

# ELEMENTOS PARA A CARACTERIZAÇÃO TRIDIMENSIONAL DA DOGMÁTICA JURÍDICA: O MODELO DREIER-ALEXY

Guilherme Soares \*

**Sumário:** Introdução; 1. A duplicação do saber jurídico na obra de Hans Kelsen; 2. O discurso dogmático e o deslocamento funcional da teoria jurídica; 3. A dogmática jurídica tradicional; 4. Uma dogmática jurídica tridimensional (Dreier-Alexy); 4.1. Dimensão analítica; 4.2. Dimensão empírica; 4.3. Dimensão normativa; Considerações finais; Referências bibliográficas.

## Introdução

A dogmática jurídica sempre foi objeto das mais diferentes considerações teóricas, desde pontos de vista que a qualificam como ciência lógico-matemática, passando por perspectivas que a identificam com uma técnica moderna de solução de conflitos sociais, até os discursos críticos, que afirmam seu fundamento ideológico e opressor. Longe de querer opinar a favor de uma dessas correntes, esse trabalho parte da premissa de que existe um conhecimento jurídico-dogmático autônomo, desenvolvido por uma comunidade específica dentro do corpo social, os juristas. E, além disso, que este conhecimento tem uma função social a cumprir no contexto do Estado Democrático de Direito.

O objetivo que se coloca é apresentar um modelo dogmático realista na medida em que parte daquilo que identifica como atividade do jurista prático, ao mesmo tempo conhecedor das raízes históricas da dogmática jurídica e sintonizado com propostas teórico-jurídicas substancialistas, que não enxergam o Direito como estrutura formal, mas como instrumento a serviço de um conjunto de valores historicamente consolidados da civiliza-

---

\* Mestrando no CPGD/UFSC, área Direito, Estado e Sociedade; sub-área Direito do Estado. Bolsista da CAPES.

ção ocidental que podem ser representados pela tríade dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade.

Essa proposta, necessariamente polifacética, é apresentada pelos professores alemães Ralf Dreier e Robert Alexy, através de um modelo dogmático tridimensional. Este texto pretende descrever os pontos essenciais da sua construção, levando em conta as raízes teóricas que os influenciaram, sobretudo a obra de Hans Kelsen, e contextualizando sua obra no ambiente teórico da segunda metade do séc. XX, permeado pela virada pragmático-funcionalista da teoria jurídica.<sup>1</sup>

## 1. A duplicação do saber jurídico na obra de Hans Kelsen

A obra de Hans Kelsen situa-se no ápice do processo de autonomização do saber jurídico. Fenômeno típico da modernidade, ele ocorre paralelamente à autonomização do Direito em relação às outras ordens sociais (moral, bons costumes, regras de convivência familiar etc.). O que se vê é um processo de diferenciação do Direito como ordem normativa coercitiva da conduta humana em relação a outras ordens normativas, o que só é possível com o primado do monismo jurídico estatal e das leis escritas. É, inicialmente, o advento do constitucionalismo com a promulgação da Constituição americana e das demais que a seguiram e, sobretudo, o processo de codificação na Europa continental, cujo marco é o Código de Napoleão, de 1804, que permitem o surgimento do que hoje conhecemos como Direito positivo: o discurso (normalmente reduzido à forma escrita) normativo coercitivo oriundo de uma autoridade que detém o monopólio da força em determinado território.

Sem o direito positivo não haveria a consolidação de um saber jurídico, saber pertencente a um grupo específico de pessoas no interior do grupo

---

<sup>1</sup> No Brasil, esta virada, em nível metadogmático, é sustentada por Tércio Sampaio Ferraz Júnior, com sua proposta de definir a dogmática jurídica como «tecnologia» (FERRAZ JR.:1977;45), por Eros Grau, ao conceituar a Dogmática como «prudência» (GRAU:1998;77) e Vera Regina Pereira de Andrade, embora esta não abdique de seu caráter científico (ANDRADE: 1996;112). Já a descrição do modelo Dreier-Alexy pode ser encontrada nas obras de Willis Santiago Guerra Filho citadas a seguir.

social, os juristas. Com isso o saber dos juristas passou a se diferenciar do saber dos filósofos, historiadores, sociólogos etc. Kelsen levou essa proposta às últimas conseqüências. Sua preocupação, ao escrever a *Teoria Pura do Direito*, não era apenas descrever os elementos essenciais da experiência jurídica, mas elaborar um saber científico sobre o Direito, uma verdadeira ciência do Direito, no mesmo estágio das ciências naturais de seu tempo. Seu objetivo era a formulação de uma teoria jurídica pura, isenta de qualquer ideologia política, consciente da especificidade de seu objeto e possuidora dos atributos de exatidão e objetividade. Por isso, fogem das suas preocupações questionamentos a respeito do ser do Direito, da essência do fenômeno jurídico. Ele busca apenas definir o Direito na sua face que possibilite a construção de um sistema de conhecimento autônomo em relação aos demais e que possa ser qualificado como científico, segundo as exigências do pensamento epistemológico hegemônico na sua época.

O Direito é, para Kelsen, um conjunto de normas positivadas, um conjunto de enunciados de dever-ser. O papel da ciência jurídica, que pretende conhecer de maneira neutra esse conjunto de normas, é descrevê-las segundo a estrutura do discurso normativo: dado um fato A como hipótese, deve ser um fato B (sanção) como conseqüência. Logo, se a linguagem do Direito opera com normas, a metalinguagem, que é a ciência jurídica, lida com proposições jurídicas, enunciados que descrevem normas. Se, com relação às normas, impõe-se perguntar sobre sua validade — conformidade com a norma fundamental do sistema — com relação às proposições impugna-se a sua veracidade, na medida que elas fazem parte de um discurso descritivo e não prescritivo, como ocorre com as normas.

À ciência do Direito cabe, então, descrever a estrutura do ordenamento jurídico, cuja unidade mínima é a norma. Entretanto, o próprio Kelsen reconhece que esta proposta desconsidera o trabalho do jurista prático, daquele que atua cotidianamente aplicando normas a conflitos concretos da vida de relação, manipulando e produzindo um saber aqui denominado jurisprudência, pois como ele mesmo disse, “a aplicação do direito é simultaneamente produção do Direito” (1995;260). Assim, não só um discurso descritivo resulta do labor dos juristas, mas também, um discurso prescritivo.

O reflexo necessário dessas assertivas foi a diferenciação entre interpretação autêntica e não autêntica feita pelo autor austríaco. A primeira é aquela que cria Direito, refere-se aos atos decisórios dos órgãos do Estado; a segunda abarca todas as demais, inclusive a interpretação do cientista do Direito. A interpretação científica, comprometida com a pureza metodológica, é pura determinação cognoscitiva do significado da norma, o que, diante da relativa indeterminação do sentido do conteúdo das normas expressas em linguagem ordinária e não rigorosa como a das ciências, possibilita apenas o estabelecimento de uma moldura dentro na qual se inserem uma série de significações possíveis, sem que se possa apontar qual delas é correta. O juiz, no entanto, deve dar somente uma resposta ao caso concreto, devendo escolher um sentido dentre aqueles cognoscitivamente estabelecidos, ato que só é possível no domínio da vontade do julgador. Portanto, a interpretação autêntica, fixação do sentido da norma com vistas à aplicação em um caso concreto, só é jurídica (coberta pela ciência jurídica) até o momento em que define a moldura.<sup>2</sup> Daí em diante torna-se um ato político, livre das inclinações arbitrárias do juiz e, conseqüentemente, não passível de controle racional. Como produto final, enquanto o resultado do trabalho do cientista é a proposição, um enunciado descritivo; de atividade do jurista prático resulta uma norma, enunciado prescritivo.

Ao mesmo tempo, não há como olvidar que o raciocínio jurídico não se limita à mera função que Kelsen atribuiu à ciência jurídica. Existe uma série de conhecimentos elaborados pelos juristas, levados em conta pelo juiz na decisão do caso concreto, que não se submetem aos critérios de cientificidade que nortearam o autor. Isto porque o jurista atuante dentro de um sistema jurídico qualquer, seja ele civilista, penalista, administrativista ou de qualquer outro ramo específico do Direito de um Estado, não trabalha apenas com a estrutura formal do ordenamento, mas com o seu conteúdo. E, levando a sério o conteúdo das normas jurídicas, é impossível cons-

---

<sup>2</sup> São significativas as palavras de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, que deixa às claras o reducionismo da proposta de Kelsen: "A problemática do sentido faz com que a ciência do Direito apareça como ciência cultural, não necessariamente o produto metódico de procedimentos formais, dedutivos e indutivos, mas um conhecimento que constitui uma unidade imanente, de base concreta e real que repousa sobre *valorações*" (1977; 38).

truir-se um saber verdadeiramente científico, ao menos no padrão de ciência do positivismo, como aliás já havia notado Kirchmann.<sup>3</sup>

Verifica-se, assim, aquilo que Norberto Bobbio chamou de duplicação do saber jurídico na esfera da experiência jurídica.<sup>4</sup> Um contraste entre a concepção de ciência e a prática do jurista,<sup>5</sup> desenvolvendo-se, de um lado, uma jurisprudência que não é ciência e, de outro, um saber modelado pelo esquema científico verdadeiro e próprio, diante do qual a jurisprudência é uma cópia grosseira. Como consequência, traslada-se o ideal científico para fora do saber prático dos juristas, depositando-o na construção de uma ciência do Direito distinta da jurisprudência, sem que se possa ignorar a existência de pontos de contato entre ambas.

---

<sup>3</sup> Em conferência pronunciada em 1847, sustentava Kirchmann que a jurisprudência carece de valor como ciência teórica, não constituindo uma ciência conforme o autêntico conceito do termo. O motivo reside em seu objeto: o Direito, visto, por ele, numa perspectiva substancial, como o conjunto das instituições jurídicas (matrimônio, Família, propriedade, contratos, herança etc.), cuja mutabilidade impede a formulação de leis gerais e universalmente válidas como pleiteava a ciência de então (1949; 251-286). Sobre a cientificidade do raciocínio jurídico dogmático, segue-se o que diz a Prof. Vera Andrade: “Se inexistente um acordo sobre o real estatuto da Dogmática Jurídica e o âmbito de uma Metadogmática caracteriza-se pela convivência contraditória entre atribuições de estatutos de diferente natureza, é porque ela, parece-nos então demonstrado, não corresponde inteira e essencialmente a não ser por um artificialismo, nem às matrizes científicas disponíveis nem a um estatuto técnico ou tecnológico diferenciado da Ciência. Se a Dogmática Jurídica pode ser tudo, é porque se caracteriza, contrastivamente, pela ausência de uma identidade epistemológica” (1996; 107).

<sup>4</sup> Diz Bobbio: “che accanto alla giurisprudenza, considerata come non scientifica, si è venuta elaborando in ogni età, e con particolare evidenza nell’età moderna, una forma di sapere giuridico, modellato sugli schemi metodologici delle scienze vere e proprie, diverso totalmente dalla giurisprudenza e ritenuto ad essa superiore a causa della sua scientifica dignità, un sapere che sta di fronte alla giurisprudenza come il modello ideale, a cui la giurisprudenza si contrappone come la brutta copia o la caricatura. Si tratta di ciò che io ho detto sopra la caratteristica ‘duplicazione’ del sapere nella sfera dell’esperienza giuridica: apertosi in un determinato periodo storico un contrasto — che pare irriducibile — tra la concezione della scienza e la pratica del giurista, si viene svolgendo, da un lato, una *giurisprudenza che non è scienza*, dall’altro una *scienza che di per se stessa non há più nulla a che fare con la giurisprudenza* (e di cui i giuristi generalmente non fanno che farsene)” (1994; 337).

<sup>5</sup> Este contraste fica claro na seguinte passagem de Hernández Gil, claramente inspirada em Kelsen: “La dogmática [conceito que no texto corresponderia a Ciência do Direito] es (o pretende ser) una ciencia. La aplicación del derecho (especialmente la judicial) es una técnica consistente en el desarrollo de una actividad cognoscitiva y resolutive dirigida a la solución de conflictos” (1981; 44).

## 2. O discurso dogmático e o deslocamento funcional da teoria jurídica

A abordagem formalista kelseniana, assentada na depuração do objeto da ciência do Direito de quaisquer elementos axiológicos ou fáticos, demonstra uma clara preocupação com a estrutura do Direito, cujo resultado é a representação piramidal do ordenamento jurídico, organizado escalonadamente segundo relações de fundamentação e derivação, em que cada norma tem seu fundamento de validade na norma hierarquicamente superior, sendo que todas elas podem ser reconduzidas à norma hipotética fundamental. Essa abordagem estrutural, contudo, sofre um revés a partir da metade do séc. XX.

Deste período em diante tenta-se superar a duplicação dos saberes jurídicos não no rumo da cientificidade, embora ela não tenha sido abandonada,<sup>6</sup> mas no intuito de aproximar as especulações da teoria jurídica daquilo que os juristas efetivamente fazem.<sup>7</sup> Isto gerou um deslocamento funcional, pois a ação primordial dos juristas, desde os jurisconsultos romanos, nunca foi no sentido de descrever e sistematizar de forma neutra e objetiva o Direito, mas sim de buscar respostas para problemas concretos. O discurso da jurisprudência não privilegia o aspecto cognitivo, tem sim uma função social – equivalente à do Direito – dirigida aos problemas concretos, à regulação de comportamentos; enfim, ao controle social.

Essa ênfase no aspecto funcional no Direito não é novidade no contexto da teoria jurídica moderna. Já havia sido formulada por Rudolf Von Jhering, ainda no séc. XIX, na segunda fase da sua obra. Com efeito, opondo-se ao método analítico da jurisprudência dos conceitos, majoritária no início do séc. XIX na Alemanha, da qual ele mesmo havia compartilhado, Jhering des-

---

<sup>6</sup> Nesse sentido a proposta de Fernando Herren Aguillar de definir o estatuto epistemológico de uma teoria crítica do Direito, haja vista que, para ele, “o Direito pode ter um estatuto científico sem almejar produzir leis de validade universal e sem incorrer nos sérios problemas do relativismo, do ceticismo e do nihilismo” (1999; 12).

<sup>7</sup> As tentativas de reelaboração da jurisprudência (saber prático dos juristas) como ciência exigiram uma sistematização dedutiva rigorosa da disciplina jurídica. O seu alvo foi transformar a jurisprudência em ciência do Direito através da sistematização dedutiva. Com isso se escondia o caráter problemático essencial à jurisprudência. Como alternativa, Viehweg propõe que a jurisprudência, como teoria da práxis jurídica, deve ser entendida como um procedimento de discussão de problemas (1979; 17-18).

viou o foco típico do Direito para os fins que ele deve cumprir na sociedade, constatando que esses fins orientam tanto a elaboração do direito positivo quanto a sua aplicação pelos juristas (LARENZ: 1989; 50-56).

A novidade é que a visão funcional da teoria jurídica assenta-se agora em outro estilo de pensamento. Trata-se da tópica, revalorizada por Theodor Viehweg em sua obra clássica *Tópica e jurisprudência*, cuja primeira edição data de 1953. A tópica é uma técnica de pensar por problemas, desenvolvida pela retórica. Opõe-se ao pensamento sistemático dedutivo, como aquele elaborado por Kelsen, no qual a decisão judicial não passa de uma etapa no processo de concretização do Direito que inicia com a Constituição e termina com o ato coativo que executa uma sentença, sendo cada grau da estrutura decorrência lógica do nível superior. A tópica não nega a existência de um sistema normativo, nega o seu caráter dedutivo. Partindo do problema, sua preocupação é a elaboração de uma solução justa para o caso concreto, obtida pela harmonização dos argumentos contrários apresentados pelas partes envolvidas no conflito. Esses argumentos devem estar conectados a diferentes *topoi* (lugares-comuns) compartilhados pelas partes, cuja inexistência impediria a comunicação intersubjetiva. O catálogo desses *topoi* forma o sistema (no qual o direito positivo é apenas uma das partes), porém não um sistema dedutivo, completo e fechado, mas um sistema aberto, em que cada novo problema apresentado pode exigir a inclusão de novos cânones no catálogo (1979; 75-85).

O enfoque desloca-se da estrutura do sistema jurídico para sua função, que é a de ministrar elementos para a produção de decisões de conflitos aceitáveis. Como consequência, o centro do raciocínio jurídico volta-se à questão da decidibilidade. Constata-se, deste modo, que o discurso específico dos juristas tem natureza criptonormativa, visa programar decisões jurídicas, pois deve prever que, com sua ajuda, uma problemática social determinada seja solucionável sem exceções perturbadoras (FERRAZ JR.: 1977;44).

Isso é possível graças à redefinição, proposta por Viehweg, de um termo tradicionalmente equiparado ao saber específico dos juristas, o termo dogmática jurídica. Ele surge em contraposição ao raciocínio zetético, investigativo. Tendo por base um sistema de conhecimento formado por perguntas e respostas, o sujeito que opera esse sistema pode dar ênfase a umas ou outras.

Caso a ênfase recaia nas perguntas, o âmbito das respostas é sempre incerto. Surge daí um conhecimento momentâneo, conjectural, cujos próprios pilares são objetos de questionamentos contínuos. Outra coisa se dá na hipótese do peso recair sobre as respostas, então seu espaço fica limitado e as premissas em que se assenta o conhecimento não podem ser questionadas por esse mesmo conhecimento; privilegiam-se aí os elementos estabilidade e segurança. Se a primeira forma de raciocínio é típica do raciocínio zetético que na esfera da experiência jurídica é levado a cabo pela história, filosofia e sociologia jurídicas; a segunda caracteriza o raciocínio dogmático, que se baseia em dogmas, verdades inquestionáveis (VIEHWEG: 2001; 4).

É esse modelo de raciocínio que marca a atuação prática dos juristas, pois se assim não o fosse, impossível seria a obtenção de uma solução jurídica definitiva para um conflito, que se perpetuaria no tempo, pondo em risco a manutenção da sociedade. Sendo a função do direito o controle social, o raciocínio específico dos juristas não pode ser outro que o dogmático, por isso poderemos identificá-lo pelo termo *dogmática jurídica*.<sup>8</sup>

Esses contornos são imprescindíveis para a compreensão do atual estágio do discurso dogmático, de caráter pluridimensional e integrante. Antes de descrevê-lo, porém, cumpre analisarmos o que tradicionalmente tem sido entendido por dogmática jurídica.

### 3. A dogmática jurídica tradicional

Se o conceito de dogmática jurídica, em seu enfoque funcional, foi ressaltado por Viehweg, a existência de um conhecimento dogmático do Direito possui raízes muito mais antigas que procedem da teologia medieval. Como, entretanto, não são as raízes históricas da dogmática jurídica que estão sendo perquiridas nesse trabalho, importa apenas apresentar os caracteres principais da dogmática jurídica tradicional, os quais a colocam no meio-termo entre a formulação de um conhecimento científico e a solução de problemas práticos.

---

<sup>8</sup> Nessa perspectiva, Tércio Sampaio Ferraz Júnior afirma que a dogmática jurídica é uma tecnologia e não uma ciência, pois, centrada no problema da decidibilidade, ela dogmatiza seus pontos de partida, limitando seu âmbito de indagação, o que é inadmissível para as ciências que perseguem o ideal do conhecimento objetivo e verdadeiro (1977; 45).

Aquilo que pode ser reconhecido como paradigma dogmático clássico se caracteriza como uma modalidade de raciocínio jurídico, marcada por certas atitudes ideológicas ou ideais racionais com respeito ao direito positivo, por determinadas funções que cumpre em relação a ele e por certas técnicas de justificação das soluções que propõe (SANTIAGO NINO: 1987;321).

Na visão clarificadora de Vera Regina Pereira de Andrade:

(...) na auto-imagem da Dogmática jurídica ela se identifica com a idéia de ciência do Direito que, tendo por objeto o Direito positivo vigente em um dado tempo e espaço e por tarefa metódica (imane) a “construção” de um “sistema” de conceitos elaborados a partir da interpretação do material normativo, segundo procedimentos intelectuais (lógico-formais) de coerência interna, tem por finalidade ser útil à vida, isto é, à aplicação do Direito (ANDRADE: 1996; 18).

O surgimento da dogmática jurídica combina com a perda de hegemonia da escola do direito natural e a ascensão do positivismo jurídico, mediada pelo historicismo. Não por acaso, as raízes da dogmática se encontram na obra de Savigny, tendo seu desenvolvimento com Jhering – em sua primeira fase – e Windscheid, este último o grande representante da pandectística alemã. Este olhar histórico permite demonstrar que o aspecto central da dogmática no âmbito do positivismo jurídico não é a primeira característica historicamente consolidada deste tipo de raciocínio. Já em Savigny, mas sobretudo no contexto da jurisprudência dos conceitos, a característica fundamental do pensamento dogmático foi seu caráter construtivo. Essa construção diz com a elaboração de conceitos abstratos que não se limitam apenas e tão-somente aos conteúdos expressos no direito positivado. Ele parte da análise dos elementos presentes no direito posto para, a partir daí, abstrair seus princípios fundamentais, que possibilitam a solução de questões aparentemente não abarcadas pelo direito positivado.<sup>9</sup> Em outras palavras, a construção combina com a elaboração daqueles conceitos que não se acham imediata e intuitivamente na lei, cuja explicitação permite encarar com autenticidade os casos da vida jurídica que não estão claramente previstos na norma

---

<sup>9</sup> Hernández Gil identifica o caráter construtivo como essencial à dogmática jurídica, afirmando que: “a carta magna da dogmática jurídica, que es la abstracción generalizadora, abre muchas puertas o muchas vías acaso imperceptibles en la enunciación lingüística de las normas” (1981; 43).

(LEGAZ Y LACAMBRA: 1953; 74). Tem-se aí a primeira função da dogmática jurídica tradicional, posto que não seja a única.

Aliás, pode se dizer que embora o caráter construtivo tenha se afirmado anteriormente, do ponto de vista histórico, a consolidação de um paradigma dogmático do saber jurídico se deu com a preeminência de uma outra característica, de natureza ideológica, só possível com a afirmação das ordens jurídicas estatais legisladas, qual seja a “adesão dogmática ao direito positivo” (SANTIAGO NINO: 1987;322). Isto significa que a aceitação do Direito posto pela autoridade do Estado por parte dos juristas não se deve ao cotejamento de seu conteúdo com o conteúdo de outras normas ou opções axiológicas, mas ao fato de esta norma ter sido posta por uma autoridade que é competente para editá-la, segundo um ordenamento jurídico eficaz. Esta adesão formal se reflete em dois postulados fundamentais: o reconhecimento do Direito positivo estatal como única fonte do Direito e a aceitação de que esta ordem jurídica positiva forma um sistema perfeito, fechado e coerente. Esta é a característica que nos permite falar de uma dogmática jurídica tradicional, em oposição à dogmática tópica desenvolvida por Viehweg.

Com efeito, existindo um sistema de direito positivo hierarquicamente escalonado, que não admite lacunas nem contrariedade entre suas diversas normas, não há que se falar em primazia do problema, método tópico e catálogos abertos de *topoi*. Só faz sentido trabalhar com o raciocínio lógico-dedutivo, que, iniciando no sistema, pretende solucionar problemas através da simples constatação do fato de a conduta concreta conflituosa corresponder à hipótese de alguma norma válida do sistema, o que, se for o caso, impõe a aplicação da sanção prevista no conseqüente da mesma norma, possibilitando, assim, a resolução do caso concreto. Por isso, nada mais resta aos juristas do que se preocuparem com a descrição das normas jurídicas positivadas. Aqui localiza-se a segunda missão da dogmática jurídica tradicional: descrição das normas, ou melhor, partindo do pressuposto de que essas normas têm um sentido e que estes não são unívocos, em virtude da incerteza e da ambigüidade da linguagem, ou melhor em função interpretativa (HART: 1994; 137).

A terceira atividade característica da dogmática jurídica refere-se à sistematização. Não se discute aqui se a sistematicidade é um atributo da ordem jurídica ou o resultado do entendimento formulado a respeito dessa ordem. Somente se constata que a visão do ordenamento jurídico como um todo unitário, ordenado segundo um princípio unificante ao qual podem ser reduzidas todas as normas que o compõem, é elemento inolvidável no âmbito do raciocínio dogmático tradicional.

Construção, interpretação e sistematização, inspiradas por uma adesão dogmática ao direito positivo, não são suficientes, no entanto, para caracterizar a atividade prática dos juristas que, no dia-a-dia, se defrontam e resolvem problemas concretos. Essa abordagem continua por deixar em segundo plano a questão da decidibilidade e, paralelamente, a função primordial da dogmática jurídica, que é ministrar argumentos para uma decisão judicial razoável.

Isso não quer dizer que os juristas não trabalhem direcionados pelo intuito de influenciar decisões, de fato isto ocorre. Como decorrência, verifica-se a presença de uma faceta obscura e não declarada do raciocínio jurídico. Como diz Santiago Nino, à dogmática jurídica cumpre reformular o Direito, precisando seus termos vagos, completando suas lacunas, resolvendo suas incoerências e ajustando suas normas a determinados ideais axiológicos. É desta forma que a dogmática presta sua contribuição à administração da justiça. “Isto, contudo, não se dá de forma aberta mas encoberta, utilizando um aparato conceitual retoricamente efetivo que cumpre a função de fazer aparecer as soluções originais que ela propõem como se derivassem de algum modo, às vezes misterioso, do Direito positivo” (1987; 326).<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> Vale citar também a passagem de Legaz y Lacambra: “Ahora bien, la interpretación, la construcción, y el sistema no pueden ser el todo de la ciencia jurídica, si com eso si quiere hacer prevalecer una dimensión puramente teórica sobre la dimensión práctica que le corresponde. La ciencia jurídica no puede olvidar que si bien está condicionada por la Lógica y presupone los conceptos jurídicos fundamentales y opera com los conceptos normativos, unos y otros son la reducción formalista y la objetivación conceptual de una realidad que es teleológica y está transida de valores” (1953; 74).

## 4. A dogmática jurídica tridimensional (Dreier-Alexy)

É exatamente o problema da decidibilidade, que inadvertidamente sempre fez parte de qualquer especulação dogmática, a pedra de toque do modelo dogmático tridimensional<sup>11</sup> desenvolvido pelos professores da Universidade de Gottingen, Alemanha, Ralf Dreier e Robert Alexy.<sup>12</sup> Para estes eminentes jusfilósofos, o caráter especificamente jurídico de uma investigação baseia-se na relação da teoria jurídica com a dogmática jurídica e encontra sua expressão na função orientadora do conhecimento que possui a perspectiva do juiz (DREIER: 1984; 76), ou seja, eles propõem a unificação do raciocínio jurídico no âmbito de uma dogmática multidimensional,<sup>13</sup> conferindo a esta um espectro mais amplo que o tradicional, definindo seu centro no ponto de vista do juiz que decide os problemas concretos.<sup>14</sup>

Para tanto, é preciso um conhecimento jurídico pluridimensional, que não se restrinja à adesão dogmática ao direito positivo estatal, mas que

---

<sup>11</sup> A tridimensionalidade aqui referida diz respeito à esfera da epistemologia, forma de se compreender o fenômeno jurídico, não ao nível ontológico, como se dá com a conhecida teoria tridimensional do direito de Miguel Reale, que define o direito, ou seja, o ser do fenômeno jurídico, como a interação entre fato, valor e norma numa relação orientada pela dialética da bipolaridade-implicação. (REALE: 1977; 64-67 e GUERRA FILHO: 1999; 152).

<sup>12</sup> Atualmente Robert Alexy é Professor de Direito Público e de Filosofia do Direito na Universidade Christian-Albrechts, em Kiel, Alemanha. O modelo dogmático tridimensional está exposto em três obras fundamentais, todas originalmente editadas em língua alemã: DREIER, Ralf. **Recht – Moral – Ideologie**, Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1981; ALEXY, Robert. **Theorie der juristischen Argumentation**, Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1978 e ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**, Frankfurt a. M.: Suhrkamp-Verlag; 1986. Para a elaboração desse trabalho utiliza-se basicamente as obras de Robert Alexy, a primeira através da recente tradução brasileira: **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001. A segunda através da tradução espanhola: **Teoria de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: CEC, 1997.

<sup>13</sup> O que não significa negar o caráter científico da dogmática, o que, aliás, é ressaltado por Alexy quando afirma que uma das funções da dogmática é o desenvolvimento do saber jurídico, ou seja, a superação de respostas aceitas majoritariamente num dado momento para problemas concretos por outras que melhor atendam aos ideais de racionalidade e as opções axiológicas vigentes noutro momento. Este progresso do conhecimento visualizado na dogmática jurídica fala a favor de seu *status científico* (ALEXY: 2001; 254).

<sup>14</sup> Diz Alexy: “Esto no significa que la ciencia del derecho no pueda adoptar, además, otras perspectivas ni que en ella se trate siempre directamente de la solución de casos concretos pero, significa que la perspectiva del juez es la que caracteriza primariamente la ciencia del derecho y que los enunciados y teorías expuestas en ella desde esta perspectiva, por más abstractos que puedan ser, están siempre referidos a la solución de casos, es decir, a la fundamentación de juicios jurídicos concretos de deber ser” (ALEXY: 2001; 33).

também não negue a importância desse referencial normativo. Uma teoria jurídica adequada a seu objeto, que não caia em excessos artificialistas, deve ter três dimensões: a analítica, a empírica e a normativa,<sup>15</sup> unidas na perspectiva orientadora do juiz.

Entretanto, isto não significa que apenas o enfoque dogmático seja cabível na análise do fenômeno jurídico, nem que ele se esgote nas três dimensões reveladas pela dogmática, nem ao menos que apenas os conhecimentos dogmáticos ministrem instrumental hábil para uma decisão judicial aceitável. Orientando-se para uma teoria da decisão, essa proposta desloca-se da preocupação de como se estrutura o ordenamento jurídico para como se constrói a decisão judicial. Percebe-se aí que o elemento marcante do processo de realização do Direito na esfera judicial é o seu caráter argumentativo. Num Estado de Direito, contudo, esta argumentação não pode se dar fora de parâmetros controláveis, isso quer dizer racionalmente constatáveis. A dogmática jurídica figura, assim, como um dos parâmetros responsáveis por influir na decisão e por garantir a sua racionalidade, impedindo que ela caia no livre subjetivismo do juiz. Logo, ela deve ser vista no contexto de uma teoria mais ampla da argumentação jurídica, na qual participam outros elementos, como a analogia e o discurso prático geral.

Desta maneira, Alexy identifica a dogmática jurídica como “a ciência jurídica no sentido mais estreito e apropriado do termo, do que é realmente perseguido por eles [os juristas]” (2001; 241). É, portanto, o conhecimento institucionalmente organizado, desenvolvido por um conjunto especializado de pessoas, tendo por referência uma determinada ordem jurídico-positiva e direcionado a uma finalidade prática.<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> Como enuncia Canotilho, é a consagração dessas três dimensões que permite reconhecer o caráter da ciência do Direito como disciplina prática, aqui denominada dogmática jurídica, vinculada a casos e sentenças (1990; 161) Essa reflexão segue a orientação de Alexy ao afirmar: “Frente a las tres dimensiones, el carácter de la ciencia del derecho como disciplina práctica resulta ser un principio unificante” (1997; 33).

<sup>16</sup> A referência a um determinado direito positivo é essencial ao conhecimento dogmático (ALEXY: 1997;29). Da mesma forma, a importância do caráter institucional para a definição da Dogmática Jurídica (ALEXY:2001;244-245). É importante notar que neste trabalho pretende-se delimitar a dogmática como atividade ou tarefa que produz um discurso sobre o Direito e não o resultado dessa atividade que são as proposições dogmáticas. Vale lembrar que com respeito à dogmática como conjunto de proposições, Alexy oferece o seguinte conceito: “A dogmática jurídica é (1) uma classe de proposições que (2) se relacionam com normas atuadas e lei casual mas não são idênticas

Se tradicionalmente esse conhecimento se ocupou (1) da análise lógica dos conceitos jurídicos, (2) da unificação dessa análise em um sistema e (3) da aplicação dos resultados dessa análise para justificar decisões jurídicas (ALEXY: 2001; 243), resta claro que essas três preocupações não se esgotam em uma única dimensão de análise e devem ser levadas em conta na delimitação das atividades realizadas por um discurso sobre o Direito.<sup>17</sup>

#### 4.1. Dimensão analítica

A dimensão analítica trata da consideração sistemático-conceitual do direito válido, estendendo-se desde a análise de conceitos fundamentais, passando pela construção jurídica, até a investigação da estrutura do sistema e da fundamentação das normas (ALEXY: 1997;30). As duas primeiras tarefas podem ser definidas como conceituais, sendo muito similares àquelas consideradas típicas pela jurisprudência dos conceitos, mas negadas no normativismo kelseniano que atribui apenas caráter cognitivo à ciência jurídica.

A análise de conceitos diz respeito a duas espécies fundamentais: os *conceitos jurídicos autênticos* (contrato, atos administrativo, autodefesa), cujo conteúdo depende da regulamentação normativa mas não se atém estritamente ao estabelecido no Direito positivo; e, também, de *outros conceitos que ocorrem nas normas jurídicas* (ALEXY: 2001;246). Nesse ponto, tratam-se daquelas expressões presentes em textos normativos, possuidoras de uma carga de sentido bastante imprecisa, que podem ser identificadas com aquilo que se conhece como conceitos jurídicos indeterminados, cláusulas gerais, normas-programa etc. Ambas essas análises dão margem à construção jurídica, tanto na aglutinação de outros componentes não normativos aos conceitos autênticos quanto na definição de teorias que propõem sentidos para os conceitos indeterminados. A dimensão analítica é responsável, por fim, pela construção de *normas que carecem de qualquer pedigree estatutário*, mas que

---

à descrição das mesmas, (3) estão em algum inter-relacionamento mútuo coerente, (4) são compostas e discutidas no contexto de uma ciência jurídica institucionalmente organizada e (5) tem conteúdo normativo” (2001; 245).

<sup>17</sup> Willis Santiago Guerra Filho vê a conjugação dessas três atividades, formando um modelo tridimensional “como uma tentativa de conciliar de modo produtivo as três principais correntes do pensamento jurídico, a saber: o positivismo normativista, o positivismo sociológico ou realismo e o jusnaturalismo” (1998; 13).

recebem a pecha de dogmáticas por serem discutidas em meio a uma ciência jurídica institucionalmente organizada, sendo inclusive objeto de aplicação pelos tribunais (ALEXY: 2001;247).

A sistematização toca à reelaboração estrutural de todo o ordenamento não apenas segundo relações de supra-infra-ordenação de índole formal, mas paralelamente sob a base de relações materiais, sendo que o ápice do ordenamento não é composto por um simples fato gerador de norma — uma norma hipotética fundamental, por exemplo —, mas sim por princípios, que possuem conteúdos substanciais, dotados de fundamentalidade formal e material. Por conseguinte, o fundamento de validade não reside apenas na produção da norma por uma autoridade competente segundo a forma prevista por outra norma superior. É imprescindível a adequação de conteúdo entre a norma inferior e a norma superior.

## **4.2. Dimensão empírica**

A dimensão empírica da dogmática jurídica pode ser vista em um duplo sentido: primeiro, como conhecimento do Direito positivamente válido; segundo, como utilização de premissas empíricas na argumentação jurídica. Para uma investigação teórica do Direito é suficiente o primeiro, haja vista que a utilização de premissas, posto fundamental no curso de um processo judicial (basta pensar-se em matéria probatória), é posta num plano inferior quando se trata de desenvolver um conhecimento jurídico-dogmático. Segundo Alexy, nessa dimensão é necessário pressupor um amplo e polifacético conceito de Direito e de validade. Envolvendo não apenas o Direito legislado, como também o Direito judicial, conjunto de normas oriundas da jurisprudência dos tribunais. Ademais, a eficácia do Direito, à medida que é condição de validade dele, é objeto da dimensão empírica (1997; 30). Logo, esta não se resume ao conjunto de normas (legislativas e judiciais) positivamente vigentes, mas também indaga sobre a eficácia dessas normas e sobre premissas empiricamente verificáveis utilizadas como argumentos pelo discurso jurídico. Trata-se, assim, de conhecer um determinado ordenamento jurídico (brasileiro, argentino, alemão etc.), mas não apenas disso.

### 4.3. Dimensão normativa

As duas dimensões anteriores, embora tenham deixado claro o caráter prescritivo das proposições dogmáticas, nada acrescentaram às atividades tradicionalmente reservadas à dogmática jurídica; conforme representado no tópico anterior, a dimensão normativa exige o rompimento com um dos pilares essenciais do modelo dogmático clássico, qual seja, a adesão dogmática ao Direito positivo.<sup>18</sup>

Como ensina Alexy, a dimensão normativa vai além da mera comunicação do Direito positivo válido, “trata-se da orientação e crítica da práxis jurídica, sobretudo da práxis da jurisprudência judicial” (1997; 32). Contrastando com o modelo kelseniano que limitava o papel da Ciência jurídica à definição da moldura, dentro da qual o juiz atuaria livremente em uma dimensão normativa da dogmática, “é constitutiva a questão de saber qual é, no caso concreto e com base no Direito positivo válido, a decisão correta” (1997; 32). Nesta face, a dogmática põe-se diante do problema valorativo. Preocupa-se com as opções axiológicas que orientam, às vezes, de forma obscura, a decisão judicial. Seu objetivo é, assim, criar condições de fundamentabilidade racional de juízos de valor.

Nesse momento surgem os problemas de complementação e fundamentação. Os primeiros ligam-se à questão das lacunas do Direito, como sabido problema de caráter axiológico e não lógico.<sup>19</sup> Os segundos derivam do fato de que a identificação do material normativo dotado de autoridade

---

<sup>18</sup> Willis Santiago Guerra Filho sustenta, nessa perspectiva, que esta dimensão é melhor reconhecida como crítico-normativa, pois nela não apenas se pode questionar as decisões jurídicas e sim as próprias premissas que levaram a uma dada decisão e assim aos dogmas do raciocínio jurídico. Utilizando a classificação de Viehweg, nesta dimensão haveria a aglutinação entre a dogmática e as disciplinas zetéticas, permitindo a questionamento dos pontos de partida e a construção de uma dogmática crítica (GUERRA FILHO: 1995;48 e GONÇALVES: 1997;41-43).

<sup>19</sup> Kelsen demonstrou que diante de um sistema jurídico formado por juízos do dever ser, segundo a estrutura hipótese/consequência, todos os comportamentos possíveis estão regulados, seja positivamente, quando à verificação do comportamento é devida à imposição de uma sanção, seja negativamente, quando a conduta em comento não é tida por nenhuma norma válida do sistema como pressuposto de uma sanção; neste caso, diz-se que a conduta é irrelevante perante o Direito. Por isso não se admitem lacunas lógicas no ordenamento mas apenas lacunas axiológicas, que surgem diante daqueles comportamentos que, posto não sejam hipóteses normativas, ofendem o senso de justiça do jurista ou da comunidade e diante disso exigem alguma repreensão pelos órgãos jurisdicionais do Estado (1995; 273-277).

– Direito positivo – exige valores, tanto para o seu reconhecimento quanto para a definição de seu significado.<sup>20</sup>

Somente com a inclusão dessa tríplice dimensão no espectro de análise da dogmática jurídica é possível responder racionalmente, sem apelo a construções artificiais ou subjetivismos autoritários, à questão que aflige e norteia o raciocínio dos juristas: o que é devido nos casos reais ou imaginados?

## Considerações finais

Distante da discussão sobre a cientificidade ou tecnicidade do saber jurídico, este trabalho buscou descrever um modelo alternativo e conglomerante para a dogmática jurídica. Nesse intuito, iniciou por identificar uma característica marcante do metadiscurso sobre o discurso do Direito, que é a duplicação do saber jurídico, consubstanciado no divórcio entre os conhecimentos jurídicos moldados por padrões vindos das ciências naturais qualificados como científicos e o conhecimento prático tradicionalmente desenvolvido pelos juristas. Contudo, e isto é o que se pretendeu demonstrar, ambas as perspectivas podem ser aproximadas numa proposta epistemológico-funcionalista da dogmática jurídica.

Por conhecimento dogmático define-se a modalidade de raciocínio que reconhece suas premissas como inquestionáveis, sendo imprescindível às demandas por segurança jurídica da modernidade. É essa idéia que serve de matriz para a dogmática jurídica, vista como disciplina prática orientada pela perspectiva do juiz, ou seja, preocupada com o problema de solucionar casos concretos.

Nesse sentido, uma análise das atividades historicamente desenvolvidas pelo pensamento jurídico demonstra que elas não se esgotam em uma única dimensão. Deve-se, assim, reunir as dimensões tradicionais da dogmática jurídica: construção, interpretação e sistematização das normas com base em um Direito positivo válido, adicionando uma nova dimensão que respeita aos valores que fundamentam as decisões jurídicas. Apenas com a união das três dimensões: analítica, empírica e normativa é possível

---

<sup>20</sup> Incumbe lembrar que Alexy é signatário da tese da vinculação entre sistema moral e sistema jurídico positivo, o que, em seu entender, é possível dentro de parâmetros racionais.

a confecção de um conhecimento racional sobre o Direito, sem cair nos excessos formalistas do positivismo ou substancialistas do jusnaturalismo.

## Referências bibliográficas

AGUILLAR, Fernando Herren. **Metodologia da ciência do direito**. 2. ed., São Paulo: Max Limonad, 1999.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés Madrid: CEC, 1997.

\_\_\_\_\_. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Dogmática jurídica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

BOBBIO, Norberto. *Scienza giuridica*. In: **Contributi ad un dizionario giuridico**. Torino: Giappichelli, 1994.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Tópicos de um curso de mestrado sobre direitos fundamentais, procedimento, processo e organização. In: **Boletim da Faculdade de Direito**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1990, v. LXVI

DREIER, Ralf. Entrevista. In: **Doxa**, Universidad d'Alicante, n. 1, 1984, p. 75-77.

FERRAZ JR. Tércio Sampaio. **A ciência do Direito**. São Paulo: Atlas, 1977.

GONÇALVES, Flávio José Moreira. Notas para a caracterização epistemológica da teoria dos direitos fundamentais. In: GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.). **Dos direitos humanos aos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 31-43.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Introdução à filosofia e à epistemologia jurídica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

\_\_\_\_\_. Direitos fundamentais: teoria e realidade normativa. In: **Revista dos Tribunais**, n. 713, março, 1995, p. 45-52.

\_\_\_\_\_. A dimensão processual dos direitos fundamentais e da constituição. In: **Revista de Informação Legislativa**, a. 35, n. 137, jan./mar. 1998, p. 13-21.

GRAU, Eros Roberto. **La doble de desestructuración y la interpretación del derecho**. Barcelona: Bosch, 1998.

HART, Herbert L. A. **O conceito de Direito**. 2. ed., Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994.

HERNÁNDEZ GIL, Antonio. **La ciencia jurídica tradicional y su transformación**. Madrid: Civitas, 1981.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 4. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1995.

KIRCHMANN, J. H. von. La jurisprudencia no es ciencia. In: **La ciencia del derecho**. Buenos Aires: Losada, 1949, p. 251-286.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito**. Tradução de José Lamego. 2. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. **Filosofía del Derecho**. Barcelona: Bosch, 1953.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1977.

SANTIAGO NINO, Carlos. **Introducción al análisis del Derecho**. 2. ed., Buenos Aires: Astrea, 1987.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

\_\_\_\_\_. Algumas considerações acerca do raciocínio jurídico. Tradução de Carolina de Campos Melo. Texto disponível na internet: <http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/petjur/textos/clviahweg.doc>, acessado em 31/08/2001.