências interpretativas? Tais divergências tanto são naturais, e inevitáveis, que o ordenamento jurídico constrói instrumento para lidar com elas. Cite-se, como exemplo, o recurso especial quando interposto com fundamento na alínea “c” do inciso III do art. 105 da Constituição Federal de 1988. Aliás, como anota PERELMAN, a própria existência de órgãos colegiados nos Tribunais é uma prova suficiente de que o sentido das normas não é unívoco.⁴⁹ Não há, portanto, a “mera descrição” de normas pelo cientista ou pelo aplicador do Direito, sendo descabido falar-se numa “função meramente reprodutiva” da ciência jurídica.

É possível, até mesmo, que em determinado caso concreto o intérprete adote solução contrária a uma regra jurídica expressa, ponderando-a. Não se trata, note-se, de algo arbitrário. Como registra HUMBERTO ÁVILA, o que acontece é que mesmo as normas jurídicas com estrutura de regras podem ser ponderadas e, desde que forma justificada, não serem aplicadas a determinado caso concreto. Sem entrar aqui na discussão de saber se se trata, em tais hipóteses, de “ponderação” da

Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*, São Paulo: Martins Fontes, tradução de Waldéa Barcellos, 2006, p. 85; DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*, tradução de Jefferson Luiz Camargo, São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 428.

47 ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, traduzido por J. Baptista Machado, 8.ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 144.

48 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, tradução de João Baptista Machado, 6.ed., 4. tiragem, São Paulo, Martins Fontes, 2000, p. 390.

49 PERELMAN, Chaim. *Op. cit.*, , p. 239.

regra, ou de delimitação de sua hipótese de incidência, o que importa é que não há “dogmatismo” de qualquer espécie em sua aplicação. No dizer de ÁVILA, há casos em que

a conseqüência estabelecida *prima facie* pela norma pode deixar de ser aplicada em face de razões substanciais consideradas pelo aplicador, mediante condizente fundamentação, como superiores àquelas que justificam a própria regra. Ou se examina a razão que fundamenta a própria regra (*rule's purpose*) para compreender, restringindo ou ampliando, o conteúdo de sentido da hipótese normativa, ou se recorre a outras razões, baseadas em outras normas, para justificar o descumprimento daquela regra (*overruling*).⁵⁰

Desaparecem, com essas observações, todas as premissas em torno das quais se defende o uso da expressão dogmática jurídica para designar a ciência do Direito ou parte dela. E a prática o demonstra. É por isso que mesmo entre pessoas que afirmam estar fazendo um estudo “meramente descritivo” das normas surgem tantas “divergências doutrinárias”. Sobretudo porque a disputa pode estar não apenas na “descrição” de uma determinada norma, mas no juízo de sua compatibilidade com outras normas do ordenamento, sobre cujo sentido também pode se instaurar uma divergência. Daí porque não é rara a afirmação, feita por estudiosos de determinado ramo do direito positivo, de que certas normas são inválidas, por contrariarem dispositivos constitucionais, ou mesmo princípios implícitos no ordenamento. Há até mesmo aquelas que, mesmo sem uma declaração explícita nesse sentido, são ignoradas, como acontece com o prazo prescricional previsto no art. 169 do CTN. Surgem então as disposições que são simplesmente ineficazes, ou que se neutralizam por interpretações *contra legem*, a exemplo do que fez o Superior Tribunal de Justiça com o critério para solução de conflito de competência entre municípios, na cobrança do ISS, previsto no art. 12 do Decreto-lei 406/68.

O estudo do Direito seria menos científico, menos objetivo, menos certo ou menos neutro por isso? Evidentemente não. A cientificidade do estudo do Direito caracteriza-se, precisamente, pelo questionamento. Aliás, não só do estudo do Direito, mas de qualquer objeto. Quanto à objetividade e à neutralidade, já se viu, não são características de nenhuma forma de conhecimento científico. E, como se isso não bastasse, a visão “dogmática”, em qualquer de suas vertentes, nenhuma objetividade ou neutralidade acrescenta ao estudo do Direito.

Merece menção, nesse particular, o registro de THOMAS KUHN. Segundo ele, a excessiva preocupação dos que cuidam das chamadas “ciências sociais” em discutir

50 ÁVILA, Humberto. *Op. cit.*, p. 38/39. MICHEL VILLEY, no mesmo sentido, ensina que as regras “não têm verdade certa, mas apenas *autoridade* bastante relativa e provisória. Nunca poderão gerar um sistema completo e definitivo. Seu destino é precário, ameaçadas que sempre estão de serem questionadas, rediscutidas dialeticamente.” (*Op. cit.*, p. 293)

a respeito da natureza “científica” de sua atividade – preocupação não verificada entre os que cuida de outros ramos do conhecimento, como as “ciências naturais” – nos leva “a suspeitar que está em jogo algo mais fundamental. Provavelmente estão sendo colocadas outras perguntas, como as seguintes: por que minha área de estudos não progride do mesmo modo que a física? Que mudanças de técnica, método ou ideologia fariam com que progredisse?”⁵¹

Paradoxalmente, a solução encontrada para dar ao conhecimento do Direito o *status* de “científico”, a qual consistiria no exame “neutro” e “objetivo” dos fatos (positivismo sociológico), ou, o que foi ainda pior, das normas jurídicas (positivismo normativista), atrasou enormemente o seu progresso. Daí porque, enquanto os demais cientistas, inclusive sociais, “falam dos resultados de suas respectivas ciências, tanto em termos de elaboração teórica quanto de aplicações práticas” – as palavras são de AGOSTINHO RAMALHO MARQUES NETO –

o jurista, ao contrário, sob o peso de uma formação dogmática que não o deixa sequer vislumbrar ciência alguma que constitua o referencial teórico do seu universo específico, limita-se a falar da lei, a procurar interpretá-la, mas raramente a critica em seus próprios pressupostos, pois sua formação mesma o induz a considerar a norma como algo perfeito e acabado, formalmente válido em si mesmo como produto do sistema de poder constituído.⁵²

Foi a ânsia por rotular o conhecimento do Direito como científico, portanto, que mais o distanciou de tudo quanto o caracterizaria como tal, vale dizer, o não-dogmatismo, a crítica e a evolução. Não é demais lembrar que foi a visão de ciência do Direito como mera descrição de leis que atraiu para este ramo do conhecimento a mais contundente crítica à sua cientificidade, feita por KIRCHMANN, segundo o qual, na transcrição feita por MACHADO NETO⁵³, “*Drei berechtigende Worte des Gesetzgebers und ganze Bibliotheken werden zu Makulatur*” (Três palavras retificadoras do legislador e bibliotecas inteiras tornam-se papel de embrulho).

É preciso recordar que entre os animais também há certos padrões de comportamento a serem seguidos, que viabilizam a vida em grupo, mas só o homem, com sua *racionalidade*, teve a capacidade de *aprimorar* esses padrões, aperfeiçoando-os e tornando-os mais complexos e apurados. As “sociedades animais, também elas, souberam inventar regras que não lhes eram dadas e sancioná-las. Mas o homem” – as palavras são de NORBERT ROULAND – “se distingue para sempre do animal

51 KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*, tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira, 9.ed., São Paulo: Perspectiva, 2005, p. 204.

52 *Op. cit.*, p. 214.

53 MACHADO NETO, A. L. *Compêndio de introdução à ciência do Direito*, 5.ed., São Paulo: Saraiva, 1984, p. 15.

pela amplitude do que constrói”.⁵⁴ É esse aprimoramento da disciplina das relações sociais, havido nas sociedades humanas, que conhecemos por Direito.

O Direito tem uma história, sendo inerente a todo e qualquer grupo social, de qualquer época e lugar, desde as comunidades pré-históricas aos esquimós, passando pelas tribos africanas e, também, pelo mundo ocidental contemporâneo. Assim, o Direito precisa ser visto como algo inerente à vida em sociedade, e que por isso mesmo deve ser estudado à luz desta, dos valores que a inspiram e dos problemas sociais que se pretende com ele (tentar) resolver.

A simples aplicação de normas não exaure a tarefa do cientista do Direito, sendo apenas uma técnica, importante mas insuficiente. Merece destaque, neste ponto, a lição de PONTES DE MIRANDA, para quem o mero conhecimento das normas, e das relações lógicas que entre elas se estabelecem, é tão indispensável quanto insuficiente à adequada compreensão do Direito. Faz-se necessário o conhecimento da realidade fática em face da qual foram produzidas as normas, e à qual tais normas serão aplicadas. Para PONTES, um juiz, ou advogado, que não conheça o dado fático (e, acrescentaríamos, os valores à luz dos quais tais fatos são avaliados), mas apenas a técnica de aplicação das normas, não se pode considerar um *jurista*. Em suas palavras, isso seria “...como se o maquinista se considerasse físico ou o criador de animais se dissesse biólogo.”⁵⁵

O Direito *se exprime* através de normas, mas não se limita a elas, não sendo, também por isso, correto afirmar que o seu estudo se limita a descrevê-las como dogmas. As normas jurídicas são muito importantes, o que não quer dizer que sejam o exclusivo objeto das atenções do cientista do Direito, que há de compreendê-las à luz da realidade factual nelas disciplinada, e dos valores que orientam esse disciplinamento. Pode até ocorrer de uma disposição normativa ser afastada, por ser considerada inválida, inaplicável ao caso, ou mesmo flagrantemente injusta, desde que o intérprete que assim proceder forneça razões convincentes para tanto. Isso para não referir a circunstância de que será à luz do caso concreto e de suas peculiaridades que a norma será determinada pelo intérprete, não se podendo falar que ela seja, para ele, *a priori*, um dogma.

54 ROULAND, Norbert. *Nos Confins do Direito*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes. 2003, p. 37.

55 MIRANDA, Pontes de. *Sistema de Ciência Positiva do Direito*, atualizado por Vilson Rodrigues Alves, Campinas: Bookseller, 2000, t. III, p. 371. No mesmo sentido, MICHEL VILLEY afirma que “assim como o operário trabalha com uma máquina sem se preocupar em saber como foi construída, ensinamos segundo as rotinas de um dos diferentes tipos existentes de positivismo jurídico...” (*Filosofia do Direito – Definições e Fins do Direito. Os meios do direito*. tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 12) Isso não quer dizer, contudo, que um estudo científico do direito se resuma ao conhecimento dessas “rotinas de um positivismo jurídico”, e muito menos que uma ou outra dessas forma de conhecimento seja “dogmática”.

2.5. A “DOGMÁTICA JURÍDICA” NÃO É DOGMÁTICA?

Sendo hoje bastante claras as insuficiências do positivismo jurídico, os autores que insistem no emprego da expressão “dogmática jurídica” se vêem obrigados a uma série de esclarecimentos em torno dela.

É o que ocorre com alguns autores que, conquanto tenham (ou pareçam ter) consciência do que procuramos mostrar até agora, e até colaboram na demonstração dessas insuficiências, seguem utilizando o termo dogmática jurídica. Não porque defendam o dogmatismo da ciência, ou se oponham ao que a esse respeito foi dito, mas porque consideram, como RAFAEL HERNÁNDEZ MARÍN, que o termo se justificaria por razões históricas e semânticas. Em suas palavras, “la denominación ‘dogmática jurídica’ tiene una justificación, histórica y semántica, en la que no nos vamos a detener.”⁵⁶

Tal como ALEXY, MARÍN tangencia a análise em torno do termo, talvez por saber que a sua origem histórica não é nobre: reside na chamada escola da exegese hoje considerada tão equivocada e descabida que os teóricos do Direito nem se dão mais ao trabalho de a criticar. Essa origem, aliás, é mencionada por MIGUEL REALE⁵⁷, e por AFTALIÓN VILANOVA e RAFFO. Enquanto o primeiro mantém o uso do termo, por razões que serão examinadas mais adiante, os últimos não lhe poupam críticas precisamente por conta de seu “notable paralelismo com la escuela francesa de a exégesis.”⁵⁸ Também AGOSTINHO RAMALHO MARQUES NETO destaca que a escola da exegese tem acentuado formalismo dogmático, decorrente da “ingênua concepção empirista que considera a norma jurídica como algo *dado*, ignorando o fato de que ela é *construída* para atender condições sociais específicas, intrinsecamente dinâmicas, que não podem ser imobilizadas por qualquer legislação que seja.”⁵⁹

A razão histórica, portanto, recomenda o abandono do termo, e não sua manutenção.

Quanto a uma maior precisão semântica com ele obtida, não se pode negar, como aqui já foi dito, a utilidade de se designar com expressões distintas o estudo do Direito como um todo, sem referência a um ou outro ordenamento específico, do estudo voltado ao Direito de determinada comunidade, ou a parte dele. Daí porque é aparentemente procedente a afirmação de que o termo seria adequado, por permitir essa designação.

56 MARÍN, Rafael Hernández. A – *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, 2.ed., Madrid: Marcial Pons, 2002, p. 18.

57 REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*, 19.ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 416.

58 AFTALIÓN, Enrique R.; VILANOVA, José e RAFFO, Julio. *Introducción al Derecho*, 4.ed., Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2004, p. 243.

59 *Op. cit.*, p. 153.

Entretanto, parece-nos que nem para isso serve a expressão dogmática jurídica que por alguns autores é usada para designar *também* a Teoria Geral do Direito, para diferenciá-la da Filosofia do Direito. A primeira seria o estudo “dogmático” das características comuns a qualquer ordenamento, descritivo, sem a feitura de juízos de valor, enquanto a segunda ocupar-se-ia de estudar os aspectos fundamentais e axiológicos do Direito, por um prisma crítico. Confira-se, a propósito, AFTALIÓN, VILANOVA e RAFFO.⁶⁰

Aliás, a explicação para o uso da expressão dogmática jurídica como forma de designar o estudo do direito positivando o especial como também o geral, é a já apontada relação umbilical entre dogmática e positivismo. E mais: a intenção de certos setores do positivismo jurídico de abolir a Filosofia do Direito, substituindo-a pela Teoria Geral. Considerando que a distinção mais comumente apontada entre Filosofia e Ciência é a generalidade da primeira e a especificidade da segunda (distinção esta que hoje tem seus contornos cada vez menos nítidos), a Teoria Geral do Direito foi uma criação positivista para se acabar com a Filosofia do Direito. ARTHUR KAUFMANN a esse respeito, observa que a Teoria Geral do Direito seria uma “‘emancipación’ de la filosofía”⁶¹, enquanto RAFAEL HERNÁNDEZ MARÍN define a Teoria Geral do Direito como o próprio estudo do Direito “en el plano filosófico.”⁶²

Então dogmática seria a parte da ciência jurídica dedicada ao estudo de um determinado ordenamento, de forma descritiva, ou a parte dedicada aos aspectos comuns a todos os ordenamentos, a serem também meramente descritos? A aparente precisão semântica obtida com a expressão, como se vê, não existe. Isso para não referir a existência de autores, como CANOTILHO, que dão à expressão *dogmática* ainda um outro significado, que é o de disciplina que “procura auxiliar o jurista constitucional” – ele reporta-se especificamente à dogmática constitucional – “fornecendo-lhe esquemas de trabalho, regras técnicas, modos de argumentação e de raciocínio indispensável à ‘solução’ ou ‘decisão’, justa e fundamentada, dos ‘casos’ ou ‘problemas’ jurídicos constitucionais.”⁶³

Daí porque nem por motivos históricos nem por motivos semânticos o termo dogmática jurídica merece constar de obras com as quais supostamente se faz ciência do direito, em qualquer de suas modalidades ou espécies.

Mas há os autores que não fazem essa ampliação do termo dogmática jurídica. Ao que acabamos de afirmar, diriam que se trata de ampliação equivocada do termo, e designariam com ele apenas o estudo de determinado ramo do direito positivo de certa comunidade. E afastam também a idéia de que dogmática induza a

60 AFTALIÓN, Enrique R.; VILANOVA, José e RAFFO, Julio. *Op. cit.*, p. 247.

61 KAUFMANN, Arthur. *Filosofia del Derecho*, tradução de Luis Villar Borda e Ana Maria Montoya, Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2002, p. 49.

62 MARÍN, Rafael Hernández. *Op. cit.*, p. 18.

63 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 6.ed., Coimbra: Almedina, 2002, p. 18.

dogmatismo. É o caso de FERRAZ JR anteriormente referido, que reproduz distinção atribuída a VIEWHEG. Nesse caso, defende-se que seria válido seguir empregando a expressão “dogmática jurídica”, até porque ela

não se exaure na afirmação do dogma estabelecido, mas interpreta sua própria vinculação, ao mostrar que o vinculante sempre exige interpretação, o que é a função da dogmática. De modo paradoxal, podemos dizer, pois, que esta deriva da vinculação a sua própria liberdade. Por exemplo, a Constituição prescreve: ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. O jurista reconhece essa norma como o princípio da legalidade. Prende-se a ele. No entanto, que significa aí *lei*? Como é ele quem vai esclarecer isso, cria-se para o jurista um âmbito de disponibilidade significativa: lei pode ser tomado num sentido restrito, alargado, ilimitado etc.⁶⁴

Parece ser esse também o reconhecimento de JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO para quem falar de dogmática “não é falar de dogmatismo; e isto é despiciendo discutir.”⁶⁵ Curiosamente, é o terceiro autor a tangenciar o tema, que parece deixá-los desconfortáveis. Enquanto ALEXY como já vimos⁶⁶, disse que seria profundo demais para o seu trabalho, e MARIN afirmou simplesmente que não ia se deter no assunto⁶⁷, MIRANDA COUTINHO considerou a discussão *despicienda*. Não obstante, continua ele, não são poucos os que seguem confundindo dogmática com dogmatismo, “com efeitos desastrosos para o Direito.”⁶⁸

Para MIRANDA COUTINHO, a dogmática precisa ser “crítica (do grego *kritiké*, na mesma linha de *kritérion* e *krisis*), para não se aceitar a regra, transformada em objeto, como realidade.”⁶⁹ ARIANI BUENO SUDATTI preconiza a necessidade de se pensar “o discurso da dogmática jurídica a partir de um ponto de vista crítico...”⁷⁰. ARTHUR KAUFMANN do mesmo modo, afirma que a identificação de um setor da ciência do Direito como sendo dogmático

no significa necesariamente que el dogmático del derecho se conduzca sin crítica; pero también allí donde actúa críticamente, por acaso em el examen de una norma legal (cuando, por ejemplo, el Tribunal Federal Constitucional controla rigurosamente la constitucionalidad de disposiciones coactivas), argumenta el dogmático siempre intrasistematicamente (para decirlo otra vez).⁷¹

64 Op. cit., p. 49.

65 Op. cit., p. 225.

66 ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica – A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*, tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva, São Paulo: Landy, 2001, p. 283.

67 Op. cit., p. 18.

68 Op. cit., p. 225.

69 Op. cit., p. 226.

70 SUDATTI, Ariani Bueno. *Dogmática jurídica e ideologia – O discurso ambiental sob as vozes de Mikhail Baktin*, São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 20.

71 Op. cit., p. 48.

KAUFMANN ressalta, em seguida, que tal postura “intra-sistemática” é perfeitamente legítima no âmbito da dogmática, mas “comienza a ser, empero, peligrosa cuando rechaza la manera de pensar no dogmática de la filosofía del derecho orientada transistemáticamente y la califica de innecesaria, ‘puramente teórica’ o sencillamente anticientífica e irracional.”⁷²

MIGUEL REALE, aliás, há bastante tempo já se colocava a questão da pertinência do nome, de seus problemas, e do seu sentido “verdadeiro”. São suas palavras:

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...⁷³

Ora, por que é “errôneo” tomar a palavra dogma como imposição? Não é isso que ela designa? Qual outro sentido teriam então as expressões dogma e dogmática além daquele sugerido por sua “aparência verbal”?

Com todo o respeito, devemos lembrar, ao julgar a lição de REALE, que a origem da expressão dogmática jurídica reside exatamente no afastamento da discussão em torno das “verdades jurídicas”, como se se tratasse de “regras absolutas e infalíveis”. Basta conferir alguns outros autores que a utilizam, e afirmam que o jurista deve descrever normas tal como o teólogo, sem “ousar” colocá-las em discussão. GARCÍA MÁYNEZ, como já vimos, compara o jurista ao teólogo, afirmando que assim como o teólogo

72 KAUFMANN, Arthur. A – *Filosofia del Derecho*, tradução de Luis Villar Borda e Ana Maria Montoya, Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2002, p. 48. Também ATIENZA reconhece que o jurista, não obstante dogmático, “contribuye de diversas formas a moldear el material normativo que constituye, al mismo tiempo, su material de estudio.” (ATIENZA, Manuel. *Contribución a una teoría de la legislación*, Madrid: Civitas, 1997, p. 19) ROBERT ALEXY, por igual, não reserva ao “dogmático” apenas a descrição de normas. Para ele, a ciência jurídica dogmática “é uma mistura de ao menos três atividades: (1) aquela de descrever a lei em vigor, (2) aquela de sujeitá-la a uma análise conceitual e sistemática e (3) aquela de elaborar propostas sobre a solução própria do problema jurídico. Como fica claro a partir disso, a dogmática jurídica é uma ‘disciplina multidimensional’.” (*Teoria da Argumentação Jurídica – A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*, tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva, São Paulo: Landy, 2001, p. 241)

73 REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, 10.ed., São Paulo: Saraiva, 1983, p. 320.

se funda en dogmas que estima revelados por Dios y reputa indiscutibles, el jurista, cuando procede estrictamente como tal, vuelve los ojos a las leyes e instituciones de un ordenamiento determinado y se limita a clasificarlas y sistematizarlas, mas no emite juicios de valor acerca de su contenido ni se atreve a poner en duda su obligatoriedad.⁷⁴

Os “reparos” feitos posteriormente pelos que insistiram e insistem na defesa de uma “dogmática jurídica” terminaram, aos poucos e gradativamente, por descaracterizá-la enquanto tal. O próprio REALE, aliás, afirma que as regras jurídicas são dogmas “porquanto não podem ser contestadas na sua existência, se forem válidas”, e que “pode haver discussões quanto ao seu alcance e eficácia.”⁷⁵ Mesmo se ficarmos apenas nas ressalvas por ele admitidas (relativas à validade, ao alcance e à eficácia da norma), que não são as únicas possíveis, teremos aberto porta enorme para que se emitam juízos de valor a respeito do conteúdo da norma e haja atrevimento para se colocar em dúvida a sua obrigatoriedade.

Tudo isso mostra que mesmo os que mantêm o uso da expressão dogmática jurídica, ou ciência dogmática, reconhecem que a mesma não é dogmática. Por que, então, insistir em sua utilização, que obriga a todo um esforço esclarecedor (e “paradoxal”, como reconhece FERRAZ JR.), para afastar a “aparência verbal” do termo?

MIRANDA COUTINHO escreve um longo texto só para afirmar – em termos muito semelhantes aos de REALE, que, não obstante, não é referido – que dogmática não se confunde com dogmatismo, e que são desastrosos os efeitos dessa confusão para o Direito. Não seria mais fácil evitar a confusão com a simples substituição da palavra? Até porque algo que é conhecido por dogmático só pode mesmo ter o caráter do dogmatismo, a menos que se queira dizer que, para a ciência jurídica, por razões assaz misteriosas, a palavra dogmática tem sentido *oposto* ao que tem em todos os demais âmbitos em que a linguagem verbal é empregada. Nesse caso, o jurista deverá a cada passo redefini-la, como a dizer que, para o discurso jurídico, o quadrado na verdade é uma esfera.

A comparação geométrica é adequada. O que os atuais teóricos do Direito fazem, para defender o uso da expressão dogmática jurídica, é algo como a postura de um geômetra que falasse em quadrado, mas afirmasse que o quadrado que está a referir é peculiar, e não tem as características que a “aparência verbal” em um primeiro momento sugere: seria em verdade uma superfície plana limitada por uma linha curva cujos pontos são equidistantes de um ponto fixo situado em seu o centro. A definição do círculo para designar um quadrado, o que só gera confusão, pois, como bem observa MARQUES NETO, é absurdo definir a Ciência do Direito

74 MÁYNEZ, Eduardo García. *Introducción al Estudio del Derecho*, 53.ed., reimpressão, México/DF: Porrúa, 2002, p. 125.

75 REALE, Miguel. *Lições preliminares...*, p. 321.

“como uma *ciência dogmática*, sem atentar para a profunda contradição em que tal expressão implica ao reunir dois termos irreduzivelmente antagônicos.”⁷⁶

É o caso de MIRANDA COUTINHO, que chega a falar em uma “dogmática crítica”, e parece, com isso, destinatário da observação por ele próprio feita, de que “encastelados em um saber marcado pelo *sensu comum teórico*, na feliz expressão do WARAT, impressiona a imensa dificuldade de se romper com o erro. Falta, como parece sintomático, humildade. Sabe-se sobre o erro, não raro grosseiro, mas se persiste nele sem razão, por pura força do inconsciente, numa luta que pelo sintoma faz-se ver como interna, mas que se projeta para fora, sustentando – e às vezes eternizando – o sofrimento.”⁷⁷

Encastelados hoje no “senso comum” de que o Direito seria dogmático, os que se ocupam da ciência jurídica sabem do erro (talvez grosseiro) em que incorrem, tanto que cogitam de “dogmática crítica”, ou dão mil justificativas e explicações para o uso da palavra “dogmática”. Mas têm imensa dificuldade em romper com ele. Falta, ao que parece, humildade, para retificar o uso da expressão, reconhecendo o enorme equívoco que é o seu emprego.

O argumento de que o termo se encontra consolidado, e de que sua ligação com o dogmatismo é apenas histórica (e não atual), não justifica que se siga com o seu emprego.

Quanto à consolidação, ela, em si mesma, não pode ser motivo para que não se façam alterações no âmbito da ciência. Do contrário, consolidado que a geração espontânea fazia brotar ratos em pães umedecidos com leite e guardados em um quarto escuro, não se poderia jamais mudar o curso da biologia. Da mesma forma, consolidado o geocentrismo, o heliocentrismo não teria lugar. Por outro lado, o termo não está assim tão consolidado, e não há consenso quanto à sua significação. Tanto que tem justificado a elaboração de textos destinados apenas a demonstrar que a dogmática não enseja o dogmatismo, devendo ser crítica, o que só mostra que a consolidação, se há, precisa ser urgentemente revista.

Quanto à ligação meramente histórica, e não relevante para determinar o sentido da expressão hoje, o testemunho de MIRANDA COUTINHO poderia ser suficiente para demonstrar o contrário. Não são poucos – diz ele – os que confundem dogmática com dogmatismo, com conseqüências desastrosas para o Direito? REALE, muito antes, não já dizia, também, que “levados pela aparência verbal”, muitos pensam que “essa pesquisa implicaria a aceitação, sem discussão,

76 *Op. cit.*, p. 181.

77 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. “Dogmática crítica e limites lingüísticos da lei”, em *Diálogos Constitucionais (Direito, Neoliberalismo e Desenvolvimento em Países Periféricos)*, orgs. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda e LIMA, Martônio Mont’Alverne Barreto, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 225/226.

das verdades jurídicas como se tratasse de regras absolutas e infalíveis”⁷⁸, pois se toma “erroneamente a palavra ‘dogma’ como uma imposição à inteligência e uma violação aos valores da consciência”⁷⁹?

Por que será que essa confusão acontece? Será porque ser dogmático realmente implica – a linguagem está a dizer – em dogmatismo? É evidente que sim. É errôneo, portanto, tomar a palavra “dogma” como uma “imposição à inteligência”? Não. O errôneo é utilizar a palavra “dogma”, algo incompatível com a natureza do Direito, e do conhecimento científico que se pretende ter dele.

Mesmo a postura mais equilibrada de KAUFMANN que ressalta a impossibilidade – e o perigo – de uma visão dogmática do direito no campo da filosofia, não nos parece correta, pois não é possível traçar uma separação estanque entre o estudo interno, ou intra-sistemático, de um estudo externo ou extra-sistemático do Direito. Tais instâncias se comunicam, e até mesmo a idéia de sistema jurídico atualmente adotada é a de um sistema aberto. Como ressalta CANARIS

isto vale tanto para o sistema de proposições doutrinárias ou ‘sistema científico’, como para o próprio sistema da ordem jurídica, o ‘sistema objetivo’. A propósito do primeiro, a abertura significa a incompletude do conhecimento científico, e a propósito do último, a mutabilidade dos valores jurídicos fundamentais.⁸⁰

Mesmo o estudo intra-sistemático não é fechado, não merecendo o equivocado e indevido batismo de “dogmático”, que não tem nenhuma razão para continuar sendo empregado, mas reúne muitas para deixar de sê-lo. Afinal, se mesmo os que ainda utilizam a expressão explicam que tratam, paradoxalmente, de uma “ciência dogmática não dogmática”, por que, então, não excluir o termo, inteiramente desnecessário?

2.7. TERMINOLOGIA ADEQUADA E SUAS RAZÕES

Se o que o autor de um estudo pretende fazer é *ciência*, deve usar essa expressão, e não algo relacionado ao dogma, que lhe é antônimo. E deve estar em dia em torno do que se está a dizer do conhecimento científico, no campo da epistemologia.

É preciso reconhecer, nesse ponto, que realmente têm razão os que procuram um termo para diferenciar um estudo voltado para o direito positivo vigente em determinada comunidade, ou parte dele, de um estudo feito em face

78 REALE, Miguel. *Lições...*, p. 320.

79 REALE, Miguel. *Lições...*, p. 320.

80 CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2.ed., tradução de A. Menezes Cordeiro, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996, p. 281.

de aspectos gerais do Direito, pertinentes a qualquer ordenamento. A precisão da linguagem é sempre muito importante quando se faz ciência, e dizer-se que nos dois casos se faz simplesmente “ciência do direito”, sem qualquer distinção, poderia gerar incompreensões.⁸¹

Entretanto, é essa mesma precisão de linguagem, exigida quando se faz ciência, que nos impele a examinar se, para traçar a diferença entre as duas formas de estudo do direito anteriormente apontadas, é correto dizer-se que uma delas, a voltada para um determinado direito positivo, ou para uma parte dele, é dogmática. Afinal, também essa palavra não seria sem significado, ou, o que é pior, não teria um outro significado – constante e relativamente preciso – talvez antagônico ao da palavra ciência?

Não se nega a necessidade de se empregar expressão que diferencie um estudo geral do Direito, não focado em um ordenamento jurídico (e a uma realidade social subjacente) em particular, de um lado, de um estudo específico, que tenha como objeto um ordenamento ou uma parcela de um ordenamento determinado, e a realidade social e axiológica a ele subjacente, de outro. O que não é necessário é dizer-se que esta última espécie de ciência seria, paradoxalmente, “dogmática”, ainda que se trate de um exame com propósitos mais imediatos e pragmáticos das normas em vigor.

Da abordagem geral do Direito, voltada para aspectos comuns ou gerais a vários ordenamentos, e às várias realidades sociais e axiológicas a eles subjacentes, pode-se dizer simplesmente que se trata de *Ciência do Direito, Teoria do Direito*. O qualificativo “Geral”, ainda presente em muitos manuais, talvez seja desnecessário, pois, logicamente, a especificidade é que deve ser explicitamente referida, se for o caso.

Dependendo do enfoque utilizado, se mais especulativo e universalizante, pode-se usar a expressão Filosofia do Direito, sendo certo, aliás, que está cada vez menos nítida, em todas as searas do conhecimento, a fronteira entre ciência e filosofia, pois, como observa BERTRAND RUSSEL⁸², ambas se caracterizam pela refutação, pelo inconformismo diante do argumento místico ou de autoridade, em

81 Como observa PONTES DE MIRANDA, em ciência, “se empregamos palavras que não têm sentido (e vale o mesmo terem mais de um), erramos de começo. Não saberemos, no momento de dificuldade, ao tratarmos dos problemas, de que é que estávamos ou estamos a falar.” (*Comentários à Constituição de 1967*, São Paulo: RT, 1967, v. 1., p. 55). MICHEL VILLEY, no mesmo sentido, registra que “o rigor de uma ciência (inclusive o de uma ciência do direito) consiste precisamente em escapar a esta flutuação da linguagem e assegurar a cada termo um significado constante e relativamente preciso.” (*Filosofia do Direito – Definições e Fins do Direito. Os meios do direito*, tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 10).

82 RUSSEL, Bertrand. *História do Pensamento Ocidental*. 4.ed., tradução de Laura Alves e Aurélio Rebello, Rio de Janeiro: Ediouro, 2001, p. 11/12.

busca do conhecimento.

Já o trato de determinado ordenamento jurídico, ou de determinada parcela de um ordenamento jurídico (e, não custa insistir, de forma indissociável, também dos fatos e valores a eles subjacentes), deve-se intitular também de Ciência do Direito, ou Teoria do Direito, mas com a referência a qual Direito, ou parte dele, está sendo examinada (Teoria do Direito Administrativo Brasileiro, Ciência do Direito Tributário Argentino, Ciência do Direito Penal Espanhol etc.)

Mesmo dentro desse exame de um ordenamento jurídico específico, ou de parte dele, pode surgir a necessidade de diferenciar afirmações a respeito de como ele efetivamente *é*, e de como *deveria ser*. Essa necessidade, contudo, não nos autoriza a classificar a primeira espécie de afirmações como sendo “dogmáticas”, porque isso elas seguramente não são.

Se não há dúvida de que determinada conduta é tratada de maneira “x” pelo direito positivo, e assim deve ser considerada, mas, para os estudiosos do Direito, *deveria* ser tratada de maneira “y”, não é apropriado dizer-se que o tratamento “x” seria imposto pela “dogmática”, enquanto o “y” seria recomendável em um plano “filosófico” ou “zetético”. Não. A rigor, é a ciência que dá ao estudioso os elementos para considerar que “x” é a conduta prescrita pelo direito positivo, mas que “y” seria a conduta mais recomendável. É a ciência que lhe dá meios para buscar a correção do Direito positivo, seja pela via da interpretação, seja pela da reforma legislativa, quando pela primeira forma isso não seja possível. As normas são apenas o aspecto *técnico* pelo qual o Direito se exprime, e a ciência não apenas as descreve e compreende, mas também as aperfeiçoa. É o mesmo que acontece quando a química e a biologia dão ao cientista conhecimentos que lhe possibilitam ministrar de forma mais eficaz um medicamento já existente, ou aperfeiçoar esse medicamento alterando-lhe a fórmula; ou quando a engenharia mecânica dá ao seu estudioso meios de aperfeiçoar mecanismo preexistente, e também para elaborar um outro, novo e melhor.

Em suma, no exemplo citado, deve-se dizer que, à luz do direito positivo, a solução prevista é “x”, mas que, por razões “a” ou “b”, essa solução deveria ser “y”. Se as razões que justificam a solução “y” não impõem a invalidade da solução “x”, ou não são suficientes a que ela seja alterada no plano interpretativo, deve-se buscar uma alteração do direito positivo. Em qualquer caso, porém, é a mesma *ciência* do direito que indica ao estudioso que a solução *é* “x”, mas *deveria ser* “y”.

Isso mostra não ser apropriado dizer-se que, não obstante o fenômeno jurídico seja tridimensional (fato, valor e norma), a ciência jurídica ocupar-se-ia da norma, a sociologia jurídica do fato e a filosofia do direito do valor. Não. As ciências não se diferenciam por seu objeto, necessariamente, mas sim pela abordagem que fazem dele. Um mesmo objeto pode ser examinado à luz da medicina, da psicologia,

da sociologia, da ciência atuarial etc. Assim, ensina MARQUES NETO, “à ciência do Direito compete o estudo de *todos* esses fatores (fato, valor e norma), considerados em sua n-dimensionalidade.”⁸³

Essa é a lição de ARNALDO VASCONCELOS⁸⁴, para quem não há como destacar um desses aspectos de forma autônoma e independente. Quando muito essa separação pode ocorrer de modo didático, e ainda assim levará a um estudo parcial e insuficiente. Mesmo o sociólogo, o filósofo ou o jurista não conseguem enxergar o fenômeno apenas em uma de suas dimensões.

Basta pensarmos um pouco no trabalho desempenhado pelo advogado, pelo juiz, pelo professor de Direito, para vermos que nenhum deles se ocupa apenas de normas. As normas não têm sentido se divorciada dos fatos por elas regulados, e dos valores que a eles o homem atribui. O Direito é composto dessas três dimensões, e as várias ciências (sociologia, psicologia, ciência do direito em sentido estrito, etc.) que dele se ocupam vêm essa realidade com óticas diferentes, sob perspectivas distintas, mas sempre em sua tridimensionalidade. Daí porque não se pode dizer que, por serem as normas tidas como “dogmas”, a ciência do direito seria “dogmática”. Talvez essa expressão siga sendo utilizada porque é considerada pomposa, dando maior imponência àquele que diz dela se ocupar.

CONCLUSÕES

Em razão do que foi visto ao longo deste artigo, podemos concluir, em síntese, que a expressão dogmática jurídica, no vocabulário jurídico-científico, geralmente designa o ramo da ciência jurídica que se ocupa de um conjunto de normas jurídicas vigentes em determinada comunidade. O cunho dogmático de tal conhecimento decorreria do fato de que as normas não poderiam ser discutidas, nem seriam aceitáveis soluções delas não originadas. Tratar-se-ia do conhecimento em torno do direito que *é*, e não daquele que *deveria ser*.

O conhecimento científico, contudo, é atualmente definido por exclusão. É científico, basicamente, o conhecimento que não é dogmático, pelo que talvez seja adequado, pelo menos, reavaliar o uso da expressão *dogmática jurídica*, especialmente usada como sinônimo de *ciência do direito*.

As insuficiências (ou mesmo a impossibilidade factual) de uma visão dogmática do direito têm levado teóricos contemporâneos a defender a manutenção do uso dessa expressão, mas com inúmeras ressalvas e complementos. Chega-se a falar em dogmática crítica, o que é inteiramente paradoxal. Mais adequado para

83 *Op. cit.*, p. 190.

84 VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da Norma Jurídica*, 5.ed, São Paulo: Malheiros, 2000, p. 17.

evitar tal confusão, e para afastar o dogmatismo do âmbito do Direito, parece ser *deixar de se fazer referência ao estudo do Direito, em qualquer de suas vertentes ou modalidades, como sendo dogmático*. O Direito pode ser estudado por diversos prismas ou abordagens, não tendo nenhum deles caráter dogmático.

Se se quer diferenciar o estudo de determinado ramo do direito positivo, de um estudo geral, pode-se simplesmente falar em *ciência do direito penal espanhol, ou teoria do direito civil brasileiro*, para designar esse estudo do direito positivo, em oposição à *teoria do direito, ou à ciência do direito, e à filosofia do direito*, para identificar estudo geral. Em qualquer caso, a expressão dogmática mais confunde que esclarece, sendo de todo recomendável o seu abandono.

REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. A – Ética e retórica – Para uma teoria da dogmática jurídica, 2.ed., São Paulo: Saraiva, 2006.
- AFTALIÓN, Enrique R.; VILANOVA, José e RAFFO, Julio. Introducción al Derecho, 4.ed., Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2004.
- ALEXY, Robert. A Theory of Legal Argumentation – The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification, tradução de Ruth Adler e Neil MacCormick, Oxford: Clarendon Press, 1989.
- _____. Teoria da Argumentação Jurídica – A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica, tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva, São Paulo: Landy, 2001.
- ATIENZA, Manuel. Contribución a una teoría de la legislación, Madrid: Civitas, 1997.
- ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios, 4.ed., São Paulo: Malheiros, 2004.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. 2.ed., tradução de A. Menezes Cordeiro, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 6.ed., Coimbra: Almedina, 2002.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. “Dogmática crítica e limites lingüísticos da lei”, em Diálogos Constitucionais (Direito, Neoliberalismo e Desenvolvimento em Países Periféricos), orgs. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda e LIMA, Martônio Mont’Alverne Barreto, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- DWORKIN, Ronald. O Império do Direito, tradução de Jefferson Luiz Camargo, São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- ENGISCH, Karl. Introdução ao pensamento jurídico, traduzido por J. Baptista Machado, 8.ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- FERRAZ JR. Tercio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, decisão, dominação, 3.ed., São Paulo: Atlas, 2001.
- HESSSEN, Johannes. Teoria do Conhecimento. 7.ed., Tradução de Antonio Correia, Coimbra: Armênio Amado, 1978.
- HOUAISS, Antônio e VILLAR, Mauro Salles. Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa,

Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

JAPIASSU, Hilton Ferreira. Introdução ao pensamento epistemológico, Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1977.

KANTOROWICZ, Germán. La lucha por la ciencia del Derecho, apud AFTALIÓN, Enrique R.; OLANO, Fernando García e VILANOVA, José. Introducción al derecho, 6.ed., Buenos Aires: El Ateneo, 1960.

KAUFMANN, Arthur. Filosofia del Derecho, tradução de Luis Villar Borda e Ana Maria Montoya, Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2002.

KELSEN, Hans. Teoria Geral das Normas, tradução de José Florentino Duarte, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1986.

_____. Teoria Pura do Direito, tradução de João Baptista Machado, 6.ed., 4. tiragem, São Paulo, Martins Fontes, 2000.

KUHN, Thomas S. A estrutura das revoluções científicas, tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira, 9.ed., São Paulo: Perspectiva, 2005.

LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito, 3.ed., tradução de José Lamego, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

MACCORMICK, Neil. Argumentação jurídica e teoria do direito, São Paulo: Martins Fontes, tradução de Waldéa Barcellos, 2006.

MACHADO NETO, A. L. Compêndio de introdução à ciência do Direito, 5.ed., São Paulo: Saraiva, 1984.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Por que dogmática jurídica. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MARÍN, Rafael Hernández. A – Introducción a la teoría de la norma jurídica, 2.ed., Madrid: Marcial Pons, 2002.

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

MÁYNEZ, Eduardo García. Introducción al Estudio del Derecho, 53.ed., reimpressão, México/DF: Porrúa, 2002.

MIRANDA, Pontes de. Comentários à Constituição de 1967, São Paulo: RT, 1967, v. 1.

_____. Sistema de Ciência Positiva do Direito, atualizado por Wilson Rodrigues Alves, Campinas: Bookseller, 2000, t. III.

PERELMAN, Chaïm. Lógica jurídica, tradução de Vergínia K. Pupi, 1.ed., 3.^a tiragem, São Paulo: Martins Fontes, 2000.

POPPER, Karl. A lógica da pesquisa científica, 12. ed., tradução de Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota, São Paulo: Cultrix, 2006.

_____. A vida é aprendizagem – Epistemologia evolutiva e sociedade aberta, tradução de Paula Taipas, São Paulo: Edições 70, 2001.

REALE, Miguel. Filosofia do Direito, 19.ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. Lições preliminares de direito, 10.ed., São Paulo: Saraiva, 1983.

ROULAND, Norbert. Nos Confins do Direito. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes. 2003.

RUSSEL, Bertrand. História do Pensamento Ocidental. 4.ed., tradução de Laura Alves e Aurélio Rebello, Rio de Janeiro: Ediouro, 2001.

SCHNEIDER, Theodor. (org.). Manual de dogmática, 2.ed., Petrópolis: Vozes, 2002, vols. 1 e 2.

SOUZA, Daniel Coelho de. Introdução à ciência do direito, 3.ed., São Paulo: Saraiva, 1980.

SUDATTI, Ariani Bueno. Dogmática jurídica e ideologia – O discurso ambiental sob as vozes de Mikhail Bakhtin, São Paulo: Quartier Latin, 2007.

VASCONCELOS, Arnaldo. Direito e Força – Uma Visão Pluridimensional da Coação Jurídica, São Paulo: Dialética, 2001.

_____. Teoria da Norma Jurídica, 5.ed, São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. Teoria Pura do Direito – Repasse Crítico de seus Principais Fundamentos, Forense, 2004.

VILLEY, Michel. Filosofia do Direito – Definições e Fins do Direito. Os meios do direito. tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

