

O OBJETO DA DOGMÁTICA JURÍDICA: O QUE FAZEM OS ESTUDIOSOS DO DIREITO?*

THE OBJECT OF LEGAL DOGMATICS: WHAT DO JURISTICS DO?

MARTHA TORIBIO LEÃO**

RESUMO

O presente artigo examina três diferentes modelos de dogmática jurídica: descritivista, realista e argumentativista. Para tanto, enfrenta, em primeiro lugar, as críticas atinentes ao uso da expressão “ciência jurídica”, apontando as razões pelas quais o termo “dogmática jurídica” seria mais técnico para designar a atividade praticada pelos estudiosos do Direito. Em segundo lugar, o trabalho aborda as críticas ao modelo descritivista, enquanto modelo reducionista do objeto da dogmática jurídica. Como contraponto a este modelo, são examinadas as características dos modelos realista e argumentativista. E, em terceiro lugar, defende-se a adoção do modelo argumentativista, mais especificamente em sua evolução para o modelo semântico-argumentativista. A hipótese a ser enfrentada diz respeito a definir qual é a atividade praticada pelos estudiosos do Direito, para responder se esta atividade é descritiva, criativa ou argumentativa. O método utilizado é o analítico, por meio de uma pesquisa doutrinária crítica com relação ao tema. Como conclusões alcançadas, destaca-se a preferência pela concepção de dogmática jurídica (e não ciência jurídica), enquanto método (referindo-se tanto a atividade como ao seu produto). Além disso, conclui-se pela adoção de uma objetividade discursiva, que pressupõe a adoção de critérios claros e seguros, sem que isso leve ao decisionismo, que é exatamente a crítica apresentada ao modelo realista. Isso significa dizer que entender

ABSTRACT

This article examines three different models of legal dogmatics: descriptivist, realistic and argumentative. In order to do so, it confronts, firstly, the criticisms related to the use of the term “legal science”, pointing out the reasons why the term “legal dogmatics” would be more technical to designate the activity practiced by law scholars. Secondly, the paper addresses the critiques of the descriptivist model as a reductionist model of the object of legal dogmatic. As a counterpoint to this model, the characteristics of the realistic and argumentative models are examined. And, thirdly, it defends the adoption of the argumentative model, more specifically in its evolution to the semantic-argumentativist model. The hypothesis to be faced concerns defining what is the activity practiced by law scholars, to answer if this activity is descriptive, creative or argumentative. The method used is the analytical, through a critical doctrinal research on the subject. The conclusions reached include the preference for the conception of “legal dogmatics” (not legal science) as a method (referring to both the activity and its product). Moreover, it concludes by adopting a discursive objectivity, which presupposes the adoption of clear and safe criteria, without this leading to decisionism, which is exactly the criticism presented to the realistic model. This means that understanding law as a discursive practice, whose objectivity is in the argument, does not necessarily mean

* O referido artigo foi produzido no âmbito de disciplina cursada no Mestrado em Teoria do Direito e Democracia Constitucional no Istituto Tarello per la Filosofia del Diritto e Università Degli Studi di Genova, com bolsa de financiamento parcial.

** Doutora e Mestre em Direito Tributário pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Mestre em Teoria do Direito pelo Istituto Tarello per la Filosofia del Diritto e Università Degli Studi di Genova. Especialista em Direito Público e Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Professora Doutora da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, em São Paulo/SP.
Email: martha.leao@mackenzie.br

o Direito como uma prática discursiva, cuja objetividade encontra-se na argumentação, não significa necessariamente que o Direito será apenas aquilo que os juízes disserem que ele é. O intérprete participa ativamente da construção e reconstrução do Direito, mas esta participação ativa parte do Direito posto.

PALAVRAS-CHAVE: Dogmática jurídica. Ciência jurídica. Modelo argumentativista. Modelo descritivista. Modelo realista.

that law will be only what judges say it is. The interpreter actively participates in the construction and reconstruction of the law, but this participation activates part of the post Law.

KEYWORDS: Legal dogmatics. Legal science. Argumentative model. Descriptive model. Realistic model.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Por quê um modelo de dogmática jurídica e não de ciência jurídica? 2. Os modelos argumentativista e realista como contraponto ao modelo descritivista. 3. Do modelo argumentativista ao modelo semântico-argumentativista. Conclusões. Referências.

INTRODUÇÃO

O papel do Supremo Tribunal Federal tem sido objeto de constante debate político, jornalístico e doutrinário.¹ O julgamento de casos recentes, com enorme repercussão no país, ilustram isso. São exemplos paradigmáticos, nesse sentido, os julgamentos sobre a constitucionalidade da execução provisória da pena depois do julgamento em segunda instância², a constitucionalidade da quebra do sigilo bancário, independentemente de decisão judicial, para fins tributários e penais³, e, ainda, a questão da nulidade dos processos penais em função da ordem que deve ser adotada entre defesa e acusação nas alegações finais⁴. É nesse contexto de críticas e defesas ao protagonismo político dos Ministros da Corte Constitucional brasileira que se propõe um artigo para responder à seguinte pergunta de pesquisa: o que fazem os estudiosos do Direito? Esta pergunta, de aparência singela, é uma das mais difíceis de serem respondidas no âmbito da Teoria do Direito.

Este artigo se propõe a contribuir para este debate, a partir do exame de três diferentes modelos de dogmática jurídica: o modelo descritivista, o modelo

1 Nesse sentido, a título exemplificativo, as posições antagônicas de: BARROSO, 2018 (na defesa de um papel mais ativo politicamente), e, ÁVILA, 2019a (na crítica ao protagonismo político das atuais decisões da Corte).

2 BRASIL, STF, Ações Diretas de Constitucionalidade n.º 43 e 44, Relator Ministro Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 05.10.2016.

3 BRASIL, STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.390, Relator Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgamento em 17.02.2015 (para fins tributários) e BRASIL, STF, Recurso Extraordinário n.º 1.055.941, Relator Ministro Dias Toffoli, decisão monocrática, julgamento em 15.07.2019 (para fins penais).

4 BRASIL, STF, Habeas Corpus n.º 166.373, Relator Ministro Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgamento iniciado em 26.09.2019.

realista e o modelo argumentativista. A comparação entre estes modelos levará à conclusão de que o modelo mais adequado para explicar a atividade praticada pelos estudiosos do Direito é o modelo semântico-argumentativista. Para tanto, o artigo inicia com a análise das razões pelas quais o termo ciência jurídica é em si problemático para designar a atividade praticada pelos juristas. E isso porque ele parte da premissa de que esta atividade é científica, o que por si só já é objeto de contestação por parte da doutrina.

A partir disso, se passa a analisar o modelo descritivista de dogmática jurídica, inspirado no ideal do empirismo, e suas limitações para a transposição de suas conclusões ao Direito. A ideia é demonstrar que o Direito não é uma entidade física, mas uma realidade discursiva, que não pode ser meramente descrita porque precisa da participação do intérprete para a sua reconstrução. Em outras palavras, o Direito não é um objeto pronto e acabado, ou seja, um objeto previamente dado, cujo conteúdo dependa exclusivamente de atividades cognitivas reveladoras de sentidos predeterminados. Ele é uma composição entre atividades semânticas e argumentativas, que dependem de um processo decisional que possui caráter axiológico. Estas evidências são utilizadas também na análise acerca das limitações do modelo realista para a dogmática do Direito, na medida em que este reconhece o papel do intérprete, mas vai a outro extremo, ao desconsiderar o papel do *texto* enquanto Direito posto.

1. POR QUÊ UM MODELO DE DOGMÁTICA JURÍDICA E NÃO DE CIÊNCIA JURÍDICA?

A utilização do termo “ciência jurídica” para definir a atividade realizada pelos estudiosos do Direito, não obstante sua difusão, é bastante criticada pela doutrina. De um lado, “ciência jurídica” seria um termo inadequado por adotar como premissa o caráter científico desta atividade – o que por si só é discutível para alguns autores que negam este caráter de cientificidade à atividade do estudioso do Direito. De outro lado, o termo é ambivalente ou ambíguo, na medida em que comporta uma série de definições incompatíveis entre si. Sua utilização, por essas razões, gera uma dificuldade terminológica com relação a circunscrever a atividade teórica praticada pelos estudiosos do Direito.⁵

Embora o termo tenha um significado cognoscitivo, por vezes sua utilização decorre da conotação de um significado emotivo: o que é científico tem uma espécie de timbre de elogioso, despertando reações favoráveis do interlocutor.⁶ Como destaca Waldron, algumas palavras, como a dignidade, por exemplo, podem ser consideradas como “*feel good words*”, ou seja, palavras que se conectam a sentimentos positivos, trazendo consigo um apelo emocional

5 NÚÑEZ, 2014, p. 17; NINO, 2003, p. 11.

6 NINO, 1989, p. 13.

ao ouvinte ou destinatário do texto.⁷ Esta mesma construção se aplica aos termos *ciência e científico*. Construção semelhante (e crítica) é feita por Ross ao tratar dos termos “justo e justiça”. Para o autor, invocar a justiça seria como dar uma pancada na mesa, porque se usa uma expressão emocional que faz da própria exigência um postulado absoluto, buscando entendimento mútuo.⁸ Assim, palavras como “dignidade”, “justiça” e “ciência” não apresentam apenas uma descrição, mas expressam uma valoração positiva, suscitando no ouvinte um estímulo para compartilhar desse valor.⁹ Há uma função apelativa e retórica em seu uso, em decorrência da sua dimensão emocional,¹⁰ e o termo acaba funcionando como um “conceito incontestável”, como “uma bandeira linguística, que solicita aderência e coesão”¹¹ ou como “armas semânticas” (*semantische Waffen*).¹² Em suma, essas são palavras utilizadas com uma função persuasiva.¹³

O problema é que faz parte do próprio objeto em discussão a existência ou não de cientificidade. Isso significa dizer que o termo é problemático exatamente por adotar como premissa algo que faz parte daquilo que está em discussão e precisaria ser comprovado pela atividade do estudioso do Direito, ou seja, que há cientificidade no objeto em análise. A utilização da expressão dogmática jurídica, por sua vez, afasta esta discussão. Por dogmática jurídica entende-se o método (atividade ou resultado) proposto (ou descrito) por quem considera que os estudiosos do Direito não se limitam, ou não deveriam limitar-se, a meramente descrever o conteúdo do Direito, mas sim propor soluções aos juízes para resolver os casos difíceis.¹⁴ A dogmática jurídica, por tanto, parte já de uma determinada concepção de Direito e da atividade que deveria ser praticada pelo estudioso do Direito, que não deveria ser meramente descritiva do seu conteúdo. Isso não significa, contudo, que o termo também não seja criticável.

Muitos autores, como Aienza por exemplo, criticam a expressão por sua vinculação analógica à ideia de dogmas da teologia, quando, na verdade, o sentido denotado por dogmática jurídica indicaria a possibilidade de alterações

7 WALDRON, 2012, p. 137.

8 ROSS, 2007, p. 320.

9 ALEXY, 1996, p. 194.

10 BAYERTZ, 1999, p. 4.

11 A constatação é feita por MUNOZ-DARÉ com relação à fraternidade: “*The word therefore functions as an uncontested concept, as a linguistic flag prompting adhesion and cohesion (...)*” (MUNOZ-DARE, 1999, p. 83).

12 ALEXY, 1996, p. 16-17.

13 STEVENSON menciona a existência definições persuasivas (*persuasive definitions*), que seriam aquelas utilizadas com o propósito (consciente ou não) de alterar o posicionamento das pessoas. (STEVENSON, 1938, p. 331).

14 NÚÑEZ, 2014, p. 33.

e evoluções no sistema jurídico – o que seria impensável do ponto de vista dos dogmas religiosos.¹⁵ Ainda assim, o autor defende o uso do termo, não apenas devido a sua aceitação doutrinária, como também em virtude de um sentido metafórico que pode ser atribuído a ele. Com efeito, para ele, a educação científica dependeria do aceite de uma tradição pré-estabelecida de como solucionar os problemas, ou seja, de um paradigma comum que determinaria as “regras do jogo”. A tarefa de um cientista seria exatamente buscar as respostas dos problemas dentro destas regras, conhecidas e aceitas, ou seja, pressuporia um compromisso ainda que *a priori* com a manutenção deste *status quo*. Atienza compreende que isso é seguido na prática jurídica, enquanto modelo discursivo, que aceita uma pauta de proposições como ponto de partida, e que se propõe a resolver os problemas com os procedimentos aceitos por aquela comunidade. Esta pauta de racionalidade de que se parte para a solução dos problemas jurídicas seria, de forma metafórica, um dogma dos estudiosos do Direito.¹⁶

Por essas razões, este trabalho parte desta concepção de dogmática jurídica enquanto método (referindo-se tanto a atividade como ao seu produto) a ser praticado pelo estudioso do Direito que defende uma postura ativa deste para a solução dos problemas jurídicos, tal qual estabelecido pelo conceito de Núñez, e que, para tanto, parte de uma determinada racionalidade que funciona como um paradigma das regras aceitas por aquela comunidade jurídica, tal qual estabelecido por Atienza.

2. OS MODELOS ARGUMENTATIVISTA E REALISTA COMO CONTRAPONTO AO MODELO DESCRITIVISTA

Este movimento de afastamento do termo “ciência jurídica” por “dogmática jurídica” no modelo argumentativista tem como objetivo central afastar-se de duas teses principais. Em primeiro lugar, do descritivismo, ou seja, da ideia de que a Ciência do Direito seria uma metalinguagem, a quem caberia apenas a descrição do conteúdo das normas jurídicas. E, em segundo lugar, do empirismo, isto é, da premissa de que os enunciados descritivos doutrinários deveriam ser testados com base no ordenamento jurídico-positivo como um dado empírico, daí a adoção do conceito de verdade por correspondência.¹⁷

Estes paradigmas, no entanto, se mostraram incapazes de, de um lado, explicar aquilo que de fato é praticado pelos estudiosos do Direito, e, de outro lado, ajudar a resolver os problemas reais impostos pelos casos práticos. Estas dificuldades levaram a uma inversão: ao invés de revelar o objeto do Direito, passou-se à tentativa de encaixá-lo em um molde científico pré-determinado.

15 ATIENZA, 2014, p. 127.

16 ATIENZA, 2014, p. 122-126.

17 ÁVILA, 2012, p. 235.

Daí a analogia de Aarnio, no sentido de tentar ajustar a dogmática jurídica à cama de Procusto, ainda que para isso fosse necessário cortar suas mãos e pés. A cama de Procusto tem o tamanho correto se, e apenas se, o hóspede é medido para caber naquela cama. O problema é que quando o objeto do direito é medido para caber em uma cama determinada (nesse caso, a da ciência), ele deixa de ser aquilo que de fato é. Por essa razão, a necessidade de se afastar deste paradigma científico e passar a analisar o objeto do estudioso do Direito como aquilo que ele de fato é, ou seja, uma forma de prática social.¹⁸

No mesmo sentido, Ávila destaca que a adoção da tese descritivista da Ciência do Direito partiu de um modelo de Ciência criado para outros mundos, e não para o mundo do Direito: o ideal dos empiristas, de criar um único método para todas as ciências surgiu inicialmente para as ciências naturais, alastrando-se mais tarde para todas as ciências, inclusive a do Direito. O problema é que o Direito envolve um discurso que não tem por objeto uma entidade física, mas uma realidade discursiva, incapaz de ser descrita como supostamente o é uma entidade física, pela singela e boa razão de que a sua realidade não está pronta sem a participação do intérprete. Assim, por meio do modelo empirista, adequou-se o Direito ao modelo de Ciência, em vez de se adaptar o modelo de Ciência ao Direito. Em suma, conclui Ávila: construiu-se o “Direito da Ciência” no lugar da “Ciência do Direito”.¹⁹

Desse modo, a incapacidade deste modelo descritivista de resolver os problemas jurídicos criou a necessidade de um novo modelo para a atividade praticada pelo estudioso do Direito. Calsamiglia é enfático ao demonstrar como o ideal de neutralidade proposto por este paradigma científico do empirismo entra em crise a partir do momento em que os próprios cientistas do Direito tratam de responder a problemas de decisão e recomendar soluções aos problemas encontrados. A partir disso, impõe-se o reconhecimento de que o Direito não é um produto acabado que o cientista do Direito possa descrever sem participar ativamente do seu objeto. Para responder à pergunta de como deve ser o Direito, o estudioso do Direito precisa ir além do aparato tradicional da ciência, na medida em que este mostra-se insuficiente para a resolução destes problemas.²⁰ Da mesma forma, Ávila, criticando os paradigmas do descritivismo e do empirismo, destaca que existem outros paradigmas mais adequados ao tratamento do fenômeno jurídico, como da verdade por verossimilhança e o da objetividade discursiva, centrados não na capacidade de anteciper com certeza o Direito como se ele fora um objeto prévia e inteiramente dado, mas no poder de revelar, com a maior consistência possível, os critérios de realização do Direito

18 AARNIO, 2011, p. 79.

19 ÁVILA, 2013, p. 201.

20 CALSAMIGLIA, 1996, p. 17-25.

como um processo discursivo a ser continuamente constituído, inclusive com o auxílio da doutrina.²¹

No modelo argumentativista, portanto, entende-se que os estudiosos do Direito devem dedicar-se a construir soluções para os problemas jurídicos que o próprio ordenamento não resolve de maneira unívoca, sendo que esta tarefa deve ser realizada a partir do oferecimento de razões baseadas em regras e princípios incorporados ao Direito. A atividade, nesse sentido, tem um sentido prático que busca responder à pergunta sobre o que deve fazer o estudioso do Direito.²² Por isso, nas palavras de Aarnio, a metodologia central para o estudioso do Direito não poderia mais ser indutiva ou dedutiva, mas racional-discursiva. O método é a argumentação jurídica, que produz uma rede coerente de razões para suportar as recomendações normativas. A coerência vincula-se com a formação do maior grupo possível de proposições compatíveis.²³

Tal modelo está diretamente vinculado à concepção argumentativa de interpretação, baseada no *processo* por meio do qual se chega a um resultado, no sentido de que cabe ao intérprete, mediante atividade dinâmica e intermediária, centrada não apenas em aspectos semânticos, mas também em estruturas argumentativas, reconstruir um conteúdo normativo a partir de núcleos semânticos gerais mínimos. O conteúdo normativo, aferível antecipadamente apenas com relação às alternativas interpretativas possíveis, e os critérios para a sua delimitação correspondem a um espectro com o qual a realidade se conforma em maior ou em menor medida. O Direito, nessa acepção, é considerado como uma atividade dependente do processo de interpretação e de aplicação.²⁴ Nesse sentido, Guastini destaca que interpretar é atribuir significado a um texto normativo e, portanto, independe da existência de dúvidas ou controvérsias, porque qualquer texto normativo necessita de interpretação; para o autor, não há significado sem interpretação e, conseqüentemente, não há aplicação sem interpretação.²⁵

É importante mencionar, contudo, que o modelo argumentativista não é o único que se contrapõe ao modelo descritivista antes mencionado. O modelo realista também se opõe a estes paradigmas científicos, indo, porém, a outro extremo. Para este modelo, a ciência jurídica recomenda aos estudiosos do Direito realizar previsões acerca de como decidirão os juízes em futuras controvérsias. Um dos seus principais expoentes é Guastini. Para o autor italiano, os enunciados doutrinários não são apenas uma metalinguagem da atividade do legislador. Em parte, a doutrina se dirige àquilo que foi estabelecido pelo

21 ÁVILA, 2012, p. 233.

22 NÚÑEZ, 2014, p. 48-49.

23 AARNIO, 2011, p. 28;42; 114.

24 ÁVILA, 2019b, p. 360.

25 GUASTINI, 2011, p. 405.

legislador. No entanto, sua atividade não se encerra na mera descrição daquilo que foi determinado pelo legislador.

Estas duas linguagens (tanto a do legislador como a do intérprete) fazem parte de um mesmo processo de formação do Direito, na medida em que a atividade do intérprete modela e enriquece aquilo que foi determinado pela linguagem do legislador. E, além disso, por vezes, cria novas normas, que não estavam presentes naquela primeira linguagem. A determinação dos significados admitidos pelo texto, ou seja, a interpretação cognitiva, constitui apenas uma etapa logicamente anterior à atividade decisória, e não esgota o objeto da ciência jurídica. Trata-se apenas de uma contribuição modesta para o conhecimento do Direito, porque ainda não é capaz por si só de determinar as normas aplicáveis, mas apenas aquelas possivelmente aplicáveis. A adoção do modelo de realismo metodológico pelo autor significa a adoção da premissa de que as formulações normativas não são propriamente Direito, mas apenas fonte de Direito, e as normas só passam a existir a partir da interpretação do texto.²⁶

Tal postura pragmática acerca do conteúdo do Direito vincula-se à adoção da teoria interpretativa conhecida como ceticismo interpretativo, que marca a Escola Cética de Gênova. De acordo com esta teoria, os textos normativos não têm um único significado objetivo pré-constituído. A atribuição de significado é fruto de decisão dos intérpretes – em última instância, dos juízes.²⁷ A interpretação cética é aquela que confere ao intérprete um *status* ativo, isto é, na definição dos conceitos trazidos pelos textos e dispositivos normativos, quaisquer interpretações dadas poderiam ser tomadas como corretas.²⁸ O ceticismo radical, adotado por Guastini, entende que os textos normativos não têm nenhum significado antes da interpretação: o significado não preexiste à interpretação, é resultado dela. Isso significa que os juízes são totalmente livres para atribuir a todo texto normativo literalmente *qualquer* significado. A interpretação, nessa linha, envolveria tão somente atos de vontade e a atribuição de algum significado a determinado dispositivo, que admitiria *qualquer* um. Nesse caso, a atividade do intérprete seria sempre adscritiva, por escolher qualquer significado como sendo o correto. Para o autor, em algum sentido, sequer existiria Direito antes da interpretação: “os textos normativos não são exatamente Direito, mas apenas fontes de Direito. Todo o Direito, neste sentido, é criado não pelos legisladores, mas sim pelos intérpretes e somente por eles”.²⁹ O problema é que esta postura também se mostra problemática, na medida em que esvazia o papel do Poder Legislativo para o Direito: a lei passa a ser simplesmente aquilo que os juízes determinam que ela é. Tal modelo,

26 GUASTINI, 2014, p. 104 e ss.

27 GUASTINI, 2011, p. 412.

28 SOUZA, 2019, p. 439.

29 GUASTINI, 2011, p. 414.

portanto, embora responda às críticas ao descritivismo, vai a outro extremo, gerando um inchaço do papel do Poder Judiciário e o enfraquecimento do Poder Legislativo.

Tal postura radicalmente cética leva ao esvaziamento da legalidade. Isso porque, se os significados são criados e construídos pelo intérprete, e o texto ou o dispositivo não oferece qualquer tipo de limite à interpretação, não há que se falar em garantia da legalidade. A legalidade torna-se absolutamente inócua em seu papel de garantir a segurança jurídica. A norma aplicável será aquela definida pela vontade do intérprete, sem que o texto sirva sequer de limite para esta atividade: o texto é vazio e não serve nem mesmo de moldura.

³⁰ Exatamente por isso, tal postura é alvo de críticas, por exemplo, de Diciotti, para quem o ceticismo extremo seria o mesmo que defender que o juiz poderia estabelecer qualquer coisa como resultado da atividade interpretativa, ou, em outros termos, como significado de um enunciado legislativo.³¹

Como destaca Schauer, desconsiderar o texto como ponto de partida é desconsiderar um aspecto muito importante sobre a própria natureza do Direito.³² Tal entendimento poderia levar ao extremo de se entender que o legislador produz formulações ou disposições (mas não normas), enquanto o intérprete (como o juiz) ao adscrever e atribuir significado a estas formulações seria o verdadeiro criador das normas. Com isso, não é possível dizer que o juiz está submetido à norma, já que ele mesmo é o criador desta. Tal construção, contudo, levaria à ruína da noção de império da lei. Estas conclusões também são apontadas por Maccormick ao analisar as consequências de uma teoria da correção judicial baseada tão somente na autoridade do prolator das decisões. Para o autor, se for considerado que a correção de uma decisão depende apenas da autoridade de quem a emite, isso traria como consequência a ideia de que os juízes se tornam, em um sentido puro, atores políticos, ou seja, pessoas que decidem o Direito com base em suas próprias opiniões e quaisquer coisas que sejam a eles relevantes, não havendo nenhum Direito que não seja aquele que eles decidem nos casos que chegam perante as Cortes.³³ Quando este tipo de postura é adotado, especialmente pela Corte Constitucional, se coloca em perigo a própria supremacia da Constituição: os termos empregados no texto constitucional passam a ter o sentido que o intérprete gostaria que tivesse, a despeito do sentido atribuído pela própria Constituição.³⁴

A consequência apontada por Maccormick é que, em termos de sociologia ou de teoria política, isso implica a existência de um Poder Judiciário colocado

30 LEÃO, 2018, p. 62.

31 DICIOTTI, 2003, p. 12-13.

32 SCHAUER, 2009, p. 158.

33 MacCORMICK, 2005, p. 275.

34 LEÃO; DIAS, 2019, p. 315.

em um primeiro plano do processo político de fazer o Direito: correção, em termos legais, seria o que os juízes dizem que é, e isso seria tudo o que se tem. Nesse caso, os juízes “seriam criadores-do-direito (*law-makers*) enquanto aplicadores-do-direito (*law-sayers*)”.³⁵ Estas considerações demonstram por que é preciso haver alguma normatividade prévia à interpretação, que vincule e exerça o papel de lei como controle e limite do poder. A interpretação, nesse sentido, *pressupõe* um significado e não *atribui* um significado. A interpretação é interpretação de significado, não interpretação de uma enigmática formulação sintática que não quer dizer nada até que o intérprete exerça sobre ela sua “função mágica”.³⁶ O modelo argumentavista, especialmente, em sua vertente semântico-argumentativista é uma tentativa de responder a estas críticas.

3. DO MODELO ARGUMENTATIVISTA AO MODELO SEMÂNTICO-ARGUMENTATIVISTA

A característica de descritividade da Ciência, marca do modelo normativista, pressupõe que o Direito seja algo dado, pronto, antes mesmo da tarefa de descrevê-lo. Como destaca Ávila, no entanto, isso não sucede, uma vez que a interpretação dos enunciados não envolve uma atividade meramente descritiva de sentidos, mas sim reconstrutiva de significações: o material sobre o qual se debruça o estudioso do Direito é um material bruto, com uma série de elementos entremostrados que precisam ser (re)construídos ou pelo menos coerentemente aperfeiçoados pelo intérprete.³⁷ Isso não significa, contudo, que o intérprete é livre na realização desta atividade. A atividade do intérprete é tanto descritiva como adscritiva: descritiva, por identificar os vários significados possíveis de um dispositivo legal; e, adscritiva, por escolher um deles como sendo o correto.

A instituição de uma regra postula a sua maior rigidez, inflexibilidade e intransigência relativamente a razões que não estejam cristalizadas na sua hipótese, porque, embora ela deva ser reconstruída a partir de um dispositivo, ela já possui algum significado, intersubjetivamente consensuado, que lhe permite transmitir conteúdos prescritivos, ainda que estes conteúdos sejam aperfeiçoados pelo contexto aplicativo.³⁸ Isso significa dizer que as regras jurídicas constituem razões autônomas para uma decisão jurídica, ou seja, elas carregam um peso autônomo ou intrínseco, independente dos objetivos almejados pelo legislador, que fornecem razões imediatas e suficientes para a decisão.³⁹ Em outras palavras, haveria um significado prévio à interpretação. O

35 MacCORMICK, 2005, p. 275.

36 LAPORTA, 2007, p. 182-183.

37 ÁVILA, 2012, p. 235.

38 ÁVILA, 2007, p. 963-989.

39 SANTOS, 2019, p. 351.

significado não é *qualquer um*, é *algum*. Isso quer dizer que as normas, muitas vezes, possuem um “núcleo duro de significação estabelecido” (*hard core of settled meaning*), que constrange enormemente as escolhas que podem ser feitas pelo operador do Direito.⁴⁰ Nesse sentido, é fundamental reestabelecer o papel da lei e a importância da limitação imposta pelo texto. Por essas razões, defende-se uma interpretação centrada no texto (*text-oriented*), na medida em que este tem um significado autônomo que depende, sobretudo, das convenções sobre o uso das palavras naquela comunidade. O significado não pode ser entregue ao leitor do texto, ou seja, ao seu intérprete, porque senão toda a ideia de império da lei “escaparia entre os dedos”.⁴¹

Nas palavras de Aarnio, os compromissos linguísticos-conceituais também desempenham um papel importante na própria argumentação, ou seja, na deliberação racional, em que se busca a justificação das alternativas interpretativas reconhecidas com a ajuda do sistema.⁴² O discurso é um marco racional para o debate, ele é a única forma de garantir o princípio da imparcialidade. O procedimento discursivo é uma ferramenta para a discussão ideal determinada, o que não significa que ele produza juízos de valor ideais ou objetivos e, muito menos verdadeiros. Os resultados deste discurso cumprem unicamente os critérios de correção relativa.⁴³ Nesse sentido, a tarefa da dogmática jurídica consiste também em criticar as formas de pensamento imperante, tanto aquelas produzidas pela própria dogmática como aquelas produzidas pelos Tribunais.⁴⁴

De forma semelhante, Nino destaca que o dogmático não é absolutamente livre na eleição de hipóteses interpretativas, na medida em que deve deriva-las de um conjunto de pressupostos, regras e teorias que se vinculam às expressões linguísticas do legislador e que estão incorporadas profundamente à tradição dogmática, o que significa que há critérios racionais no âmbito da dogmática jurídica para resolver os problemas.⁴⁵ E também Atienza, ainda que defendendo uma nova modalidade argumentativista (a dogmática-jurídica como tecno-práxis), reconhece que o Direito é uma prática discursiva, de forma que os problemas que os dogmáticos devem resolver requerem um conhecimento adequado da linguagem, ou das “regras do jogo” que formam aquilo que seria, analogicamente, os dogmas do Direito.⁴⁶

40 MENÉNDEZ, 2001, p. 73.

41 LAPORTA, 2007, p. 178-179.

42 AARNIO, 2012, p. 101.

43 AARNIO, 2012, p. 30.

44 AARNIO, 2012, p. 30.

45 NINO, 1989, p. 113.

46 ATIENZA, 2014, p. 127; 150.

Assim, a partir da adoção de um ceticismo interpretativo moderado, no sentido de que os textos são, ao longo do tempo, objeto de processos de cognição que formam significados mínimos ou núcleos de significação objeto de consenso, e que isso é um limite à interpretação, o modelo realista mostra-se incapaz de revelar estes limites. O modelo capaz de oferecer uma solução mais adequada reflete, portanto, uma concepção semântico-argumentativa de Direito: em vez de compreender o Direito como algo total e previamente dado, a ser, por meio de um método discursivo, meramente descrito pelo intérprete (concepção objetivista do Direito), ou como uma mera atividade argumentativa não submetida a qualquer limitação anterior ao seu processo decisional de realização (concepção realista de Direito), compreende-se o Direito em posição intermediária entre essas duas concepções, isto é, como uma prática reconstrutiva de sentidos mínimos cuja realização depende de estruturas jurídico-rationais de legitimação, de determinação, de argumentação e de fundamentação.⁴⁷

CONCLUSÕES

Todas as considerações anteriores demonstram que é preciso superar a crença de que apenas a cientificidade formal garante racionalidade à atividade do estudioso do Direito. A determinação da natureza descritiva empírica da dogmática jurídica não é condição necessária para o reconhecimento de sua racionalidade e da possibilidade de controlar intersubjetivamente suas conclusões.⁴⁸

Nesse sentido, é preciso reconhecer a necessidade de que a dogmática jurídica prossiga atuando ativamente na construção de critérios intersubjetivamente controláveis de interpretação e aplicação do Direito: a objetividade discursiva pressupõe a adoção de critérios claros e seguros, sem que isso leve ao decisionismo, que é exatamente a crítica apresentado ao modelo realista.⁴⁹ Em outras palavras, entender o Direito como uma prática discursiva, cuja objetividade encontra-se na argumentação, não significa necessariamente que o Direito será apenas aquilo que os juízes disserem que ele é. Doutrina e jurisprudência participam ativamente da construção e reconstrução do Direito, mas esta participação ativa parte do Direito posto.

REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. *Essays on the doctrinal study of Law*. Doordrecht: Springer, 2011.

_____. “Cambio o evolución?”. In: Idem; ATIENZA, Manuel; LAPORTA, Francisco. *Bases teóricas de la interpretación jurídica*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo: Madrid, pp. 81-119, 2012.

47 ÁVILA, 2012, p. 237.

48 NINO, 1989, p. 114.

49 ÁVILA, 2012, p. 241.

_____. “Una única respuesta correcta?”. In: Idem; ATIENZA, Manuel; LAPORTA, Francisco. *Bases teóricas de la interpretación jurídica*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo: Madrid, pp. 9-45, 2012.

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 3 Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996.

ATIENZA, Manuel. “La dogmática jurídica como tecno-praxis”. In: NÚÑEZ, Álvaro. (Coord). *Modelando la ciência jurídica*. Lima: Palestra, pp. 115-159, 2014.

ÁVILA, Humberto. *Constituição, Liberdade e Interpretação*. São Paulo: Malheiros, 2019.

_____. *Teoria da Segurança Jurídica*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

_____. “A doutrina e o Direito Tributário”. In: Idem. (Coord). *Fundamentos do Direito Tributário*. Madri: Marcial Pons, pp. 221-245, 2012.

_____. “Função da Ciência do Direito Tributário – do formalismo epistemológico ao estruturalismo argumentativo”, *Direito Tributário Atual*, n. 29, São Paulo: Dialética, pp. 181-204, 2013.

_____. “Juristische Theorie der Argumentation“. In: HELDRICH, Andreas. et al. (Orgs.). *FS für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag*. München: Beck, pp. 963-989, 2007.

BAYERTZ, Kurt. “Four uses of ‘Solidarity’”. In: BAYERTZ, Kurt. (Ed.). *Solidarity*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, pp. 3-28, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. “Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das supremas cortes e tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas”, *Revista Interdisciplinar de Direito*, v. 16, n. 1, p. 217-266, jun. 2018.

CALSAMIGLIA, Albert. “Ciencia jurídica”. In: GARZÓN VALDES, Ernesto; LAPORTA, Francisco. (Eds). *El Derecho y la Justicia*. Madrid: Trotta, pp. 17-25, 1996.

DICIOTTI, Enrico. *L’ambigua alternativa tra cognitivismo e scetticismo interpretativo*, *Working Paper* 45, pp. 3-81, 2003.

GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2011.

_____. “El realismo jurídico redefinido”. In: NÚÑEZ, Álvaro. (Coord). *Modelando la ciência jurídica*. Lima: Palestra, pp. 87-114, 2014.

LAPORTA, Francisco J. *El Império da la Ley – Una visión actual*. Madrid: Trotta, 2007.

LEÃO, Martha. *O Direito Fundamental de economizar tributos*. São Paulo: Malheiros, 2018.

_____; DIAS, Daniela Gueiros. “O conceito constitucional de serviço e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”, *Direito Tributário Atual*, n. 41, São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Tributário, pp. 295-316, 2019.

MacCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

MENÉNDEZ, José Agustín. *Justifying Taxes – some elements for a General Theory of Democratic Tax Law*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 2001.

MUNOZ-DARE, Véronique. “Fraternity and Justice”. In: BAYERTZ, Kurt. (Ed.). *Solidarity*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, pp. 81-97, 1999.

NINO, Carlos. *Algunos modelos metodologicos de ‘ciencia’ jurídica*. Ciudad de México: Fontamara, 2003.

_____. *Consideraciones sobre la dogmatica juridica*. Ciudad de México: Ediciones Coyoacán, 1989.

NÚÑEZ, Álvaro. “Ciencia jurídica: un mapa conceptual”. In: Idem. (Coord). *Modelando la ciência jurídica*. Lima: Palestra, pp. 14-51, 2014.

ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. 2. ed. Trad. de Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2007.

SANTOS, Ramon Tomazela. “Formalismo e tributação: contributo para as regras jurídicas e as razões formais no Direito Tributário”, *Direito Tributário Atual*, n. 40, São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Tributário, pp. 349-374, 2019.

SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

SOUZA, Túlio Venturini. “Decifra-me ou te devoro: a perspectiva cética do STF no julgamento do RE n. 651.703/PR e seus desdobramentos do conceito de serviço”, *Direito Tributário Atual*, n. 41, São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Tributário, pp. 436-461, 2019.

STEVENSON, Charles Leslie. “Persuasive definitions”, *Mind*, v. 47, n. 187, Oxford University.

Press, pp. 331-350, jul. 1938.

WALDRON, Jeremy. *The Harm in Hate Speech*. Cambridge: Harvard University Press, 2012.

Recebido em: 22/02/2019.

Aprovado em: 07/10/2019.