

4.3 VISÃO CRÍTICA SOBRE O DIREITO

4.3.1 A insuficiência da dogmática jurídica no direito contemporâneo

Riany Alves de Freitas¹

Técnica do Ministério Público de Minas Gerais

Pós-Graduada em Gestão Estratégica da Informação pela UFMG

Acadêmica em Direito pela PUC-Minas

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Perspectivas dogmáticas e zetéticas na aplicação do Direito. 3. As fases dos princípios gerais quanto a sua juridicidade. 4. Hermenêutica filosófica do direito. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

1 Introdução

A era pós-positivista na qual vivemos tem exigido o rompimento com a hegemonia dogmática estabelecida no positivismo de forma a manter a efetiva aplicação jurídica coerente com a amplitude oferecida pelos estudos zetéticos². Esses estudos surgem de forma a acrescentar valor na perspectiva dogmática, pois esta se restringe à aplicação do que está meramente exposto no texto da lei. A realidade social precisa ser amplamente conhecida para que a justiça seja feita de forma equitativa e para que o mundo humano possa ser um pouco mais entendido antes que controvérsias possam ser solucionadas. Dessa forma, consegue-se maior abrangência do sistema de maneira mais valorativa e menos dogmática. Os princípios gerais do direito atualmente possuem caráter normativo porque foram constitucionalizados e demonstram valores essenciais para que o ser humano possa ter dignidade, ressaltando a sua ampla importância na atuação do direito. De acordo com a definição de princípios de Reale (2003, p. 304):

Os princípios gerais do direito são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas. Cobrem, desse modo, tanto o campo da pesquisa pura do Direito quanto o de sua atualização prática.

Conforme esse autor, a maioria dos princípios gerais do direito não consta de regras, mas serve de modelos doutrinários ou dogmáticos fundamentais. Abre-se um leque de preceitos fundamentais incluindo valores humanitários e sociais. O caráter normativo dos princípios gerais é imprescindível, pois os princípios são a base valorativa que inspira todo o sistema. De acordo com Bonavides (2002, p. 231), “Os princípios, uma vez constitucionalizados, se fazem a chave de todo o sistema normativo”.

Apesar desses meios (princípios gerais e enfoque zetético) estarem presentes, ainda a dogmática mostra-se intensa na aplicabilidade atual fazendo com que os interesses dos mais fortes continuem sendo prevalecidos. O Direito pode, então, ater-se à dogmática e deixar sua aplicação desprovida de estudos zetéticos? Pode o Judiciário agir somente em consideração das soluções baseadas em diretivas, que tornam o Direito mais rápido e objetivo, como proposto pela dogmática jurídica? Ora, se isso fosse viável, poder-se-ia apenas criar máquinas tecnológicas programadas. Elas seriam capazes de solucionar os mais diversos e complicados problemas, pelo simples fato de serem diretivas e fechadas a críticas, conforme o enfoque dogmático estabelece.

Conforme exposto por Bonavides (2002), a ciência dogmática cumpre funções típicas de uma tecnologia. Entende-se aqui a dogmática como um pensamento fechado à análise dos problemas particulares. Dessa forma, ao contrário da forma tópica de argumentação, que analisa as situações em torno do problema, a dogmática atém-se ao modo não-problemático para as soluções dos conflitos previamente definidos na lei. A abrangência foi dada, pois, na demonstração da importância do enfoque zetético e do caráter normativo dos princípios gerais no contexto jurídico brasileiro e, também, o enfoque dogmático por si só contribui pouco para tornar a realidade social mais justa e igualitária.

2 Perspectivas dogmáticas e zetéticas na aplicação do Direito

Cada um com sua particularidade, ambos os enfoques, zetético e dogmático, são admitidos no fenômeno jurídico e são

utilizados para se chegar a uma verdade na solução dos problemas. Pode-se aqui constatar a diferença básica entre eles. O enfoque zetético, de acordo com Ferraz Junior (1994, p. 43), “[...] tem como objeto o direito no âmbito da Sociologia, da Antropologia, da Psicologia, da História, da Filosofia, da Ciência Política etc.”. Assim, a zetética preocupa-se em estudar o mundo em seus diferentes aspectos e esferas. Esse enfoque, porém, não se preocupa em dar soluções para os problemas da sociedade, pois não é considerado um reformador social. A zetética é responsável por estudar as diferentes áreas, a fim de demonstrar a amplitude dos aspectos envolvidos na realidade humana. O resultado das investigações serve de embasamento teórico para as futuras soluções dos problemas jurídicos. A zetética, dessa forma, torna-se ótima parceira da dogmática, sendo complementar e auxiliar no desenvolvimento dos raciocínios jurídicos, além de não permitir que o jurista se fixe no saber puramente dogmático.

A partir do desenvolvimento de diferentes esferas de atividades que o homem desenvolve, surge a necessidade do relacionamento entre elas. O indivíduo passa a fazer parte da sociedade, da economia, da religião e assim por diante. O Direito, por sua vez, exige o estudo humano e social em suas diferentes perspectivas, para que se tenha compreensão plena da realidade e nunca se desvincule dela.

O enfoque dogmático, por outro lado, de acordo com Reale (2003, p. 40) “[...] está preocupado com um problema de ação, de como agir”. De acordo com o autor, o enfoque dogmático é fechado às críticas, aborda questões de forma diretiva e finita no que diz respeito à solução de problemas jurídicos. O enfoque dogmático se preocupa, portanto, com o *dever ser*, ou seja, quer possibilitar uma decisão e orientar a ação na solução de tais problemas. Como exposto por Arnaud (2000, p. 15), “O seu papel é, portanto, o de interpretar o direito em vigor, a fim de permitir sua completa aplicação, ao mesmo tempo em que constrói um sistema conceitual o mais coerente e completo possível”. Dessa forma, o jurista dogmático não se preocupa em considerar os valores presentes nas relações humanas e sim com o que está prescrito nas normas vigentes. De acordo com Reale (2003, p. 322), a dogmática jurídica é a ciência do Direito enquanto estudo e aplicação do conteúdo sistemático das normas:

Dogmática Jurídica corresponde ao momento culminante da aplicação da Ciência do Direito, quando o jurista se eleva ao plano teórico dos princípios e conceitos gerais indispensáveis à interpretação, construção e sistematização dos preceitos e institutos de que se compõe o ordenamento jurídico.

A dogmática jurídica desprovida de conhecimentos amplos da humanidade se restringe à aplicação das leis, que não reflete a complexidade da realidade humana. Portanto, enquanto a zetética se preocupa com a ordem teórica no estudo dos fenômenos jurídicos, a dogmática se preocupa com os aspectos práticos. Assim, a dogmática e a zetética compõem o conjunto do que é necessário para fazer valerem os princípios gerais do Direito, tendo o caráter multidisciplinar presente na prática jurídica racional e humanizada.

3 As fases dos princípios gerais quanto a sua juridicidade

Assim como as demais ciências, o Direito encontra-se em constante evolução. De acordo com Bonavides (2002), podemos situar os princípios jurídicos em três fases distintas: naturalista, positivista e pós-positivista. Na primeira, os princípios possuíam

um caráter normativo quase inexistente. Os princípios, dotados de ética e valor se encontravam apenas no âmbito das idéias, definidas através da reta razão e submetidos fortemente às leis divinas e naturais. Devido à supremacia cristã e ao absolutismo, ideais de liberdade e justiça começaram a vigorar, porém independentemente de leis escritas.

Posteriormente, sentiu-se a necessidade de um Direito claro, simples e conciso, indo ao encontro dos interesses da burguesia. Nessa fase positivista, inicia-se a inserção dos princípios no código de forma secundária, possuindo caráter normativo fraco. Bonavides (2002) considera essa fase como a da teorização dos princípios, caracterizada pela codificação das leis. O juiz tem uma postura dogmática e julga todos os casos abstratamente, levando em consideração apenas o quadro fechado de normas disponíveis, sem fazer juízos de valor e sem considerar os casos em seu cunho particular e unívoco.

Na terceira, prevalece a valoração e o caráter normativo dos princípios, sendo estes um “[...] pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais” (BONAVIDES, 2002, p. 237). Presume-se que o juiz age racionalmente, considerando cada caso isolado e suas particularidades, além de reconhecer todos os aspectos que o circundam. Aqui, importantes autores como Viehweg (1979), Perelman (2002), Dworkin (2001) e Alexy (2001) criticam o formalismo da fase positivista, enfatizam a aplicação prioritária dos princípios e das teorias argumentativas, tópicas e retóricas, as quais flexibilizam a realidade jurídica e enfraquecem o caráter estritamente dogmático. Conforme exposto por Cittadino (2000, p. 46), surge a ética no ordenamento: “O fundamento ético do ordenamento jurídico se revela, precisamente, no momento em que a Constituição apresenta, no seu corpo normativo, um sistema de valores”. Seguindo essa linha de pensamento, a autora estabelece que “A dimensão axiológica supera, portanto, a dimensão deontológica, pois o conceito de *bom* tem primazia sobre o de *dever ser*, na medida em que os princípios expressam os ‘valores fundamentais’ da comunidade”.

O estudo zetético é presente nesse contexto, de forma que as escolas passam a ensinar outras formas de pensar o Direito. Assim, a aprendizagem jurídica se torna mais *sintonizada* com outras disciplinas fortemente relacionadas com a realidade social. De acordo com Ross (2000, p. 43), a ciência do direito torna-se insatisfatória, caso não sejam consideradas as realidades sociais:

O juiz não é motivado exclusivamente pelas normas jurídicas; também o é pelos fins sociais e pelo discernimento teórico das conexões sociais relevantes ao atingir aqueles fins. Por esta razão, tem-se exigido da ciência do direito, em especial modernamente, que dirija sua atenção para as realidades da vida social.

Portanto, a dogmática jurídica se faz suficiente somente para os positivistas. Para eles, o que prevalece é a fidelidade ao texto da lei, sendo essa concepção, por si só, sistemática o bastante para manter sua completude. Os jusnaturalistas negam suficiência à dogmática, porque se preocupam com a justiça e com o direito natural. A fase pós-positivista, diante do caráter normativo dos princípios gerais e de estudos amplos em áreas afins ao Direito, demonstrou também a insuficiência da dogmática, agregando valores em seu conteúdo e, acima de tudo, fazendo com que as *grades legais* sejam abertas a novas perspectivas e às ciências afins.

4 Hermenêutica filosófica do direito

Assim como o homem, o Direito evolui, e possui suas particularidades a cada geração. Seus métodos de interpretação são aprimorados, de acordo com a época na qual estão inseridos. Na contemporaneidade, encontram-se bastante enriquecidos, conforme ampla, porém insuficiente, dedicação à justiça distributiva, democracia, igualdade substancial, entre outras preocupações. Mendes, Coelho e Branco (2002) afirmam que a interpretação jurídica é um pensamento que apenas se iniciou e que, por sua natureza, não impõe limites para novas leituras, próprio das coisas do espírito, e nem por isso invalidam as interpretações anteriores. Como parte dessa evolução, existe a necessidade de se concretizarem as situações, de se analisarem os valores de forma particular. Mendes, Coelho e Branco (2002) afirmam ainda que, sem a transformação do abstrato em concreto e do geral em particular, o texto normativo nada dirá àquele que pretende compreendê-lo. Pois bem, foram vistas até aqui algumas evoluções pelas quais o Direito passou. Como caráter filosófico do Direito, percebemos sua importância na elaboração de críticas sobre as outras ciências. Para Reale (1972, p. 30),

A Filosofia apresenta-se, pois, como o exame crítico das condições de certeza das próprias ciências: das ciências, em sua universalidade, como produtos do espírito, o que constitui a precípua razão de ser da Gnoseologia, ou mais genericamente da Ontognoseologia, bem como das ciências nos distintos campos particulares em que se desenvolvem as suas estruturas e linguagem, tal como é estudado pela Lógica.

Assim, o conhecimento ontológico deve ser abarcado por quaisquer estudos jurídicos na contemporaneidade. De acordo com Gontijo (1997, p. 31), “O estudo científico do direito tem um requisito básico: o conhecimento ontológico já que a simples teleologia jurídica não satisfaz o grau indispensável de reflexão e de interrelacionamento com as demais áreas da percepção humana”. Para ele, a titularidade de direitos é assegurada pela elaboração filosófica da legitimidade jurídica:

Ao constituir-se a legitimidade valor emergente do consenso livre de uma sociedade legalmente organizada para garantir o tratamento igualitário de seus componentes, indispensável é a sua elaboração filosófica a fim de assegurar à pessoa humana a plena titularidade de direitos (GONTIJO, 1997, p. 51).

Como garantia de um direito multi-angulado, é essencial o entendimento do homem enquanto *Ser*, e suas relações com o mundo o qual proporciona seus meios de subsistência e convivência em sociedade.

5 Conclusão

Mesmo diante das evoluções pelas quais o Direito passou, a realidade social ainda é um tanto problemática. Manter um sistema perfeito é uma tarefa impossível diante da complexidade da sociedade contemporânea, movida por interesses predominantemente individuais e pela própria constatação de não ser atingível o sistema ideal, na concepção de Wilburg, citado por Larenz (1997, p. 680).

Em pleno século XXI, o fenômeno da globalização proporciona a quebra de barreiras, distâncias e o rápido crescimento da velocidade de comunicação e interrelacionamento entre pessoas de numerosas nações dispostas pelo planeta. No entanto, a alta capacidade de evolução, de implantação de novas tecnologias e a comunicação rápida entre pessoas distantes geograficamente têm causado sérios impactos no ambiente como um todo. Pes-

soas passam a ser substituídas por máquinas, ocasionando alto índice de desemprego e certamente aumentando os conflitos e suas complexidades de solução. Multinacionais estabelecem-se em países onde a tributação é baixa e a mão-de-obra é barata, fazendo de seus poucos empregados veículos que proporcionam especificamente o lucro a seus superiores.

O mundo humano, diante de sua complexidade, não é uma máquina. Justamente pelas características complexas dos seres humanos é que se faz necessário o direito positivo, para estabelecer uma certa segurança jurídica e evitar arbitrariedades. Porém, essa positivação não deve ser desprovida de valores, e sua interpretação de multidisciplinaridade. A partir dessa idéia, constata-se que qualquer estudo referente às realidades sociais não pode restringir a si mesmo. A amplitude dos estudos se dá na medida em que tal complexidade se estabelece.

Assim, tanto a zetética como a dogmática e os princípios

gerais possuem diferentes fases e desenvolvem-se com o tempo, na tentativa de se modificar a realidade na qual estão inseridos. Valores intrínsecos à pessoa humana tornam-se temas discutidos em todas as vertentes. Valores que não podem ser perdidos de foco, pois garantem a sensibilização no contexto jurídico atual. Nesse cenário, faz-se necessária, além dos aspectos apresentados, uma maior política distributiva, participativa e comunitária, visando a um melhor desenvolvimento da sociedade, principalmente da maioria oprimida e menos privilegiada. A solidariedade também é fator crucial e deve ser praticada entre todas as nações.

Pode-se perceber, portanto, que o enfoque dogmático na aplicação do direito é carente da percepção de um contexto mais amplo e atém-se na solução prática dos problemas jurídicos. Por isso, a dogmática jurídica carece de complemento e não pode sozinha suportar as necessidades humanas de um Direito amplo, profundo, realista e justo.

6 Referências bibliográficas

- ALEX, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Tradução Zilda Hutchinson. São Paulo: Landy, 2001.
- ARNAUD, André-Jean et al. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. Tradução Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- GONTIJO, Naylor Salles. *Estudos de antropologia jurídica*. Varginha: Alessandro Comércio de Livros, 1997.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. Tradução: José Lamengo. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulberkian, 1997.
- MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.
- PERELMAN, Chaim. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1972. v. 1.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. São Paulo: Edipro, 2000.
- VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Tradução Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Imprensa Nacional, 1979.

Notas

¹ Agradeço às pessoas que contribuíram para a realização e revisão deste trabalho: Meu marido, Ivan Dornela Goulart, a Procuradora de Justiça Gisela Potério Santos Saldanha e o Professor Lucas Gontijo.

² O termo *zetética* é explicado por Ferraz Junior (1994): vem de *zetein*, que significa *perquirir*. De acordo com o autor, o enfoque *zetético* desintegra, dissolve as opiniões, pondo-as em dúvida.