

XIX

A DOGMÁTICA JURÍDICA E SUA UTILIDADE E CONVENIÊNCIA METODOLÓGICAS NA ATUALIDADE : Subsídios de Tercio Sampaio Ferraz Junior

Márcio José Cordeiro Fahel

Mestre em Direito Público. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Estadual de Santa Cruz. Promotor de Justiça na Bahia. Email: mc-fahel@yahoo.com.br

Recebido em 08.03.2013

Aprovado em 20.05.2013

RESUMO: O artigo trata da dogmática jurídica, enquanto linha de pesquisa jurídica teórica. O propósito é refletir sobre o enfoque dogmático e apresentar um esboço que permita a convicção de sua utilidade e conveniência como linha metodológica de pesquisa jurídica na atualidade. Para tanto, tratar-se-á do direito como dogma, da historicidade do direito, das relações entre dogmática com zetética, do positivismo jurídico e, ainda, da decidibilidade como problema fundamental da pesquisa dogmática. Ao final, apresentam-se conclusões objetivas, que reforçam o propósito apresentado.

Palavras-chave: Metodologia jurídica. Dogmática. Pesquisa jurídica.

ABSTRACT: The article deals with the legal dogmatic, while theoretical line legal research. The purpose is to reflect on the dogmatic approach and present an outline that allows the conviction of its usefulness and convenience as online legal research methodology today. To do so, it will treat the law as dogma, the historicity of law, relations between dogmatic with zetética, legal positivism, and also the decidability problem as fundamental research dogmatic. Finally, we present objective conclusions that reinforce the stated purpose.

Keywords: Methodology legal. Dogmatic. Legal research.

SUMÁRIO: 1. Introdução - O direito como dogma - Dogmática, zetética e metodologia 4 O positivismo jurídico 5. De volta à metodologia dogmática 6 A decidibilidade de conflitos como problemática fundamental da pesquisa dogmática 7. Conclusões - 8. Notas de referência

1. Introdução

A presente exposição trata da dogmática jurídica, enquanto linha de pesquisa jurídica teórica. Isso quer dizer que o objeto a ser apresentado une direito e metodologia, ou seja, mais precisamente, metodologia da pesquisa jurídica.

O direito é um fenômeno complexo e sua estruturação, mutação e interpretação reflete uma série de variáveis, notadamente, sociais e econômicas. Não há como estudá-lo e concebê-lo, ainda que num cenário abstrato e atemporal, sob único viés de abordagem, mas, antes pelo contrário, faz-se indispensável reconhecer as múltiplas facetas de sua ambiência, ou como diz Tércio¹:

Em parte, o que chamamos vulgarmente de direito atua, pois, como um reconhecimento de ideias que muitas vezes representam o oposto da conduta social real. O direito aparece, porém, para o vulgo, como um complicado mundo de contradições e coerências, pois, em seu nome tanto se vêem respaldadas as crenças em uma sociedade ordenada, quanto se agitam a revolução e a desordem. O direito contém, ao mesmo tempo, as filosofias da obediência e da revolta, servindo para expressar e produzir a aceitação do *status quo*, da situação existente, mas aparecendo também como sustentação moral da indignação e da rebelião.

Ainda que se altere o discurso de abstrato para uma perspectiva concreta e se fixe um elemento geográfico e temporal, notar-se-á que o direito pode conciliar, por exemplo, em certo nível, uma concepção absolutista e, ao mesmo tempo liberal, ou positivista e, concomitantemente, jusnaturalista, o que é explicado por Bobbio²:

¹ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo, Atlas, 2003, p. 32.

² BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Ícone Editora. São Paulo, 1995, p 42-43.

A função sub-rogação do direito natural, no caso das lacunas do direito positivo, é uma concepção tão difundida entre os escritores do século XVII que podemos verdadeiramente considera-lo uma *communis opinio*.

Se a historicidade do direito é um fato e se sua construção, mutabilidade e interpretação constituem matéria de estudo para os juristas, também certo que esses adotam linhas metodológicas também diversas de pesquisa ou diferentes enfoques teóricos para melhor compreendê-lo. O predomínio de uma linha ou mesmo o rigor de qualquer delas constituem opções ou simples reprodução irrefletida de um contexto em que o jurista se vê envolvido.

O propósito, aqui, é refletir sobre o enfoque dogmático e, para tanto, apresentar um esboço que permita a convicção de sua utilidade e conveniência como linha metodológica de pesquisa jurídica na atualidade, ainda que, ao mesmo tempo, não se descartem outros enfoques ou sua miscigenação. Para tanto, será necessário tratar do direito como dogma, da historicidade do direito, comparar dogmática com zetética, tratar do positivismo jurídico e, ainda, da decidibilidade como problema fundamental da pesquisa dogmática.

2. O direito como dogma

O estudo da historicidade do direito revela que, principalmente, a partir da Idade Média, é possível verificá-lo mais acentuadamente sob o aspecto dogmático e, até mesmo, sagrado³. Isso significa que sua compreensão decorria em torno da construção de mitos, fundados numa estrutura de influências religiosa e política, em que a Igreja e o poder real convergiam para a noção de soberania divina, aqui significando, inclusive, princípio centralizador de todas as ideias e valores.⁴

Tércio esclarece⁵:

O sistema do direito centrado no soberano vê o poder como relação direta soberano/súdito, num sentido bastante concreto, baseado no mecanismo de apossamento da terra. É verdade que a soberania, enquanto direito fundante

³ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo, Atlas, 2003, p. 61-64.

⁴ Ver MONTORO, André Franco. p. 585.

⁵ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo, Atlas, 2003, p. 65.

na ordem jurídica, era limitada pela idéia de soberania divina, ou seja, de um poder político que encontra sua fonte e seu limite em Deus. A *potestas* deriva-se dessa suprema *auctoritas*, interpretada conforme o ensinamento da Igreja que, por isso mesmo, atuou, na prática, como uma limitadora do poder político. De qualquer modo, porém, a concepção jurídica do poder, ensaiada pelos juristas medievais por meio de suas técnicas dogmáticas e fundada na noção de soberania, foi uma visão circular e eminentemente ética, no sentido de que o respeito à lei devia ser algo primário nas relações de governo: os objetivos do poder são o bem comum, o bem comum é a obediência às leis que o poder prescreve.

Com o Renascimento, o direito perde, gradativamente, seu caráter sagrado e essa dessacralização significará a denominada tecnização do conhecimento jurídico e, naturalmente, o esvaziamento de seu caráter ético, cultuado e valorizado na Idade Média⁶. Assim, a tecnização não deixa de ser uma evolução do direito como dogma.⁷

Entre os séculos XVI e XVIII, o direito torna-se cada vez mais traduzido para a língua escrita, seja pelo crescimento quantitativo das normas oriundas do poder constituído, seja pela redação oficial no processo de conversão das regras costumeiras⁸.

A teoria da divisão dos poderes, nessa cronologia, garantiria uma progressiva separação entre política e direito, que permite a difusão do entendimento da influência política no Executivo, sua total aceitação no Legislativo, mas a neutralização dessa concepção perante o Judiciário⁹:

De fato, a neutralização política do Judiciário significará a canalização da produção do direito para o endereço legislativo, donde o lugar privilegiado ocupado pela lei como fonte do direito. A concepção da lei como principal fonte do direito chamará a atenção para a possibilidade de o direito mudar toda vez que mudar a legislação. Destarte, em comparação com o passado, o direito deixa de ser um ponto de vista em nome do qual mudanças e transformações são rechaçadas. Em todos os tempos, o direito sempre fora percebido como algo estável face às mudanças do mundo, fosse o fundamento dessa estabilidade a tradição, como para os romanos, a revelação divina, na Idade Média, ou a razão na Era Moderna. Para a consciência social do século XIX, a mutabilidade do direito passa a ser a usual: a idéia de que, em princípio, todo direito muda torna-se a regra, e que algum direito não muda, a exceção. Essa verdadeira institucionalização da

⁶ Ibid, p. 65.

⁷ MONTORO, André F. p.108.

⁸ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo, Atlas, 2003, p. 72.

⁹ Ibid, p. 73-74.

mutabilidade do direito na cultura de então corresponderá ao chamado fenômeno da positivação do direito.

Nesse contexto, o direito foi se reduzindo ao corporificado em lei, o que resultou no chamado legalismo, produto de exigências política e econômica¹⁰. Com a Revolução Francesa, o direito torna-se uma criação ab ovo¹¹. Naturalmente, essa percepção da mutabilidade provocou perplexidade e questionamentos, mas havia uma resposta: a historicidade do direito. Assim, se o direito muda, tal fato não invalida a qualidade científica de seu conhecimento, pois ele muda, historicamente¹².

A Escola Histórica do direito abre espaço para o surgimento do denominado “direito dos professores”, e a influência das Faculdades de Direito e de seus mestres. Nasce a expressão Ciência do Direito¹³:

Em resumo, aquilo que a razão representou para os jusnaturalistas passou a ser substituído pelo fenômeno histórico. Surgiu, assim, dessa exigência de uma fundamentação da mutabilidade do direito, a moderna Dogmática. No início, isso significou uma síntese do material romano com a sistemática lógica do jusnaturalismo. Tal vinculação do historicismo com uma teoria prática do direito custou à ciência do direito, no sentido de uma metodologia histórica, uma falta de rigor que, no entanto, foi compensada pelo enorme desenvolvimento e pelo sucesso das construções dogmáticas desde então.

A atuação do jurista revela, então, seu acentuado dogmatismo, voltado para a teorização e sistematização do direito, que resulta, ao final do século XIX, para o positivismo legal, reduzindo-se o pensamento jurídico ao estudo da lei posta e ao estatuto normativo estatal. Esse itinerário implica um modo de pensar o direito e que se converteu no que hoje se denomina de Ciência Dogmática do Direito¹⁴.

Ainda segundo Tércio¹⁵, esse pensamento dogmático do direito revela um sistema fechado, acabado, pronto e sem lacunas. Essa concepção, todavia, apresenta outra

¹⁰ Ibid, p. 74.

¹¹ Ibid, p. 75.

¹² Ibid, p. 76.

¹³ MACHADO NETO, Antonio L. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1969, pS 38-39.

¹⁴ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo, Atlas, 2003, ps. 78-79.

¹⁵ Ibid, p. 78-80.

característica, oriunda da tradição dos séculos XVI a XVIII, que consiste na ideia de sistema como um método e, mais precisamente, de “instrumento metódico do pensamento dogmático do direito”¹⁶.

As normas, conceitos e regras passam a constituir o material da ciência dogmática, que se converte em produto abstrato de grau intenso, gerando certa independência e liberdade para manipular o direito, ou seja, mobilidade para dizer o que seja, numa situação concreta, o direito, isto é, tudo aquilo que é direito passa a ser determinado a partir de suas próprias construções.¹⁷

Do risco, adverte Tércio¹⁸:

(...) De outro lado, porém, paga-se um preço por isso: o risco de um distanciamento progressivo da realidade, pois a ciência dogmática, sendo abstração de abstração, vai preocupar-se de modo cada vez mais preponderante com a função de suas próprias classificações, com a natureza jurídica de seus próprios conceitos etc.

Na atualidade, observa-se que a ciência dogmática do direito, ao sistematizar e interpretar, é propícia a reproduzir um papel conservador das regras postas pelo Estado (nas suas funções de repressão e, também, de proteção), de modo a privilegiar, não raramente, as questões jurídicas formais, ou nas palavras de Tércio¹⁹:

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 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.

Para Kelsen, distinguir direito e moral, direito e justiça, significa que quando uma ordem jurídica é valorada como imoral ou injusta, isto decorre de uma relação entre a

¹⁶ Ibid, p. 80.

¹⁷ ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do Direito**: uma crítica 1ª verdade na ética e na ciência (através de um exame da ontologias de Nicolai Hartmann. 2. Ed. São Paulo:Saraiva, 2002, p.16.

¹⁸ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo, Atlas, 2003, p. 81.

¹⁹ Ibid, p. 82.

ordem jurídica e um dos vários sistemas de moral, o que produz um juízo relativo, de modo que a validade de uma ordem jurídica positiva não pode ser avaliada a partir deste tipo de juízo.²⁰

3. Dogmática, zetética e metodologia

Diferentemente das disciplinas zetéticas, as dogmáticas, especialmente na seara jurídica, tratam de questões finitas e que são regidas pelo princípio da não-negação dos pontos de partida, o que, sob uma determinada ótica, sugere, de logo, limitação de alcance do objeto do estudo, e de outro lado propicia respostas e soluções de problemas prático-operacionais do sistema jurídico.²¹

Segundo Bittar, a linha dogmática da pesquisa jurídica objetiva propor estudos especificados, aprofundados e verticalizados sobre questões atuais e relevantes, que melhor instrumentalizam as práticas jurídicas. Isso quer dizer que o estudioso da ciência jurídica, especialmente aquele comprometido com a sua operacionalização (advogado, juiz, promotor), não pode dispensar a pesquisa dogmática, mesmo que não perca, o que, de fato, deve ocorrer, a veia crítica.²²

A metodologia da pesquisa jurídica, e isso vale para o estudo dogmático, interage com a Lógica jurídica, que se assemelham, mas não se confundem. A Lógica constitui a ciência do raciocínio e por meio dela se estudam as “leis ideais do pensamento, as formas da linguagem e de organização do pensamento, bem como as formas pelas quais se alcançam as conclusões dos raciocínios”.²³ Por sua vez, a metodologia da pesquisa jurídica:

(...) identifica-se com a busca dos meios pelos quais se pode alcançar conhecimentos e resultados científicos validamente; trata-se de uma parte da metodologia científica geral, voltada para o setor das pesquisas jurídicas e de suas peculiaridades. Assim, metodologia tem que ver com a dimensão da busca científico por meio de fontes de estudo para o alcance de resultados científicos; trata-se de um

²⁰ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João batista Machado. 2. ed. Brasileira. São Paulo: Martins Fontes, 1987, p.72.

²¹ BITTAR, Eduardo C. B. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática da monografia para os cursos de direito**. 7. ed. São Paulo, Saraiva, 2009, p. 204.

²² Ibid, p. 205.

²³ Ibid, p. 27.

conhecimento sobre os métodos (caminhos) e os meios de praticar ciência.²⁴

O entendimento da linha dogmática exige o retorno mais preciso ao tema, confrontando-o com a linha zetética. Existem duas formas de proceder a uma investigação científica sobre um determinado problema: a) acentuar o aspecto pergunta; e b) acentuar o aspecto resposta. Se a pergunta e a dúvida são acentuados, os conceitos, as premissas e os princípios também ficam expostos à incerteza. De outro modo, se determinados elementos fundamentais, as premissas, são preservados da dúvida, predomina o aspecto resposta. No primeiro caso, há o enfoque zetético; no segundo, o dogmático.²⁵

Zetética significa perquirir; dogmática significa doutrinar. E complementa o autor:

(...) o enfoque dogmático revela o ato de opinar e ressalva alguma 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 ação.²⁶

No enfoque zetético predomina a função informativa da linguagem. No dogmático, essa função combina-se com a diretiva. A zetética é mais aberta, porque suas premissas podem ser substituídas e modificadas. A dogmática é mais fechada, porque as interpretações possíveis devem preservar as premissas. A zetética parte de evidências; a dogmática parte de dogmas.²⁷

Assim, o fenômeno jurídico, embora complexo, tanto admite o enfoque zetético quanto o dogmático em sua investigação. Isso não significa que as linhas divisórias de uma determinada pesquisa jurídica sejam, necessariamente, reveladas pela aparência

²⁴ Ibid, p. 27.

²⁵ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo, Atlas, 2003, p. 40.

²⁶ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo, Atlas, 2003, p. 41.

²⁷ Ibid, p. 41/43.

singela. Logo, é possível a interação entre ambas, tornando menos rígida a separação, divisão, pois o que se notará, não raramente, é uma predominância de um desses modelos.

Observa-se que o enfoque dogmático, na pesquisa jurídica, atende a uma necessidade imediata do profissional (advogado, juiz, promotor), pois o estudo dogmático do direito está ligado a uma dupla abstração: é preciso dizer não só qual é a norma, mas também o que ela significa.

Para Tércio Ferraz:

(...) Ora, as normas (ou dogmas de ação) são, elas próprias, um produto abstrato, e as regras sociais de interpretação (dogmas que dizem como devem ser entendidas as normas) são também um produto abstrato. Temos, pois, um produto abstrato, as regras, que tem por objeto outro produto abstrato, as normas. Daí a dupla abstração (no sentido de isolar normas e regras de seus condicionantes zetéticos). Pois bem, o objeto do conhecimento jurídico-dogmático é essa dupla abstração, que o jurista elabora num grau de abstração ainda maior (regras sobre as regras de interpretação das normas). Com isso, seu estudo paga um preço: o risco de distanciamento progressivo da própria realidade social.²⁸

Nota-se, também, que a dogmática jurídica não se limita à afirmação do dogma, mas o interpreta, que é função da dogmática. Ou seja, na expressão de Ferraz Junior:

Visto desse ângulo, percebemos que o conhecimento dogmático dos juristas, embora dependa de pontos de partida inegáveis, os dogmas, não trabalha com certezas, mas com incertezas. Essas incertezas são justamente aquelas que, na sociedade, foram aparentemente eliminadas (ou inicialmente delimitadas) pelos dogmas.²⁹

Conclui-se, portanto, que o enfoque dogmático não significa desprezo pela zetética. Significa, apenas, uma opção, uma escolha predominante. Ao mesmo tempo, essa opção pode ocorrer, perfeitamente, privilegiando a análise crítica.

4 O positivismo jurídico

O positivismo jurídico nasce da dinâmica histórica que impulsionou a legislação escrita, permitindo que a lei se tornasse fonte exclusiva do direito, em última instância

²⁸ Ibid, p. 49/50.

²⁹ Ibid, p. 49/50.

representado pela codificação. Assim, a ideia de legislação surge no processo de formação do Estado moderno³⁰.

Bobbio assevera³¹:

O dar prevalência à lei como fonte do direito nasce do propósito de modificar a sociedade. Como o homem pode controlar a natureza através do conhecimento de suas leis, assim ele pode transformar a sociedade através da renovação das leis que a regem; mas para que isto seja possível, para que o direito possa modificar as estruturas sociais; é mister, portanto, que seja posto através da lei. O direito consuetudinário não pode, de fato, servir a tal finalidade, porque é inconsciente, irrefletido, é um direito que exprime e representa a estrutura atual da sociedade e, conseqüentemente, não pode incidir sobre esta para modificá-la; a lei, em lugar disto, cria um direito que exprime a estrutura que se quer que a sociedade assuma. O costume é uma fonte passiva, a lei uma fonte ativa de direito.

Importante ressaltar as características fundamentais do positivismo jurídico, com apoio em Bobbio³², que aponta sete pontos ou problemas: a) o modo de abordar direito; b) à definição do direito; c) às fontes do direito; d) à teoria da norma jurídica; e) ao método da ciência jurídica; f) à teoria da obediência.

Será, muito superficialmente, lançado um comentário sobre cada ponto. O primeiro deles, como já dito, diz respeito ao modo de abordar ou de encarar o direito. Bobbio³³ diz que o positivismo considera o direito como um fato e não como um valor. Logo, o jurista deve estudar o direito da mesma forma que um cientista estuda a realidade natural, ou seja, furtando-se de formular juízos de valor. É como se dissesse que o direito não é bom ou ruim, mas, simplesmente o é³⁴.

O ponto subsequente associa-se à definição do direito. O direito positivo define o direito em função do elemento coativo, de onde se origina a denominada teoria da coatividade

³⁰ MACHADO NETO, Antonio I. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1969, p.67.

³¹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Ícone Editora. São Paulo, 1995, p. 120.

³² BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone. 1995, p. 131-133.

³³ Ibid, p. 131.

³⁴ ver KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João batista Machado. 2. ed. Brasileira. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

do direito. Bobbio esclarece, todavia, que essa doutrina não é exclusividade do positivismo, pois sua formulação inicial é atribuída ao jusnaturalista alemão Christian Thomasius³⁵.

Tratando do quarto ponto, este diz respeito à teoria da norma jurídica, na medida em que o positivismo jurídico considera a norma como um comando, razão pela qual formulou-se a teoria imperativista do direito, a qual subdivide-se em outras tantas subteorias, segundo as quais, adverte Bobbio³⁶, “é concebido este imperativo: como positivo ou negativo, como autônomo ou heterônomo, como técnico ou ético”.

Por sua vez, o quinto problema diz respeito à teoria do ordenamento jurídico, ou seja:

O quinto ponto diz respeito à teoria do ordenamento jurídico, que considera a estrutura não mais da norma isoladamente tomada, mas do conjunto de normas jurídicas vigentes numa sociedade. O positivismo jurídico sustenta a teoria da coerência e da completude do ordenamento jurídico.³⁷

A sexta questão versa sobre o método da ciência jurídica, ou seja, sobre a interpretação, em sentido amplo do termo, o que vale dizer que o positivismo sustenta a teoria da interpretação lógica, que, a rigor, faz prevalecer o elemento declarativo sobre o criativo do direito³⁸ Finalmente, o ponto de número sete versa sobre a teoria da obediência, sintetizada no aforismo: *Gesetz ist Gesetz* (lei é lei)³⁹.

Bobbio conclui suas considerações sobre as características fundamentais do positivismo jurídico, alertando que este pode ser considerado sob três aspectos: a) um certo modo de abordar o estudo do direito; b) uma certa teoria do direito; c) uma certa ideologia do direito. E arremata quanto ao positivismo como método:

Sobre este ponto não há distinções a serem feitas e o discurso é muito breve. Como a ciência consiste na descrição avaliatória da realidade, o método positivista é pura e simplesmente o método científico e, portanto, é necessário adotá-lo se se quer fazer ciência

³⁵ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo:Ícone. 1995, p. 132.

³⁶ Ibid, p. 132.

³⁷ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Ícone Editora. São Paulo, 1995. p. 132.

³⁸ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 8.ed. São paulo:Saraiva, 1995, p.109.

³⁹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Ícone Editora. São Paulo, 1995. p. 133.

jurídica ou teoria do direito. Se não for adotado, não se fará ciência, mas filosofia ou ideologia do direito.⁴⁰

5. De volta à metodologia dogmática

Pesquisar é uma atividade simples e ao mesmo tempo complexa. Simples, porque exige, sobretudo, interesse, curiosidade e disposição. Complexa, pois pressupõe método, técnica, que permitirão não somente identificar uma questão ou série de questões previamente estabelecidas para estudo aprofundado, mas o desenvolvimento de estratégias para a consecução do objetivo.

A atividade de pesquisa exige: a) amplitude e profundidade de conhecimentos na área da pesquisa; b) domínio sobre o tema do trabalho; c) capacidade crítica de análise das informações coletadas; d) rigor metodológico; e) sistematização; f) perfeição na forma, na redação e na apresentação do trabalho.⁴¹

Pesquisar, assim, exige um conjunto de atividades que permitirão, ou não, o êxito daquilo que se pensou, concebeu e planejou. Logo, pressupõe uma série de meios e fases, que se desdobram em outros, a fim de se levar a termo uma pretensão, a rigor, simples e intuitiva.

Como anunciado, à pesquisa antecede-se a definição de questão ou questões. É preciso definir o “problema” do projeto de pesquisa. Portanto, o primeiro passo é escolher uma área temática que se busca explorar. Em Direito, não consiste em saber se a pesquisa é de Direito Penal ou Tributário, até porque os temas, em geral, são transversais e não podem ser catalogados sob uma restrição injustificada, típica de “grades curriculares” das instituições de ensino. Consiste, sim, em definir temas, por exemplo, “ações constitucionais”, por exemplo. Assim, a pesquisa será refinada e delimitada. Todavia, ainda é preciso filtrar o tópico escolhido, ou seja, “encontrar na área temática um tópico específico”,⁴² a permitir a elaboração de questionamentos que nortearão a pesquisa.

⁴⁰ Ibid, p. 238

⁴¹ LAMY, Marcelo. **Metodologia da pesquisa jurídica**: técnicas de investigação, argumentação e redação. Campus jurídico, 2011.p. 20, p. 18.

⁴² LAMY, Marcelo. **Metodologia da pesquisa jurídica**: técnicas de investigação, argumentação e redação. Campus jurídico, 2011.p. 20.

A pesquisa dogmática cumpre as funções típicas de uma tecnologia: Na medida que a ciência dogmática revela um pensamento conceitual, vinculado ao direito posto (aí está a relação estreita entre dogmatismo e positivismo), também instrumentaliza-se a serviço da sociedade⁴³. Portanto, a dogmática funciona como um agente pedagógico, junto aos operadores jurídicos, institucionalizando a tradição jurídica e criando consensos a respeito do direito, precisamente ao delimitar um espaço de solução de problemas relevantes e, ao mesmo tempo, excluindo uma série de outros, dos quais há um desvio de atenção⁴⁴.

Esse saber dogmático contemporâneo, portanto, tecnológico, semelhante, a rigor, às tecnologias industriais, é fortemente influenciado pela visão capitalista. Os conflitos precisam ser resolvidos, sob o aspecto jurídico, com o menor índice de perturbação social: “eis uma espécie de premissa oculta na maioria dos raciocínios dos doutrinadores”⁴⁵.

Tércio arremata o pensamento⁴⁶:

Podemos dizer, nesse sentido, que o saber dogmático, tal como ele aparece nos tratados jurídicos (de Direito Civil, Penal, Comercial etc) ou nos comentários (Comentários à Constituição, Código Civil Comentado etc.) ou nos ensaios (teoria da ação no processo brasileiro, teoria da responsabilidade no Direito Administrativo etc.) tem, inicialmente, uma função pedagógica, posto que forma e conforma o modo pelo qual os juristas encaram os conflitos sociais. Tem também uma função de desencargo para o jurista, pois permite que este, seja juiz, advogado, promotor, legislador, não seja obrigado a tomar consciência de todo o repertório argumentativo a utilizar-se em cada caso, posto que previne, de modo genérico, uma série de soluções possíveis para a interpretação e aplicação do direito. Tem ainda a função de institucionalizar a tradição jurídica, gerando segurança e uma base comum para os técnicos do direito (que são seus aplicadores).

Nesse ponto, vale dizer, ainda, que, diferentemente das teorias zetéticas, as dogmáticas estão mais preocupadas com a decidibilidade de conflitos, de modo que acabam não sendo logicamente rigorosas no uso de seus conceitos e definições, pois interesse menos a relação

⁴³ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo, Atlas, 2003, p. 85.

⁴⁴ FARIA, José Eduardo. **Justiça e conflito** – Os juízes em face dos novos movimentos sociais. São Paulo:RT, 1991, p.40.

⁴⁵ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo, Atlas, 2003, p. 86.

⁴⁶ Ibid, p.86-87.

com os fenômenos da realidade e mais produzir um corte na realidade. Assim, separam-se os problemas que são considerados relevantes para uma tomada de decisões e desviam-se a atenção das demais questões.⁴⁷

Nota-se, entretanto, com a atenção de Tercio⁴⁸, uma interação entre as investigações zetéticas e as dogmáticas, que se refletem na legislação. E exemplifica⁴⁹:

Assim, no texto constitucional vigente, fala-se no dever da 'entidade familiar', entendida, para efeito de garantia dos direitos da criança, como a comunidade instituída por casamento (os cônjuges) ou formada por união estável entre o homem e a mulher (os que vivem maritalmente), bem como a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226 e parágrafos). Não se olvide, a propósito, também, o disposto no art. 227, § 3.º, inciso VI, em que há referência ao acolhimento da criança ou adolescente órfão ou abandonado, sob a forma de guarda, ou seu § 6.º, que atribui aos filhos havidos por adoção os mesmos direitos e qualificações dos gerados de relação de casamento ou não.

Para Kelsen, no domínio da liberdade que deve prevalecer em um estado de Direito o princípio metodológico dominante é o da imputação, que estabelece uma conexão entre o ilícito e a consequência do ilícito, isto é, determina uma sanção quando determinada norma é violada. Assim, no método normológico kelseniano ao jurista compete identificar como as normas se articulam entre si, qual o seu fundamento de validade e qual o critério para identificar a sua unidade sistemática.⁵⁰

6 A decidibilidade de conflitos como problemática fundamental da pesquisa dogmática

Uma investigação científica sempre trabalha com a concepção da verdade, ou seja, do que é verdadeiro e falso. Essa aspiração do que seja verdadeiro pode ser apresentada em três diferentes níveis⁵¹, isto é, conforme sua intenção de verdade, sua referência à realidade e quanto ao seu conteúdo informativo.

⁴⁷ GORDILHO, Heron J. Por uma dogmática pós-moderna, In: **Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da UFBA**, n.16.Ano 2008.1.Salvador: Fundação Orlando Gomes, 2008, p.51

⁴⁸ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo, Atlas, 2003, p. 87.

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ DINIZ, Maria Helena. **A Ciência Jurídica**. 4.ed. São Paulo:Saraiva, 1996, ps. 26-27.

⁵¹ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo, Atlas, 2003, p. 88.

Pode-se dizer que um enunciado aspira à verdade, quando propõe critérios e instrumentos de sua verificação intersubjetiva⁵². Quanto à referência à realidade, um enunciado pode ser descritivo, prescritivo, resolutivo (o enunciado científico é basicamente descritivo)⁵³. Finalmente, quanto ao conteúdo informativo, a pretensão do enunciado é transmitir uma informação precisa sobre a realidade a que diz respeito⁵⁴.

O fenômeno da positivação extirpou a possibilidade de a ciência jurídica trabalhar com o enunciado informativo. Assim, se o século XIX entendia a positivação como uma relação de causa e efeito entre a vontade do legislador e o direito posto, o século XX entendeu que o direito positivo não é criação da decisão legislativa (no sentido causal), mas deriva, sim, da imputação da validade do direito a certas decisões (legislativas, judiciárias, administrativas). Isso resulta na compreensão de que o direito dispensa, de certo modo, uma referência da origem dos fatos que o produziram, isto é, que sua validade decorre da experiência atual, passível, também, de mutação⁵⁵.

Tércio avança nesse entendimento⁵⁶:

As questões dogmáticas são tipicamente tecnológicas. Nesse sentido, elas têm uma função diretiva explícita, pois a situação nelas captada é configurada como um dever-ser. Questões desse tipo visam possibilitar uma decisão e orientar a ação. De modo geral, as questões jurídicas são dogmáticas, sendo sempre restritivas (finitas) e, nesse sentido, positivistas (de positividade). As questões jurídicas não se reduzem, entretanto, às dogmáticas, à medida que as opiniões postas fora de dúvida – os dogmas – podem ser submetidos a um processo de questionamento, mediante o qual se exige uma fundamentação e uma justificação delas, procurando-se, por meio do estabelecimento de novas conexões, facilitar a orientação da ação. O jurista revela-se, assim, não só como especialista em questões dogmáticas, mas também em questões zetéticas.

Conclui Tércio, ao discorrer sobre a dogmática e a zetética:

⁵² Ver a respeito DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 8.ed. São Paulo:Saraiva, 1995.

⁵³ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo, Atlas, 2003, p. 88.

⁵⁴ Para MACHADO NETO, Antonio I. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**.São Paulo:Saraiva, 1969, p.58: “Natureza e Sociedade aparecem, assim, na visão kelseniana, como dois modos de conhecer, correspondentes, respectivamente, às categorias de causalidade e imputação, ser e dever ser. Objetos formais, pois, e não materiais.

⁵⁵ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo, Atlas, 2003, p. 89.

⁵⁶ Ibid, p. 90.

Na verdade, os dois tipos de questão, na Ciência Jurídica, embora separados pela análise, estão em correlação funcional. Apesar disso, é preciso reconhecer que os juristas, há mais de um século, tendem a atribuir maior importância às questões dogmáticas que às zetéticas. Essas últimas são mais livres, e, por isso mesmo, muitas vezes dispensáveis, pois a pesquisa pode trocar com facilidade seus conceitos hipotéticos, enquanto a “dogmática” (num sentido restrito), presa a conceitos fixados, obriga-se muito mais ao trabalho de interpretação. Mesmo assim, não é difícil mostrar com certa finalidade que as questões dogmáticas não se estruturam em razão de uma opinião qualquer, mas de dogmas que devem ser de algum modo legitimados. Ora, no mundo ocidental, onde essa legitimação vem perdendo a simplicidade, que se revelava na sua referência a valores outrora fixados pela fé, ou pela razão, ou pela natureza, o recurso a questões zetéticas torna-se inevitável.⁵⁷

7. Conclusões

1- O direito está associado, historicamente, a dogmas e, mais modernamente, pode-se falar de uma relação umbilical e inevitável com a dogmática.

2- A dogmática, como metodologia aplicável ao direito, não dispensa a zetética, com a qual pode conviver em certo grau de harmonia. Entretanto, a dogmática atende aos reclames práticos de interpretação e aplicação do direito, sendo de maior utilidade para os operadores do direito.

3- Positivismo e metodologia dogmática andam juntas, o que não retira desta a possibilidade de gerar interpretações evolutivas e críticas do direito produzido pelo Estado.

4- Modernamente, a dogmática atende, ainda, a uma necessidade tecnológica do direito, que consiste em responder, num mundo capitalista, aos reclames políticos e econômicos da vida social, sem criar um ambiente de instabilidade ou de imprevisibilidade.

5- O saber e a metodologia dogmáticas fundamentam a decidibilidade do operador jurídico, cumprindo função primordial no Estado de Direito.

8. Referências

⁵⁷ Ibid, p. 90-91.

- ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do Direito**: uma crítica 1ª verdade na ética e na ciência (através de um exame da ontologias de Nicolai Hartmann. 2. Ed. São Paulo:Saraiva, 2002.
- BITTAR, Eduardo C. B. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática da monografia para os cursos de direito. 7. ed. São Paulo, Saraiva, 2009, p. 204.
- BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Ícone Editora. São Paulo, 1995.
- DINIZ, Maria Helena. **A Ciência Jurídica**. 4.ed. São Paulo:Saraiva, 1996.
- DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 8.ed. São paulo:Saraiva, 1995.
- FARIA, José Eduardo. **Justiça e conflito** – Os juízes em face dos novos movimentos sociais. São Paulo:RT, 1991.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo, Atlas, 2003.
- GORDILHO, Heron J. Por uma dogmática pós-moderna, In: **Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da UFBA**, n.16.Ano 2008.1.Salvador: Fundação Orlando Gomes, 2008.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João batista Machado.2. ed. Brasileira. São Paulo:Martins Fontes, 1987.
- LAMY, Marcelo. **Metodologia da pesquisa jurídica**: técnicas de investigação, argumentação e redação. Campus jurídico, 2011.
- MACHADO NETO, Antonio L. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**.São Paulo:Saraiva, 1969.
- MONTORO, André F. Introdução a Ciência do Direito. 29ª Ed. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2000.