

## **Dogmática Constitucional: Perspectivas da Técnica Jurídica para Estudo e Pesquisa do Direito Constitucional no Século XXI**

**Christine Oliveira Peter da Silva**

*Mestre em Direito e Estado pela UnB, Professora de Direito Constitucional do UniCeub, Professora de Pós-Graduação do IDP, Assessora de Ministro do STF.*

**RESUMO:** O presente estudo tem como objeto de investigação a dogmática constitucional, buscando seu conceito, suas perspectivas e possibilidades no contexto da produção jurídico-científica contemporânea. Por meio de revisão bibliográfica das principais obras brasileiras sobre o tema, o artigo apresenta a história e as características da dogmática jurídica, bem como uma comparação entre o pensar dogmático e o pensar por problemas. No que diz respeito à dogmática constitucional, especificamente, o estudo propõe uma análise dos instrumentos dogmáticos, com ênfase para a distinção entre o pensar e o agir em Direito Constitucional. Acerca das diferenças entre a dogmática e a metódica constitucional, a investigação conduz ao pensamento clássico e ao pensamento pós-positivista, para dar algumas direções ao futuro da dogmática constitucional brasileira.

**PALAVRAS-CHAVE:** Dogmática constitucional; conhecimento científico; ensino jurídico.

**ABSTRACT:** The present study has as inquiry object the constitutional dogmatical thought, searching its perspectives and possibilities in the context of legal-scientific contemporary production. By bibliographical revision of the main Brazilian workmanships on the subject, the article presents the history and the characteristics of legal dogmatic, as well as a comparison between dogmatical thought and thinking through problems. About constitutional dogmatic, specifically, the study considers the dogmaticals instruments, underlining the distinction between thinking and acting in Constitutional Law. Concerning the differences between dogmatic and constitutional methodics, this inquiry leads to classic constitutional theory and, in the other side, to post-positivist thought, with the goal of giving some directions for the future of Brazilian constitutional dogmatical thought.

**KEY WORDS:** Constitutional dogmatic; scientific knowledge; legal education.

SUMÁRIO: 1 Dogmática jurídica; 1.1 História da dogmática jurídica; 1.2 Características da dogmática jurídica; 1.3 Dogmática e zetética: entre a dúvida e a decisão; 2 O cientista e o profissional do Direito; 2.1 Perspectivas dogmática e zetética do ensino: estudo e pesquisa em direito constitucional; 2.2 Pedagogia constitucional: um caminho; 3 Instrumentos dogmáticos; 3.1 Analítica constitucional; 3.2 Empíria constitucional; 3.3 Hermenêutica constitucional; 4 Estudo e pesquisa em direito constitucional; 4.1 Premissas para o estudo de direito constitucional; 4.2 Entre o pensar e o fazer em direito constitucional; 4.3 Dogmática e metódica constitucional; 4.3.1 Metódica constitucional clássica; 4.3.2 Metódica constitucional pós-positivista; 5 Futuro da dogmática constitucional; 6 Considerações finais; Referências bibliográficas.

## 1 DOGMÁTICA JURÍDICA

O estudo e a pesquisa do Direito estão a demandar, de um lado, um suporte epistemológico<sup>1</sup> e, de outro, uma indicação metodológica<sup>2</sup> que ofereça caminhos mais seguros para a produção, apresentação e discussão de seus resultados teóricos e práticos.

O que se verifica, atualmente, nos debates que envolvem produção científica em Direito é um enorme desencontro de dados, raciocínios e juízos, tornando o processo de discussão dos resultados da pesquisa jurídica um jogo retórico ainda pouco consistente, muito pautado em argumentos históricos ou de autoridade, pouco comprometido com a produção e o avanço do próprio conhecimento.

Nesse contexto, exsurge a necessidade de serem iniciadas investigações sobre a essência do Direito e também sobre o afazer jurídico, o que, de alguma forma, irá colocar a descoberto a crise que o Direito experimenta neste início de século XXI.

O estudo que se pretende desenvolver parte do conceito de pensamento dogmático, como “pensamento tecnológico específico voltado para o problema da decidibilidade normativa dos conflitos”<sup>3</sup>. Ou seja, pretendo tentar desvendar, com essa reflexão, o caminho que conduz às decisões jurídicas em todos os sentidos.

Muitas críticas se tem feito ao aporte dogmático-jurídico para a investigação do Direito. Tais críticas são oriundas daqueles que reputam im-

1 Aqui, a referência é ao conceito mais cotidiano de epistemologia:

“Conjunto de conhecimentos que têm por objeto o conhecimento científico, visando a explicar os seus condicionamentos (sejam eles técnicos, históricos, ou sociais, sejam lógicos, matemáticos, ou lingüísticos), sistematizar as suas relações, esclarecer os seus vínculos, e avaliar os seus resultados e aplicações.” Dicionário Aurélio – Século XXI, versão eletrônica, verbete: epistemologia.

2 Mais uma vez o sentido é o mais amplo possível: “A arte de dirigir o espírito na investigação da verdade”. Dicionário Aurélio – Século XXI, versão eletrônica, verbete: epistemologia.

3 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 157.

prescindível uma investigação teórico-filosófica prévia à discussão sobre a resolução de casos práticos propriamente ditos, ou daqueles que entendem que somente quando o Direito também se coloca como fenômeno social é que ele se justifica como ciência. Entretanto, a premissa de que se parte para o presente estudo é a de que os espaços não são excludentes, pois o fato de se estar diante da dogmática como pressuposto para a investigação do Direito não significa um divórcio das reflexões teórico-filosóficas e/ou sócio-jurídicas<sup>4</sup>.

É fácil constatar a carência, no Direito brasileiro, de trabalhos de investigação teórico-filosófica, com qualidade e profundidade originais, adequados para a realidade histórica e cultural de nosso País. Também não se pode negar a lacuna de trabalhos científicos sócio-jurídicos. Entretanto, tais constatações não inibem a também verdadeira assertiva de que os trabalhos dogmáticos (mais abundantes em nossa literatura especializada) precisam de uma nova abordagem, a qual seja mais adequada às necessidades de nosso tempo.

Isso posto, revela-se necessário construir uma dogmática para o Direito contemporâneo, pois a complexidade da vida moderna, bem como a avalanche de informações a que está submetido o homem do século XXI, faz-nos avançar em direção a tecnologias que podem servir de ferramentas para lidar com essa complexidade.

### 1.1 História da dogmática jurídica

Se forem analisadas as obras de dogmática jurídica desde o século XIX, vai-se notar que nelas sempre estão relacionadas duas partes principais: uma voltada para a investigação de dogmas assumidos como historicamente construídos ou descobertos como princípios supremos da razão prática; outra destinada à aferição de dados a partir de dogmas preestabelecidos, tendo em vista a solução de conflitos, a partir de uma referência jurisprudencial ou doutrinária<sup>5</sup>.

Assim, a dogmática jurídica tomou um rumo bem definido e pouco explorado: a investigação do Direito a partir dos elementos histórico e sistemático. Por esse motivo, assinala o Professor Tércio Ferraz Júnior, “[...] de lá para cá, os trabalhos de dogmática jurídica caracterizam-se por estas duas ordens de preocupações: antecedentes históricos e parte sistemática”<sup>6</sup>.

4 Por esse motivo, a proposta que venho fazendo para aqueles que desejam proceder à investigação científica do Direito, a partir da perspectiva dogmática, é que o façam por três vias, que podem ser apresentadas de forma separada ou combinada, mas sempre com vistas à integralidade: a via da pesquisa doutrinária (analítica), a via da pesquisa jurisprudencial (empíria judicial) e a via da pesquisa legislativa (empíria legislativa), sendo que esta última exige esforço hermenêutico para a sua concretização (crítico-normativo). Sobre a pesquisa dogmática, cf. A pesquisa científica na graduação em Direito. In: *Universitas Jus*, n. 11, dez./2004, p. 25-43. Sobre a teoria tridimensional estruturante, v. SILVA, Christine Oliveira Peter da. O estudo e a pesquisa em direito constitucional: aplicação da metódica estruturante. In: *Justillex*, n. 5, a. 1, 2002, p. 60-63.

5 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 13.

6 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Ob. cit., p. 13.

A importância da Escola da Exegese<sup>7</sup>, principalmente na primeira metade do século XIX, influenciou decisivamente o investigador jurídico, de forma que, ao lado daqueles componentes dogmáticos mais comuns (histórico e sistemático), também se encontra o elemento filológico, ou puramente gramatical. Ao investigar o Direito, principalmente na sua dimensão normativa, o pesquisador jurídico sempre busca contemplar a literalidade (forma) do objeto de sua investigação. Em decorrência da interpretação absolutamente literal e conveniente ao modelo político estabelecido e fundado nos ideais da Revolução Francesa, o princípio da separação dos poderes é interpretado de modo que “o poder de julgar será apenas o de aplicar o texto da lei às situações particulares, graças a uma dedução correta e sem recorrer a interpretações que poderiam deformar a vontade do legislador”<sup>8</sup>.

Entretanto, cada vez menos isso tem sido uma tarefa fácil e corriqueira se o objeto investigado for a norma jurídica, pois a legislação mundial, principalmente a partir da segunda metade do século XX, tem se caracterizado pela abertura normativa, ou seja, pelo reconhecimento de princípios como normas jurídicas válidas e exigíveis<sup>9</sup>, o que traz imensas dificuldades para a utilização pura e simples do elemento literal.

Nesse contexto, ganha muita relevância para toda a investigação do Direito o elemento teleológico, ou seja, a preocupação com a intersubjetividade na Ciência Jurídica. A pergunta básica para entender a associação aqui levada a cabo é a seguinte: quando o investigador jurídico se vê diante de situações complexas, como deve posicionar-se perante os problemas postos: suas decisões de pesquisa serão pautadas nas opções anteriores (sejam elas da literalidade da norma ou da própria vontade legislativa) ou em novos aportes atualizadores (novas decisões tomadas no plano sistemático – combinações possíveis – ou no plano teleológico – teoria da finalidade objetiva)?

7 A Escola da Exegese, também conhecida como Escola dos Glosadores e Escola Filológica, compreende o Direito a partir de esquemas lógico-formais criados para interpretar a lei literalmente, nada acrescentando ou retirando da regra interpretada, buscando atingir o seu espírito, guiando-se o intérprete pelas verdades legais estabelecidas, segundo as quais não há Direito fora dos códigos; as soluções legalmente propostas são justas para todos os conflitos; e as palavras são tão claras que não comportam interpretação equívoca, porquanto a dicção da lei é absolutamente inequívoca, e, bem por isso, por ser clara, dispensa interpretação contrária à intenção do legislador, devendo ser somente aplicada. A interpretação do texto legal, sua exegese pura e simples, nisso fica reduzida a tarefa do cientista do Direito. Com isso, a referida escola reduz o Direito ao formalismo extremo, na vã tentativa de imobilizá-lo, como se a realidade social, sempre dinâmica, pudesse permanecer engessada no tempo e no espaço, sem conexão com o mundo das normas, e nisso reside seu caráter peculiar, traduzido na expressão de Norberto Bobbio como “[...] a admiração incondicional pela obra realizada pelo legislador através da codificação, uma confiança cega na suficiência das leis, a crença de que o código, uma vez promulgado, basta-se completamente a si próprio, isto é, não tem lacunas: numa palavra, o dogma da completude jurídica”. Cf. nesse sentido: BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: Ed. UnB, 1999. p. 121.

8 PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 23.

9 Sobre a teoria dos princípios, cf. ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

É bem verdade que se trata de uma reflexão bastante ousada, pois mistura o papel do investigador jurídico com o papel do próprio profissional do Direito. Mas essa é a intenção, que, no contexto do presente trabalho, apresenta-se como mais de uma de suas premissas<sup>10</sup>, uma vez que, sob o prisma da dogmática constitucional, investigador e profissional do Direito se encontram em uma frutífera discussão, sob o manto da pragmática jurídica<sup>11</sup>.

## 1.2 Características da dogmática jurídica

As lições sobre dogmática jurídica refletidas neste estudo são basicamente aquelas apresentadas pelo Professor Tércio Ferraz Júnior<sup>12</sup>, de forma que toda a caracterização dessa primeira parte estará fundada em uma leitura da obra do referido professor.

A primeira característica da dogmática jurídica é que suas questões são tipicamente tecnológicas, ou seja, têm uma função diretiva explícita, uma vez que a situação por elas captada é um dever-ser: questões desse tipo visam a possibilitar uma decisão e a orientar a ação<sup>13</sup>. O Professor Alexandre Costa explica:

“A sua finalidade básica não é conhecer o direito, mas orientar a aplicação do direito. Com isso, não queremos dizer que o jurista dogmático não precisa conhecer o direito (o que seria absurdo), mas que todo o seu conhecimento tem um objetivo bastante definido: possibilitar a aplicação das normas jurídicas aos casos concretos. Assim, a dogmática não é um conhecimento desinteressado, não é um saber pelo saber, mas um saber voltado à realização de uma atividade prática. E é por esse motivo que Tercio Sampaio Ferraz Jr. o chama de pensamento tecnológico, em oposição a um pensamento científico. Para Tercio, os conceitos criados pela dogmática têm uma função diretiva explícita, propiciando instrumentos para a aplicação do direito e não propriamente um conhecimento científico sobre o direito.”<sup>14</sup>

10 Uma das maiores dificuldades do investigar científico é conseguir comunicar os resultados da pesquisa implementada, pois os pressupostos e as premissas das conclusões a que chega o investigador são tão variados, que o leitor queda, muitas vezes, perdido, por não ter tido a oportunidade de compartilhar todos eles. Por esse motivo, gostaria de convidar o leitor a uma reflexão que já tenho encaminhada quanto às relações entre o profissional do Direito e o jurista (cientista do Direito). Tais considerações estão sob a forma de um texto não publicado, fruto de um seminário que participei em dezembro de 2004, promovido pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDE, cujo tema era: Técnicas jurídicas: entre o fazer e o pensar em Direito.

11 Pragmática jurídica aqui é tomada como a terceira vertente da semiótica, a qual se ocupa da relação dos signos com os usuários. Para maiores informações sobre o tema: DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 21 e ss. Cf. também: FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 10 e ss.

12 Cf. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

13 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 93.

14 COSTA, Alexandre de Araújo. *Introdução ao direito: uma perspectiva zetética das ciências jurídicas*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2001. p. 174.

Entretanto, uma outra importante premissa do presente estudo, a qual justifica a sua própria existência, repousa na não-aceitação de construção do aporte epistemológico jurídico sobre a base dicotômica e excludente – teoria e prática –, pois a novidade que se apresenta como desafio para este novo século é exatamente as pontes que podem ser construídas entre estas duas searas.

A técnica é um dado importante, mas não se pode confundir técnica com a própria dogmática, tendo em vista que a dogmática, apesar de implicar a análise dos processos de interpretação, construção e sistematização do Direito, também revela-se em contato com os pressupostos transcendentais ou filosóficos da própria experiência jurídica<sup>15</sup>.

Uma segunda característica da dogmática, considerando que a questão central da dogmática é a decidibilidade<sup>16</sup>, é o fato de que esta propõe o entendimento do Direito a partir do princípio da inegabilidade dos pontos de partida. Nesse sentido, pontua Tércio Ferraz Júnior: “Só assim é possível entender que esta forma de pensar típica do jurista se caracterize, ao mesmo tempo, tanto pela interrupção da crítica e pela vinculação a dogmas, quanto pela determinação de seus próprios princípios constitutivos”<sup>17</sup>.

Vale registrar que a proibição de negação dos pontos de partida não quer dizer que exista proibição de sua interpretação. Ora, a inegabilidade pressupõe a vinculação irrestrita aos dogmas jurídicos postos (sejam normativos, jurisprudenciais ou doutrinários), o que se justifica pelo fato de a dogmática ser doutrina (exigindo uma decisão final), contrapondo-se à zetética, que é investigação (cujos resultados podem ser novos problemas e não, necessariamente, uma decisão)<sup>18</sup>.

Por fim, apresenta-se como terceira característica da dogmática a vinculação das decisões às condições do juridicamente possível. Para Tércio Ferraz Júnior, a dogmática é um instrumento de viabilização do Direito, capaz de proporcionar uma congruência estável entre os mecanismos de controle social e, por isso, revela-se imprescindível investigar, no plano da dogmática jurídica, as condições do juridicamente possível. Preciosas as lições do Professor Tércio nesse sentido:

15 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 95.

16 Esta, na minha opinião, é a mais importante diferença entre a tarefa do cientista e do profissional (prático) do Direito. Ora, o cientista não tem (e não pode ter) qualquer compromisso com o resultado de sua investigação, direcionando-a (e controlando-a) apenas a partir do problema de pesquisa e do método de investigação. Já o profissional do Direito pode ter (e quase sempre tem) compromisso com o resultado, que, no mínimo, é a obrigatoriedade de decidir. Assim sendo, vai-se tomar como aporte central do presente estudo, para diferenciar teoria e prática, jurista e profissional do Direito a premissa da decidibilidade.

17 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 96.

18 Sobre dogmática e zetética, cf. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2000.

“A dogmática não se confunde com o Direito, nem com as expectativas normativas, nem com instituições, nem com valores. Ela os atravessa todos diagonalmente, possibilitando uma identificação do Direito contra as incongruências de fato. Essa função é preenchida de vários modos, como por exemplo, pelo estabelecimento de princípios para a compreensão da congruência, de guias de ação na aplicação do Direito, na hierarquização das fontes, permitindo, assim, a integração de normas e instituições pela determinação de finalidades programáticas, pela constituição de premissas e postulados da argumentação jurídica – o que conduz à identificação de requisitos razoáveis da ordem jurídica etc.”<sup>19</sup>

Ora, a partir do momento em que a dogmática jurídica caracteriza-se pela investigação pautada na necessidade da tomada de uma decisão, todas as condições devem ser consideradas para que esta tarefa possa ser efetivada da forma mais adequada para o público a que se destina a referida decisão. E, nesse contexto, ganha relevância conceitos (que são utilizados como *topoi* argumentativos) como a reserva do juridicamente possível, do financeiramente possível, do culturalmente aceitável, todos eles pautados na teoria possibilista, em seus três fatores: realidade, possibilidades e necessidades<sup>20</sup>.

E o importante a considerar é que somente a consciência sobre a função que está sendo exercida, sobre o papel institucional do órgão ou organismo a que se está vinculado, aliada a uma profunda consciência histórica, é que pode justificar a utilização de tais premissas, dentro do discurso dogmático<sup>21</sup>.

### 1.3 Dogmática e zetética jurídicas: entre a dúvida e a decisão

Conforme já explicitado, a dogmática põe o Direito a serviço da ação e da decisão. Já a zetética o coloca a serviço da especulação, podendo, inclusive, atrapalhar a ação e a decisão pelo levantamento contínuo e progressivo de dúvidas<sup>22</sup>.

Dessa forma, os caminhos profissionais do bacharel em Direito devem ser muito bem definidos, a fim de que não se revele especulativo quando deva ser técnico e conducente a um resultado célere, nem muito menos se

19 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 116.

20 A teoria possibilista é assim apresentada por Peter Häberle em: *Pluralismo y constitución* – Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta. Trad. Emilio Mikunda Franco. Madrid: Tecnos, 2002. p. 78 e ss.

21 Não estou aqui justificando a utilização das premissas referidas, mas apenas constatando que, para que elas possam ser utilizadas com alguma chance de conteúdo científico, devem associar o argumento de autoridade que elas pressupõem a justificativas sociológicas, institucionais e históricas.

22 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 96.

apresente açodado quando o momento for apropriado para especulação e investigação. Esse ponto de equilíbrio, entre o afazer científico e a atitude profissional, impõe reflexão mais detida. É o que será feito nos tópicos seguintes.

## 2 O CIENTISTA E O PROFISSIONAL DO DIREITO

Não há dúvidas de que um dos eixos da discussão do ensino jurídico hoje é o lugar a ser ocupado pela pesquisa jurídica de um lado, e da técnica ou prática jurídica de outro<sup>23</sup>. As diretrizes curriculares do governo federal para os cursos de graduação em Direito demonstram esse pêndulo histórico entre a obrigatoriedade de uma formação do bacharel em Direito direcionada para a investigação científica (formação a partir da premissa epistemológica zetética) e a formação técnica ou prática, ou seja, dogmática, voltada para a capacidade de decisão e habilidade para formular pedidos e opiniões.

A técnica do Direito, ou seja, o pensamento tecnológico, entretanto, não pode prescindir (ao menos no que tange à formação do bacharel em Direito) da epistemologia jurídica, uma vez que algumas perguntas básicas devem ser respondidas pelo bacharelado ao longo de seu curso. Entendo que não há como formar um profissional capaz de enfrentar a concorrência e o mercado de trabalho do século XXI, sem que este esteja preparado para formular perguntas e buscar, por si mesmo, as respostas.

Assim, ao lado da formação dogmática, ou seja, doutrinária, ainda que com o enfoque aberto de uma dogmática mais intersubjetiva, não vejo como deixar de lado a formação zetética do profissional do Direito, pois a dúvida, ainda que contextualizada e posta a serviço do progresso das questões ou dos problemas postos para resolver, revela-se muito importante para um bom desenvolvimento dos sujeitos que serão interlocutores qualificados do(s) Poder(es) (pensando aqui em todas as profissões privativas de bacharel em Direito).

Cada vez mais, a doutrina vem interconectando essas duas perspectivas epistemológicas, de forma que se apresenta muito pertinente às lições do Professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior, que é, dentre os doutrinadores brasileiros, um dos mais dedicados a essa temática:

“Zetética vem de *zetein* que significa perquirir; dogmática vem de *dokein* que significa ensinar, doutrinar. Embora entre ambas não haja uma linha divisória radical (toda investigação acentua mais um enfoque que o outro, mas sempre tem os dois), a sua diferença é importante. O enfoque dogmático revela o ato de opinar e ressalva algumas das opiniões. O

23 Basta aqui relembra a existência, nas Escolas de Direito Brasil, de núcleos destinados à pesquisa jurídica e à prática (real e simulada) das profissões jurídicas (advocacia, magistratura, Ministério Público, etc.).

zetético, ao contrário, desintegra, dissolve as opiniões, pondo-as em dúvida. Questões zetéticas têm uma função especulativa explícita e são infinitas. Questões dogmáticas têm uma função diretiva explícita e são finitas. Nas primeiras, o problema tematizado é configurado como um ser (que é algo?). Nas segundas, a situação nelas captada se configura como um dever-ser (como deve-ser algo?). Por isso, o enfoque zetético visa a saber o que é uma coisa. Já o enfoque dogmático se preocupa em possibilitar uma decisão e orientar a ação."<sup>24</sup>

Diante das percucientes lições de Tércio Ferraz Júnior, nasce a necessidade de um maior aprofundamento sobre este assunto, direcionando os seus aportes teórico-filosóficos para o estudo do direito constitucional.

## 2.1 Perspectivas dogmática e zetética do ensino: estudo e pesquisa em direito constitucional

É necessário experimentar novas fórmulas didáticas para ensinar o direito constitucional dogmático. A proposta que faço é que isso ocorra em três níveis: elementar (ensino fundamental e médio), básico (ensino superior) e avançado (pós-graduação).

Também é importante situar as perspectivas metodológicas de investigação do direito constitucional, optando por uma metódica adequada aos objetivos da disciplina na formação do bacharel em Direito. Uma questão que deve estar presente nessa reflexão reside na ênfase que os cursos de direito constitucional devem ter: deve-se privilegiar as questões (voltando-se para uma metodologia mais aproximada a estudo de casos) ou é mais salutar enfatizar os conteúdos e conceitos (trabalhando uma perspectiva mais contenedora e menos problematizante)?

A resposta vem da própria distinção entre zetética e dogmática, conforme lembra o Professor Alexandre Costa:

“Outro aspecto relevante na distinção entre zetética e dogmática é o fato de que esta se concentra no oferecimento de respostas (resolução de casos concretos), enquanto aquela prioriza as questões (colocando em dúvida todos os pontos problemáticos de uma teoria, na busca de alcançar um conhecimento verdadeiro).”<sup>25</sup>

Não se pode perder de vista que:

“A dogmática avalia o direito a partir de uma perspectiva interna, enquanto a zetética o estuda normalmente sob uma perspectiva externa. Com isso, quer-se dizer que a dogmática descreve o sistema inter-

24 FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1988. p. 42.

25 COSTA, Alexandre de Araújo. *Introdução ao direito: uma perspectiva zetética das ciências jurídicas*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2001. p. 162.

no do direito, ou seja, as relações entre os conceitos jurídicos preestabelecidos (dogmas) e entre as normas que o ordenamento positivo reconhece como jurídicas. Já o enfoque da zetética normalmente privilegia a análise das relações entre o direito e os outros sistemas sociais, não se restringindo aos dogmas preestabelecidos e questionando-se sobre a adequação entre os valores jurídicos e os metajurídicos sobre a legitimidade do direito, sobre os modos como as normas são criadas etc.”<sup>26</sup>

Por óbvio que, em qualquer uma das perspectivas, o ensino e a pesquisa em direito constitucional devem ter uma consciência política, que conduza o bacharel de Direito a uma tomada de posição diante do quadro político-institucional que sua atuação profissional vai exigir.

O Professor Clèmerson Merlin Clève precisamente anota: “O dogmatismo é o apego preconceituoso e irrefletido a dogmas [...] A dogmática constitui o saber jurídico instrumental e auxiliar da solução de conflitos, individuais ou coletivos, de interesses [...] Não há direito sem doutrina, e, portanto, sem dogmática”<sup>27</sup>.

Também o Professor Luis Roberto Barroso contribui para o debate:

“O resgate da imperatividade do Texto Constitucional e sua interpretação à luz de boa dogmática jurídica, por óbvio que possa parecer, é uma instigante novidade neste país acostumado a maltratar suas instituições.

Em busca desse desiderato é importante difundir uma concepção do Direito constitucional dotada de rigor científico, com apropriada utilização de princípios, conceitos e elementos interpretativos [...]

A necessidade de produzir um direito constitucional dotado de tais atributos, com ênfase dogmática e normativa, adiou para algum lugar do futuro um projeto mais sedutor do autor de conduzi-lo por uma viagem interdisciplinar. Não apenas pelos domínios mais evidentes – a política, a sociologia, a economia – mas outros de interesse mais recente, e por isso mais fascinantes, como a psicanálise, a metafísica, a lingüística. Tudo tem seu tempo. Nesta hora os compromissos e as necessidades são outros [...]”<sup>28</sup>

Pela opinião desses experientes professores, é possível pontuar, a título de conclusão, que não há como evitar o encontro do direito constitucio-

26 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 126.

27 CLÈVE, Clèmerson Merlin. A teoria constitucional e o direito alternativo (para uma dogmática constitucional emancipatória). In: *Direito alternativo*. Seminário nacional sobre o uso alternativo do direito. Rio de Janeiro, 1993. p. 46.

28 BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 260-261.

nal com as outras áreas do conhecimento humano, tendo em vista que a experiência constitucional transborda da experiência puramente jurídica. Entretanto, talvez ainda seja tempo, diante de nossa realidade democrática razoavelmente consolidada, mas ainda incipiente, reforçar as bases teórico-dogmáticas de nossa disciplina, para depois alçar vôos mais ousados.

## 2.2 Pedagogia constitucional: um caminho

Segundo Häberle, a pedagogia constitucional, como metodologia adequada para a formação e informação do sujeito constitucional, é uma consequência da teoria da sociedade aberta de intérpretes da Constituição<sup>29</sup>, tratando-se de uma concepção pedagógica de Constituição, a qual impõe a idéia de que a Constituição não é somente um guia para os juristas e os políticos, mas para todos os cidadãos<sup>30</sup>.

Na verdade, Peter Häberle envida esforços para desenvolver reflexão sobre os fins educacionais para a cidadania constitucional, destacando a importância da formação de sujeitos ativos e educados aptos a concretizarem, em sua máxima eficácia, os comandos constitucionais<sup>31</sup>.

O caminho de maior sucesso para a dogmática constitucional seria a sua densificação no seio cultural como um processo natural do saber popular, ou seja, quando todos os cidadãos, realmente, tivessem como ponto referencial de suas reflexões a própria Constituição e os direitos (fundamentais) constitucionalmente protegidos.

Entretanto, ainda há longo caminho para isso, caminho esse que, pelas opções históricas, políticas ou até mesmo sócio-econômicas de nosso País, poderá jamais ser trilhado. Assim, fica a proposta como uma das alternativas para a consolidação da idéia de que a dogmática pode ser a ponte entre o pensador e o profissional do Direito.

## 3 INSTRUMENTOS DOGMÁTICOS

Os instrumentos dogmáticos podem ser estudados pela proposta contida na metódica estruturante apresentada pelo Professor Canotilho<sup>32</sup> com o objetivo de indicar um método de trabalho que pudesse tornar o processo de estudo e pesquisa em direito constitucional mais simples e controlável.

29 Teoria que é defendida na obra do Professor alemão Peter Häberle: HABERLE, Peter. *Sociedade aberta de intérpretes da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997.

30 Cf. HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Trad. Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003. p. 190-191.

31 Cf. Los fines de la educación como médios para uma 'pedagogía constitucional. In: *El estado constitucional*. Trad. Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003. p. 187-191.

32 Sobre a metódica estruturante cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 1043. Cf. também artigo de minha autoria: O estudo e a pesquisa em direito constitucional: aplicação da metódica estruturante In: *Justillex*, n. 5, a. 1, p. 60-63, 2002.

Ao pesquisar, na área de direito constitucional, o jurista, de uma forma ou de outra, acaba lançando mão, ainda que intuitivamente, da metódica tridimensional proposta por Ralf Dreier e avalizada pelos Professores Robert Alexy<sup>33</sup>, J. J. Gomes Canotilho<sup>34</sup> e, em certa medida, também por Friedrich Müller<sup>35</sup>.

Com o intuito de confirmar esta assertiva, basta uma rápida “passada d’olhos” pelas obras de direito constitucional<sup>36</sup>, para que se identifique uma ou mais das dimensões da metódica tridimensional, a qual se apresenta sob a forma de três perspectivas para o estudo: a analítica, a empírica e a crítico-normativa.

O Professor Tércio ensina que há três instrumentos dogmáticos, dentre os quais distingue os classificatórios, os hermenêuticos e os decisórios. Apresenta três modelos-funções, nos quais se organizam os instrumentos dogmáticos: o modelo analítico, o modelo hermenêutico e o modelo empírico<sup>37</sup>.

Tais modelos remontam ao estudo da própria metódica jurídica, ou seja, à técnica de compreender o Direito a partir de uma visão tripartite. É este o objeto das reflexões que seguem.

### 3.1 Analítica constitucional

O modelo analítico busca sistematizar, classificar, dividir e subdividir os conceitos jurídicos, com o principal intuito de manter o Direito como um subsistema diferenciado em relação aos demais subsistemas sociais. “Isso é conseguido na medida em que o Direito, como subsistema, regula, por si, o que deve e o que não deve ser juridicizado, e, sendo juridicizado, o que é jurídico e o que é antijurídico”<sup>38</sup>.

Sob a ótica da concepção analítica da dogmática jurídica, a questão da decidibilidade estará sempre direcionada do sistema para a realidade

33 Para confirmar a metódica conferir: ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001. p. 26.

34 Canotilho apresenta a metódica estruturante a partir da tripla dimensionalidade: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 1043.

35 Cf. MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho em direito constitucional*. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2000.

36 E aqui, apesar de especificar somente o direito constitucional, devo confessar que estou amadurecendo a idéia de que a tridimensionalidade da teoria do Direito desenvolvida pelo Professor Miguel Reale (Direito como fato, valor e norma) guarda intrínseca relação com a metódica tridimensional apresentada pelos professores europeus, comprovando que todo o fenômeno jurídico, e não apenas o fenômeno jurídico-constitucional, pode ser analisado a partir das três dimensões a serem aqui apresentadas. Como é uma idéia ainda muito incipiente, prefiro aguardar a sua densificação em meu processo de apreensão e compreensão do Direito. Sobre a teoria do Professor Miguel Reale: REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

37 Sobre as três abordagens da dogmática, v. também metódica tridimensional de Ralf Dreier/Alexy, apresentado também na obra do Professor Canotilho: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 1043-1044.

38 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 126.

circundante, ou seja, o importante é saber o que o sistema tem a dizer a propósito das informações que recebe dos demais sistemas sociais. Segundo Tércio Ferraz Júnior, a principal virtude dessa concepção é que ela permite o reconhecimento do Direito como um sistema unitário, o qual processa a complexidade das informações, transformando-as em questões jurídicas<sup>39</sup>.

Pela perspectiva analítica, a ciência do Direito objetiva aprofundar e analisar conceitos fundamentais (como, por exemplo, de norma, de direito subjetivo, de dever jurídico, etc.), esclarecer o sentido das construções jurídico-constitucionais (ex.: âmbito normativo e programa normativo, limites das normas constitucionais), bem como investigar a estrutura do sistema jurídico e das suas relações (ex.: eficácia objetiva das normas constitucionais)<sup>40</sup>.

Sob esta ótica, busca-se a construção e o aperfeiçoamento de um sistema conceitual no âmbito jurídico, sendo possível, a partir dele, esboçar um conceito da categoria dogmática pesquisada, distinguindo-a de noções afins. Trata-se, portanto, de um delineamento das situações jurídicas e titularidades subjetivas decorrentes das normas pesquisadas (constitucionais, no caso), de sua peculiar posição no ordenamento jurídico, de sua eficácia, etc. É a dimensão dogmática da pesquisa científica.

Não se pode deixar de registrar que há quase um século o modelo analítico vem sofrendo contínuas críticas, isso porque, apesar de ser de reconhecida a importância da elaboração de conceitos dogmáticos cuja finalidade (primordial) é possibilitar a decidibilidade dos conflitos, tal finalidade revela-se muito abstrata, exigindo que a seu lado seja feito contínuo trabalho de operacionalização dos conceitos (seja com sistematizações, seja com especificações, seja com redefinições)<sup>41</sup>. Sobre esse ponto, conclui Tércio Ferraz Júnior: “A analítica jurídica se vê, assim, forçada a remover-se no seu pêndulo entre ligações e diferenciações, superando-se continuamente e caracterizando-se, em suma, como uma sistematização aberta”.<sup>42</sup>

Assim, não há dúvidas de que se revela imprescindível associar a perspectiva analítica ao modelo empírico e crítico.

### 3.2 Empiria constitucional

O modelo dogmático empírico “deve ser entendido não como uma descrição do Direito como realidade social, mas como investigação dos ins-

39 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 133.

40 Nesse sentido, conferir CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 1043-1044.

41 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 135

42 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Ob. cit., p. 137.

trumentos jurídicos de controle do comportamento".<sup>43</sup> A sua investigação tem como objeto central a própria decisão (administrativa, legislativa ou judiciária).

A perspectiva empírica importa, segundo Alexy, dois sentidos possíveis: a análise do direito positivo, que é um dado objetivo, por um lado, e o emprego, na argumentação jurídica, de premissas constatáveis empiricamente na realidade fática, por outro lado. Alexy, na sua teoria dos direitos fundamentais<sup>44</sup>, declara só utilizar tal perspectiva no primeiro sentido, deixando de lado qualquer influência histórica ou cultural na implementação de sua pesquisa.

O Professor Willis Santiago Filho critica a perspectiva empírica, afirmando:

"Não devemos reduzir à ordem jurídica vigente em determinado país, numa certa época, a base empírica, que afinal vai se prestar à verificação (ou negação) das hipóteses levantadas para estudo, e, assim, fornecer algo indispensável para credenciá-lo como científico. Compõem, igualmente, a empiria jurídica, soluções dadas por ordens jurídicas e doutrinas de outras épocas e países, aos problemas colocados em face do Direito positivo estudado, desde que se mostre com ele compatível."<sup>45</sup>

Ora, por meio da perspectiva empírica, perquire-se sobre as condições de eficácia das normas constitucionais e o modo como o legislador, os juízes e a administração os observam e aplicam nos vários contextos práticos (desenvolvimento de teorias sobre o Poder Constituinte, teoria da legislação, teorias da decisão judicial e administrativa).

Para que a dogmática empírica não se perca em questões políticas de poder e sociológicas de violência, revela-se necessário reduzir o controle proposto a uma visão que parta da organização jurídica como parâmetro verificador. E, nesse quadro, toda a dogmática, na sua vertente empírica, só pode estar pautada pelo critério da proporcionalidade/razoabilidade<sup>46</sup>.

### 3.3 Hermenêutica constitucional

O modelo hermenêutico inaugura uma nova perspectiva para a dogmática jurídica, tendo em vista que, apesar de ser historicamente bas-

43 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 157-158.

44 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

45 GUERRA FILHO, Willis S. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos, 1999. p. 36.

46 Aqui menciono a proporcionalidade/razoabilidade como critério porque é este o sentido que efetivamente acredito o mais adequado para a circunstância. Na condição de critério, o princípio da proporcionalidade/

tante antiga a elaboração de técnicas interpretativas para as normas jurídicas, a tematização da dogmática jurídica como teoria hermenêutica é relativamente recente, conduzindo ao século XIX. Savigny é o expoente nessa seara, legando-nos os clássicos elementos da interpretação jurídica: gramatical, histórico, sistemático e lógico<sup>47</sup>.

A questão posta a partir da perspectiva hermenêutica da dogmática jurídica é não mais – apenas – a configuração sistemática da ordem normativa, mas também a determinação de seu sentido. A investigação passa a ser, diante do problema da decidibilidade, orientada para as conseqüências das ações (e não mais para as soluções oferecidas pelo sistema)<sup>48</sup>. Isso, entretanto, não quer dizer que a dogmática de estilo hermenêutico cuide das questões de efetividade, pois sua função reside na viabilização de construções jurídicas que possibilitem a resolução de problemas postos em casos concretos<sup>49</sup>. Dessa forma, a dogmática, pela perspectiva hermenêutica, disponibiliza uma referência relevante à normatividade como um instrumento regulador do comportamento humano que se adapta, por contínua evolução, às exigências do mundo circundante<sup>50</sup>.

Por fim, a perspectiva crítico-normativa busca uma fundamentação racional e jurídico-normativa dos juízos de valor (ex.: interpretação e concretização das normas constitucionais).

O Professor Canotilho anota, com muita propriedade, que somente a conjugação destas três dimensões apresenta-se capaz de fornecer os instrumentos necessários para a compreensão do regime jurídico dos direitos fundamentais em particular e das normas constitucionais em geral<sup>51</sup>.

O Professor Willis Santiago explica, de forma muito elucidativa, o modelo tridimensional proposto por Dreier e Alexy:

“A primeira dimensão em que se devem realizar os estudos jurídicos é dita ‘analítica’, sendo aquela onde se burila o aparato conceitual a ser empregado na investigação, num trabalho de distinção entre as di-

---

razoabilidade apresenta-se como parâmetro verificador da necessidade e adequabilidade social de uma determinada decisão, ou, mesmo, como abertura procedimental excepcional justificadora de uma intervenção social do juiz constitucional na realidade circundante (quando se utiliza da chamada proporcionalidade em sentido estrito ou simplesmente da razoabilidade, nos termos da doutrina norte-americana).

47 FERRAZ Júnior, Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 139-140.

48 FERRAZ Júnior, Ob. cit., p. 144.

49 FERRAZ Júnior, Ob. cit., p. 154-155.

50 FERRAZ Júnior, Ob. cit., p. 157.

51 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 1175.

versas figuras e institutos jurídicos situados em nosso campo de estudo. Uma segunda dimensão é denominada 'empírica', por ser aquela em que se toma por objeto de estudo determinadas manifestações concretas do Direito, tal como aparecem não apenas em leis e normas do gênero, mas também – e, principalmente – na jurisprudência. Finalmente, a terceira dimensão é a 'normativa', ou seja, aquela em que a teoria assume o papel prático e deontológico que lhe está reservado, no campo do Direito, tornando-se o que com maior propriedade se chamaria doutrina, por ser uma manifestação de poder, apoiada em um saber, com o compromisso de complementar e ampliar, de modo compatível com suas matrizes ideológicas, a ordem jurídica estudada."<sup>52</sup>

Vale ressaltar que, em geral, pairam severas críticas sobre as teorias analíticas, reacendendo a velha discussão acerca da redução da Ciência do Direito à dimensão puramente teórica. Têm razão os que concordam com a ponderação; porém, com apoio em Alexy, defendo que se revela imprescindível tecer considerações no plano sistemático-conceitual acerca do objeto do estudo científico. Porém, deve-se ressaltar que concordo com a assertiva de que não é possível considerar a Ciência do Direito como uma disciplina puramente racional, principalmente se a pesquisa se desenvolve no plano do direito constitucional<sup>53</sup>.

Não se pode perder de vista, entretanto, que a dogmática constitucional aponta, em última análise, para a fundamentação racional dos juízos que serão feitos sobre as normas da Constituição no processo de sua concretização. Isso, no entanto, pressupõe consciência e clareza acerca da estrutura das normas constitucionais, bem como a respeito dos conceitos e formas de argumentação relevantes para a sua fundamentação.

Canotilho acolhe a proposta tridimensional do Professor Ralf Dreier como método adequado para o estudo do direito constitucional, ressaltando, outrossim, que os direitos fundamentais constituem uma categoria dogmática, no triplo sentido da expressão, ou seja, no seu sentido analítico, empírico e normativo. Explica o mestre português:

“A perspectiva analítico-dogmática, preocupada com a construção sistemático-conceitual do direito positivo, é indispensável ao aprofundamento e análise de conceitos fundamentais e à investigação da estrutura do sistema jurídico e das suas relações com os direi-

52 GUERRA FILHO, Willis S. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos, 1999. p. 37-38.

53 Alexy afirma: “*La medida de la racionalidad de la ciencia del derecho depende esencialmente del nivel alcanzado en la dimensión analítica. Sin claridad analítica, non seriam ni siquiera posibles enunciados precisos y fundamentados acerca del juego conjunto de las tres dimensiones*”. ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 45.

tos fundamentais, passando pela própria ponderação e bens jurídicos, sob a perspectiva dos direitos fundamentais. A perspectiva empírico-dogmática interessar-nos-á porque os direitos fundamentais, para terem verdadeira força normativa, obrigam a tomar em conta as suas condições de eficácia e o modo como o legislador juízes e administração os observam e aplicam nos vários contextos práticos. A perspectiva normativo-dogmática é importante sobretudo em sede de aplicação dos direitos fundamentais, dado que esta pressupõe, sempre, a fundamentação racional e jurídico-normativa dos juízos de valor (interpretação e concretização)."<sup>54</sup>

O Professor Tércio Ferraz Júnior compara as três perspectivas:

“Se compararmos a Dogmática de estilo analítico e a de estilo hermenêutico com a do modelo empírico, verificaremos que, enquanto a primeira busca os critérios do jurídico e do antijurídico a partir das premissas do próprio sistema jurídico, sem se importar com as conseqüências (do sistema para o mundo circundante), a segunda se preocupa com as conseqüências, buscando os critérios a partir delas. A terceira, finalmente, se coloca num meio-termo, visualizando a questão a partir da própria decisão, como um procedimento intermediário entre as premissas e as conseqüências da decidibilidade.”<sup>55</sup>

Para efeitos de nossas reflexões, é preciso registrar que o estudo da dogmática, a partir desta proposta, auxilia o cientista do Direito a entender com maior profundidade a complexidade de nossa ciência. As três perspectivas, muitas vezes, estão imbricadas na realidade dos problemas que se apresentam à solução do jurista, mas as soluções multifacetadas permitem respostas mais adequadas aos problemas jurídicos.

#### 4 ESTUDO E PESQUISA EM DIREITO CONSTITUCIONAL

Os avanços tecnológicos trazem mudanças que afetam o Direito: maiores facilidades nas demandas e na comunicação exigem novas fórmulas de enfrentar as questões que são apresentadas para a solução no universo jurídico. O estudo e a pesquisa em direito constitucional reproduzem esses desafios.

Os profissionais do Direito que querem aprender as fórmulas jurídicas para a busca do bem (seja individual, seja comum), mas, ao mesmo tempo, também desejam assimilar uma formação jurídica mais consistente (com bases teóricas e metodológicas mais sofisticadas), devem estar compromete-

54 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 1175.

55 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 165.

tidos com o estudo do Direito que maximiza a possibilidade de produzir e reproduzir conhecimento. Nesse contexto, revela-se importante definir objetivos e métodos para atender às duas necessidades.

A metódica, nesse contexto, apresenta-se como uma condição para a consciência da formação teórica e, obviamente, pressupõe escolhas: de premissas, de linguagem, de discurso e de formas.

#### **4.1 Premissas para o estudo e a pesquisa em direito constitucional**

Algumas premissas sobre o método de apreensão do Direito em geral e do direito constitucional em particular devem ser postas e compartilhadas.

A primeira delas é a de que os problemas jurídicos estão postos na realidade prática, de modo que os profissionais jurídicos enfrentam problemas cada vez mais complexos (porque estamos vivendo o fenômeno da hipercomplexificação social), necessitando, portanto, de formação teórica e metodológica mais consistente (ou ao menos mais consciente).

A máxima segundo a qual “quem sabe faz, quem não sabe ensina” ainda retrata a realidade educacional brasileira, historicamente depreciadora da educação. Não é nem preciso dizer da importância de mudar o jargão para “quem sabe faz, quem sabe – e sabe comunicar-se – ensina”. O mundo não mais pode estar dividido entre aqueles que querem pensar (e só isso) e aqueles que querem executar (e só isso).

Dessa forma, a segunda premissa é a de que se apresenta como elemento essencial do estudo e pesquisa em Direito, com vistas a atingir a credibilidade do sistema jurídico, seja teórico, seja prático, a existência de um marco teórico bem definido a nortear os debates e as discussões, pois, de outro modo, a argumentação torna-se vazia, em nada contribuindo para o desenvolver do processo de conhecimento.

Por fim, como terceira premissa, entendo de suma importância que se inaugure, com maior largueza, um debate internacionalizado, ou seja, que o direito constitucional seja apreendido e compreendido no contexto do direito comparado, tanto no plano temporal (história do direito constitucional) quanto no plano espacial (sistemas constitucionais comparados).

Uma vez postas essas premissas, torna-se mais clara a base a partir da qual entendo possa ser desenvolvido um estudo de direito constitucional com qualidade acadêmica e profissional suficientes para fazer face às demandas do século XXI.

#### **4.2 Entre o pensar e o fazer em direito constitucional**

A técnica jurídica ou metodologia jurídica preocupa juristas e filósofos desde há muito. Savigny tem um precioso livreto sobre metodologia jurí-

dica, traduzido por Hebe Marengo e editado pela Edicamp em 2001. A investigação de Savigny questiona: “Como deve, então, ser elaborada a ciência do Direito. Pode-se pensar em: uma elaboração absoluta não voltada ao eventual meio auxiliar da literatura, um sistema puro como fundamento; e volta da a ditos meios auxiliares”<sup>56</sup>.

A técnica implica a reflexão e o questionamento sobre o “como fazer”?

Não há dúvidas de que o Direito se movimenta, acontece, ocorre pelo pensar, pelo escrever e pelo falar. Há uma dimensão comunicativa inegável. Não há como fugir da comunicação e da linguagem quando estamos a tratar da técnica jurídica. É bem verdade que há outros aspectos inegáveis de nossa ciência: a política e a norma. E aqui prefiro ficar com Miguel Reale: Direito é fato, valor e norma. No entanto, tal reflexão demandaria trabalho muito maior do que este, de forma que apenas um aspecto da comunicação será considerado: o discurso, que, por sua vez, implica a análise dos argumentos.

A questão posta para nossa reflexão é como se aplicam os argumentos na prática? Conforme se pergunta Toulmin: “Que ligações há entre os cânones e métodos que usamos quando, no dia-a-dia, avaliamos, de fato, a solidez, a força e o caráter conclusivo de argumentos?”<sup>57</sup>

Segundo Toulmin, é importante levantar questões filosóficas gerais sobre a avaliação prática de argumentos. Questiona-se se a meta do lógico deva ser formular generalizações sobre pensadores que pensam ou formular máximas que lembrem aos pensadores como devem pensar. Há uma discussão sobre a essência da lógica: arte ou ciência? “Seu objetivo não é descobrir leis do pensamento, em nenhum dos sentidos científicos do termo lei, mas, sim, descobrir leis ou regras de argumento – como orientação ou sugestões para quem deseje argumentar sólida e corretamente”<sup>58</sup>. Nesse contexto, a lógica deixa de ser uma ciência explanatória, apresentando-se como uma tecnologia, ou seja, instruções para a racionalidade<sup>59</sup>.

O paralelo entre a lógica e as práticas do Direito tem a vantagem de ajudar a manter no centro do quadro a função crítica da razão, de forma que as regras da lógica aplicam-se aos homens e aos seus argumentos como padrões de realização, que serão alcançados em maior ou menor medida dependendo dos interlocutores<sup>60</sup>.

56 SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Metodologia jurídica*. Trad. Hebe A. M. Caletti Marengo. Campinas: Edicamp, 2001. p. XVII.

57 TOULMIN, Stephen. *Os usos do argumento*. Trad. Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 2.

58 TOULMIN, Stephen. Ob. cit., p. 3.

59 TOULMIN, Stephen. Ob. cit., p. 3.

60 TOULMIN, Stephen. Ob. cit., p. 3.

A metodologia jurídica no último quartel do século XX e no início desse século XXI tem ganhado força proeminente na discussão jurídica acadêmica e profissional, pois cada vez mais os avanços tecnológicos impõem aos profissionais de todas as áreas um raciocínio algorítmico, que, uma vez dominado, possa alçar os homens a novos desafios, deixando para as máquinas o que já foi pensado ineditamente.

Explico melhor: as máquinas nunca substituirão os homens naquilo que não foi pensado e decidido pela primeira vez, podendo substituí-lo em todas as situações em que já houve pensamento fluxogramado e decisões tomadas pelo menos uma vez. Não é diferente para o mundo jurídico.

O que fazemos no dia-a-dia da nossa profissão, senão pesquisar e encontrar soluções já pesquisadas e encontradas por outros? Ou mesmo formular questões-problema a serem discutidas e resolvidas por interlocutores (obrigatórios ou facultativos)? Claro que esse procedimento pode ser simples ou complexo, pode ser rápido ou demorado, pode ser claro ou obscuro. Em suma: fácil ou difícil, dependendo das circunstâncias em que se dá.

De qualquer sorte, não são raras as situações em que se encontra apenas um início de decisão, uma conclusão inadequada ao contexto histórico-cultural, ou mesmo um caso cujas premissas, apesar de semelhantes, não são exatamente as mesmas. Estes são complicadores da técnica e da metodologia de todas as profissões jurídicas.

O importante, nesse caso, é tomar como ponto de partida a premissa de que pesquisar o Direito nos bancos acadêmicos não necessariamente é igual, nem obrigatoriamente precisa ser diferente, de praticá-lo no dia-a-dia das rotinas das profissões jurídicas. Há múltiplas possibilidades nesse processo de diferenciação e equiparação, com implicações que podem tanto ajudar quanto atrapalhar ambos, a depender da avaliação feita pelos sujeitos envolvidos.

Na minha opinião, o planejamento de qualquer atividade é o passo inicial imprescindível para o seu sucesso, ou seja, não há possibilidade de levar um trabalho a termo sem ter claros os pontos essenciais de seu projeto. Nesse ponto, reside a diferença entre ciência e arte: nesta, o artista, sem planejar, conta com a sua intuição e dom para fazer uma obra, contanto com a sensibilidade sua ou de outrem para avaliar o resultado; naquela, o cientista necessita do projeto para pessoalmente ou diante dos interlocutores fazer a avaliação do resultado da investigação.

Tanto o cientista quanto o profissional do Direito que trabalha sem planejamento está, no mundo de hoje, fadado ao insucesso de sua profissão, pois, apesar de ser aceitável o erro uma ou duas vezes, sem planejamento não há como corrigi-lo no tempo socialmente aceitável.

É bem verdade que o cientista tem uma tolerância muito maior ao erro e ao fracasso do que o profissional jurídico; porém, com a globalização e

com os avanços tecnológicos, isso tem sido cada vez menos tolerado. Ou seja, tanto cientista quanto profissional do Direito devem ter tanto maior quanto possível domínio da técnica necessário para a eficiência de seus resultados. É a vida no século XXI.

### 4.3 Dogmática e metódica constitucional

Para identificar uma dogmática constitucional mais adequada para a realidade brasileira e atualizada para o século XXI, é preciso ter em conta as linhas de força dominantes na segunda metade do século XX: a) o Estado foi impulsionado para o paradigma democrático, fruto do refluxo do modelo social sobre o modelo liberal do século XIX; b) apareceram e desapareceram os regimes totalitários (de fundamento democrático); c) os povos coloniais emanciparam-se, agora distribuídos em Estados, moldados pelos tipos de Estado europeus, mas com características bem diferentes; e d) a comunidade internacional se organizou, envidando inegáveis esforços para a proteção internacional dos direitos do homem<sup>61</sup>.

A força da realidade mundial impulsiona o direito constitucional para caminhos jamais imaginados. Para o século XXI, as principais mudanças que podem ser sentidas de imediato: a) caíram ou entraram em queda irreversível os regimes totalitários e autoritários (são matrizes: fascismo italiano em 1943; nacional-socialismo alemão em 1945; marxismo-leninismo em 1985-1991); b) surgiu um regime de tipo novo (modelo de Estado diferente do europeu): Estado de fundamentalismo islâmico (1979) – unindo religião e política (poder espiritual e temporal); c) crise do Estado-Providência: discussão neoliberal; d) degradação da natureza e do meio ambiente, desigualdades econômicas e sociais; exclusão social, manipulação comunicacional, cultura consumista, revolução dos paradigmas éticos.

A grande questão é: como tais fatores vão influenciar no constitucionalismo do século XXI e na interpretação das constituições nacionais? Será que poderemos falar em estados constitucionais no século XXI?

As mudanças mais evidentes nos principais conceitos que fundam a dogmática constitucional (e da teoria geral do Estado que influenciam diretamente a própria dogmática: conceito de Estado, soberania, poder político, etc.): Constituição; normas constitucionais; poder constituinte; princípios fundamentais (Estado de Direito/Democracia; Separação de Poderes; República, Federalismo); Poder“es” do Estado; direitos fundamentais; controle de constitucionalidade.

#### 4.3.1 Dogmática constitucional clássica

A dogmática constitucional clássica investiga o Estado (com ênfase para o conceito de soberania) e o Estado de Direito, justificando histórica-

61 Sobre esse progresso histórico v. MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. São Paulo: Forense, 2000.

mente tal conceito a partir dos modelos de Estado liberal, Estado social e Estado democrático.

Também a reflexão sobre Constituição é central, envidando esforços para o seu conceito e sua essência. As normas constitucionais têm o seu espaço na reflexão a partir da idéia de força normativa.

O poder é investigado sob a forma de uma teoria do poder constituinte, bem como a partir da dinâmica relação entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Os direitos fundamentais e direitos humanos sempre tiveram espaço reservado na investigação jusconstitucional, com ênfase principalmente para a sua garantia histórica nos textos constitucionais internos e comparados.

O tema controle de constitucionalidade ganhou relevância principalmente na segunda metade do século XX, mas a jurisdição constitucional desde logo se mostrou de importância fundamental para a reflexão constitucional, apresentando caminhos mais naturais para o que ainda está sendo provisoriamente denominado de processo constitucional.

É bem verdade que a dogmática constitucional clássica tem sido submetida a constantes reflexões e debates, em virtude do lento, mas constante, redirecionamento da perspectiva positivista, exclusivamente normativa, para um paradigma mais abrangente e interdisciplinar<sup>62</sup>, no qual o sistema do Direito apresenta-se como sistema aberto aos valores sociais e políticos subjacentes a todo debate tipicamente constitucional. Nesse contexto, segue o presente trabalho.

### 4.3.2 Dogmática constitucional pós-positivista<sup>63</sup>

O pós-positivismo, ou, como preferem alguns autores<sup>64</sup>, neo-constitucionalismo, apresenta-se, na visão do Professor Luís Roberto Barroso como consequência da superação histórica do jusnaturalismo e do fracasso político do positivismo<sup>65</sup>.

62 Que eu tenho defendido sob a denominação de pós-positivismo.

63 Aqui vale, pela utilização da expressão, uma provocação para alguns interlocutores mais "ácidos", no que tange à resistência a essa fórmula ainda difusa, mas certamente consistente, apesar de nova (originária da realidade da segunda metade do século XX), de compreensão e movimentação do fenômeno jurídico: "Certamente aqueles que marcam resistência acirrada às novas idéias, colocando-se de punhos em guarda contra qualquer ruptura com conceitos ou institutos jurídicos tradicionais, ainda que sejam patentemente arcaicos e ultrapassados, considerados verdadeiras velharias de nossa ciência, não temos dúvidas em dizer que a obra gerará grande perplexidade [...] 'Mas – pondera Caio Mário – entre conservador e misoneísta muita é e deve ser a distância. Se o conservador cultiva as tradições, o misoneísta encrespa-se contra toda contribuição da atualidade e condena por péssimo tudo o que seja novo'". Cf. BASTOS, Celso Ribeiro; TAVARES, André Ramos. *As tendências do direito público no limiar de um novo milênio*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 2, nota 4.

64 O Professor Lênio Streck, com quem tive a honra de dividir o painel do VII Congresso Brasiliense de Direito Constitucional, realizado em 21 e 22 de outubro de 2004, no Auditório Pedro Calmon, em Brasília/DF, referido na nota anterior, afirmou preferir esta segunda expressão: neo-constitucionalismo.

65 Cf. BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: RÚBIO, David S.; FLORES, Joaquín H.; CARVALHO, Salo de (Org.).

Por pós-positivismo pode-se entender “a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade da pessoa humana”<sup>66</sup>.

Na verdade, o pós-positivismo não propõe rompimento com o positivismo<sup>67</sup>, mas uma releitura de suas propostas fundamentais, a partir de um novo paradigma que põe em destaque o sujeito (ser humano) como elemento central de toda a reflexão científica. O centro de referência do Direito deixa de ser a regra objetiva e passa a ser o princípio de caráter aberto e vinculado aos sujeitos que constroem seu significado. A pauta de valores do Direito deixa de estar no legalismo formalista fundamentado na segurança jurídica e passa a repousar no constitucionalismo guiado pela concretização de direitos fundamentais.

Nesse contexto, o ser humano (e a sua dignidade) passa a ser o eixo de todas as discussões. No Direito, isso é evidenciado pelo próprio tratamento que se deu aos direitos civis, aos direitos fundamentais e aos direitos humanos, a partir da segunda guerra mundial (segunda metade do século XX)<sup>68</sup>.

A proteção das liberdades civis, principalmente pela utilização de instrumentos e procedimentos adequados, associada ao reconhecimento de direitos fundamentais nos planos social e difuso (os conhecidos direitos fundamentais de 2ª e 3ª dimensão<sup>69</sup>), são provas de que os valores sociais, identificados nas culturas e nos próprios indivíduos, passaram a ser eixos centrais das formulações jurídicas.

---

*Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 300.

- 66 Cf. BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro. In: RÚBIO, David S.; FLORES, Joaquín H.; CARVALHO, Salo de (Org.). *Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 300.
- 67 O pós-positivismo não supera o positivismo, mas acolhe a sua premissa de que Direito é norma (premissa básica do raciocínio do próprio Kelsen). Entretanto, o pós-positivismo, na minha visão, propõe a correção das principais falhas do positivismo de Kelsen, principalmente a partir de três outras perspectivas: Direito é norma (só que não mais norma fechada = regra, mas também norma aberta = princípio); Direito é norma que se fundamenta na dignidade da pessoa humana (tem que fazer verificação de proporcionalidade/razoabilidade, a partir do parâmetro direitos fundamentais); Direito é norma que não é posta só pelo legislador, mas pelas decisões de poder (legislativo – óbvio – mas também judiciário e executivo), o que implica análise do Direito a partir da metodologia concretista (hermenêutica + argumentação).
- 68 Aqui vale reproduzir a lição do Professor Tércio Ferraz Júnior: “Envolvendo sempre um problema de decidibilidade, a Dogmática Jurídica tem, contudo, por referência central, o próprio ser humano que, pelo seu comportamento, entra em conflito, cria normas para solucioná-lo, decide, renega suas decisões, reforma as normas etc.”. Cf. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica.* São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 119.
- 69 O Professor Ingo Sarlet justifica a opção pela terminologia “perspectiva” – ao invés de “dimensão” como é utilizado pela maioria dos autores – afirmando que assim o fez para evitar confusão com as gerações dos direitos fundamentais para as quais também é bastante utilizada a expressão “dimensão”. (Cf. SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais.* Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1998. p. 139, nota 308)

Assim sendo, não há como negar que houve pelo menos uma mudança significativa na teoria das normas jurídicas: ao lado das regras jurídicas também existem princípios jurídicos, a merecer proteção e reflexão crítica por parte dos juristas. Esse foi o ponto crucial da novidade pós-moderna, que nesse estudo chamo de “pós-positivista”. Mas duas outras são consequências inafastáveis: o cuidado teórico e prático com a temática dos direitos fundamentais (que se constrói sobre edifício da teoria dos princípios) e a reflexão sobre metódica de aplicação e controle de aplicação de tais direitos, sob a perspectiva da compreensão (hermenêutica) e da comunicação/linguagem (argumentação).

Pós-positivismo, portanto, é um paradigma para o jurista, o qual reflete três eixos centrais para a epistemologia jurídica: o da teoria das normas jurídicas como regras e princípios; o da teoria dos direitos fundamentais como pauta de valores do Direito; e o da teoria da argumentação e hermenêutica jurídicas que se apresentam como critérios racionalizadores do próprio discurso jurídico.

Essa é uma mudança que não pode deixar de ser considerada quando se está a tratar da dogmática constitucional, a qual desloca seu eixo de uma analítica pura para uma analítica que se preocupa tanto com concretização, quanto com fundamentos justificadores e processo de fundamentação. A dogmática deixa de ser apenas uma questão de decidibilidade, como nos ensina o Professor Tércio Ferraz Júnior<sup>70</sup>, para também se tornar uma questão de fundamentalidade e justificação das decisões tomadas.

A Constituição e a jurisdição constitucional ganham relevo proeminente nesse contexto, de forma que todos os profissionais e pensadores do Direito devem estar habilitados para raciocinar constitucionalmente e parametrizar suas ações e decisões a partir das normas constitucionais, principalmente das normas que consagram direitos fundamentais. Essa é a verdadeira essência do neoconstitucionalismo, que, na verdade, constitui uma das principais consequências da faceta objetiva dos direitos fundamentais, na perspectiva de sua eficácia irradiante<sup>71</sup>.

Dessa forma, acompanhar a tendência pós-positivista no plano do direito constitucional é tão-somente reconhecer os avanços da teoria constitucional do século XX, enfatizando aquilo que desde a década de 1920 já vem sendo objeto de discussões e debates no âmbito do direito constitucional. O reconhecimento da força normativa da Constituição e, conseqüentemente,

70 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

71 “Um primeiro desdobramento dessa força jurídica autônoma dos direitos fundamentais diz respeito à sua eficácia irradiante, ou seja, os direitos fundamentais, na sua condição de direitos objetivos, fornecem impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional, o que aponta para a necessidade de desenvolvimento de uma interpretação conforme os direitos fundamentais, a qual, em grande medida, revela-se semelhante à técnica da interpretação conforme a Constituição.” (SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1998. p. 145)

de seus princípios, bem como a judicialização das questões constitucionais (jurisdição constitucional) são apenas dois significativos exemplos das mudanças que impulsionam as novidades para o século XXI.

## 5 FUTURO DA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL

Não se trata de proceder a um exercício de futurologia, mas a realidade deste início de século XXI está a nos conduzir, em todas as áreas do conhecimento, a uma revisitação dos conceitos jurídicos clássicos, em busca de fórmulas dogmáticas que possam constituir-se em pontos de partida verdadeiramente úteis para a resolução dos problemas complexos de nossa sociedade pós-moderna.

Nesse contexto, conforme ensina Dalmo de Abreu Dallari, o futuro nada mais é do que “a percepção aguda de certas coisas e de certos fatos que os observadores superficiais ignoram, mas que já existem no presente e que só se tornarão mais evidentes no futuro”<sup>72</sup>.

Não há nada que esteja posto no presente e esboçado para o futuro que já não tenha no passado sido objeto de reflexão. No entanto, quando uma dada tendência, antes de vanguarda, passa a dominar o pensamento de uma época é porque se está diante de uma virada de paradigma<sup>73</sup>.

Não tenho dúvidas em afirmar que se está diante de um desses momentos em que, muito embora tudo pareça igual ou conseqüência natural das coisas, há muitas novidades que ainda estão para serem absorvidas no mundo jurídico. Em primeiro lugar, é preciso uma maior consciência da passagem que, paulatinamente, se está experimentando do Estado de direito para o Estado constitucional. Também não se pode negar a importância da teoria dos princípios para a epistemologia jurídica e para a teoria geral do Direito. A força normativa da Constituição e, sua principal conseqüência – a força normativa dos direitos fundamentais – são pontos que merecem reflexão mais detida. Por fim, é de se considerar relevante o estudo da hermenêutica constitucional e argumentação constitucional como critérios metodológicos justificadores das decisões de poder tomadas com base na Carta Política.

Para tanto, vale comentar algumas obras que podem servir de bibliografia inicial para aqueles que efetivamente desejam estudar o direito constitucional a partir dessa nova perspectiva. Por óbvio, trata-se apenas de uma

72 DALLARI, Dalmo de Abreu. *O futuro do estado*. São Paulo: Moderna, 1980. p. 14.

73 Conforme ensina Thomas Kuhn: “[...] As mudanças de paradigma realmente levam os cientistas a ver o mundo definido por seus compromissos de pesquisa de uma maneira diferente. Na medida em que seu único acesso a esse mundo dá-se através do que vêem e fazem, poderemos ser tentados a dizer que, após uma revolução, os cientistas reagem a um mundo diferente”. KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2006. p. 147-148.

sugestão de leitura, que longe de pretender esgotar as imprescindíveis obras clássicas, constitui-se apenas como uma indicação muito superficial daquilo que seria um guia do direito constitucional na sua vertente pós-positivista<sup>74</sup>.

Para começar, é imprescindível conhecer a discussão clássica entre Ferdinand Lassale, em *A essência da Constituição*, e Konrad Hesse, em *Força normativa da Constituição*, que inaugura o debate, na teoria da Constituição, sobre o próprio conceito e significado desse documento.

Acerca da passagem do Estado de direito para o Estado constitucional, a indicação de leitura é de Antonio-Enrique Pérez Luño, na obra *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*, principalmente o capítulo segundo desta obra, que tem o título *Estado constitucional y derechos de la tercera generación*.

No que tange aos direitos fundamentais e ao paradigma “não-positivista” de seu estudo, tenho que indicar as obras de Robert Alexy, que tem, na sua *Teoría de los derechos fundamentales* e no artigo “Sobre la estructura de los principios jurídicos”, duas referências imprescindíveis para o estudo da dogmática jusfundamental.

Por fim, para completar a lista de obras essenciais, reputo imprescindível a leitura da obra *Metodología jurídica* de Friedrich Karl von Savigny e *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*, de Peter Häberle.

Com essa lista, na qual, propositadamente, não consta nenhuma referência a autores nacionais<sup>75</sup>, pretendo apenas registrar que a dogmática constitucional adequada para o século XXI é aquela que repensa o direito constitucional a partir de seus elementos essenciais: teoria do Estado constitucional, teoria da Constituição, teoria da Norma Constitucional, teoria dos direitos fundamentais e hermenêutica constitucional.

A partir desses elementos, torna-se possível ao constitucionalista construir sua visão crítica acerca do modelo concreto e positivado de Constituição, que envolve todas as demais discussões, indiscutivelmente relevantes para a dogmática constitucional, como funções dos poderes do Estado, repartição de competências, jurisdição constitucional, e algumas outras.

74 Talvez não fosse necessário, mas considero prudente advertir o leitor de que as poucas referências que aqui indico fazem parte de um corte arbitrário e idiossincrático daquilo que venho trabalhando na academia em termos de metodologia e epistemologia do direito constitucional. Na verdade, a lista constitui fruto de minhas preferências e história acadêmica vinculada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília e do UniCeub, bem como ao Instituto Brasiliense de Direito Público, todos em Brasília.

75 Para que as preferências nacionais possam ser referenciadas com base em suas relações com as obras doutrinárias estrangeiras que lhe deram suporte.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao iniciar este texto, pretendia “tentar desvendar o caminho que conduz às decisões jurídicas em todos os sentidos” e isso significava apenas um indício da angustiante busca pela aproximação daquilo que pode ser o ponto de partida para a reflexão jurídica, mais especificamente no plano do Direito Constitucional. De onde vêm as idéias que norteiam as decisões, sejam elas constituintes, sejam elas legislativas, administrativas ou jurisdicionais?

Já na introdução, pistas foram sendo deixadas: acredito efetivamente que o fato de se estar diante da dogmática como pressuposto para a investigação do Direito, não significa um divórcio das reflexões teórico-filosóficas e/ou sócio-jurídicas. Mas, não posso, por outro lado, deixar de registrar que a investigação teórico-filosófica e sócio-jurídica precisam densificar suas investigações para que os trabalhos dogmáticos, a partir de novas abordagens, ganhem força para resistir às exigentes demandas desse novo tempo.

Não há como deixar de aspirar por uma “nova dogmática para o direito contemporâneo”, assim como não se pode perder de vista que o passado é sempre a fonte originária do presente e do futuro. Ora, muito embora consciente de que a busca pelo novo é a mais velha das atitudes metodológicas de um cientista, não posso deixar de registrar aqui o que efetivamente acredito: a partir da segunda metade do século XX estamos diante de uma virada paradigmática<sup>76</sup>, a qual precisa ser absorvida e potencializada nas nossas experiências jurídicas concretas.

Com isso, deixo o apelo para que a dogmática constitucional venha a ser produzida e reproduzida considerando esse espírito, ou seja, levando em conta não apenas o próprio (e inegavelmente já complexo) universo de seu conhecimento, que implica as três perspectivas – analítica, empírica e crítica –, mas também as suas interações e relações com as demais formas de abordagem do conhecimento jurídico-científico: a sócio-jurídica e filosófico-teórica.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

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

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

<sup>76</sup> Mais uma vez é obrigatória a referência: KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro; TAVARES, André Ramos. *As tendências do direito público no limiar de um novo milênio*. São Paulo: Saraiva, 2000.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: UnB, 1999.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A teoria constitucional e o direito alternativo (para uma dogmática constitucional emancipatória). In: *Direito alternativo*. Seminário nacional sobre o uso alternativo do direito, Rio de Janeiro, 1993.

COSTA, Alexandre de Araújo. *Introdução ao direito: uma perspectiva zetética das ciências jurídicas*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O futuro do estado*. São Paulo: Moderna, 1980.

DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1992.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

\_\_\_\_\_. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2000.

\_\_\_\_\_. *Teoria da norma jurídica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GUERRA FILHO, Willis S. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Trad. Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

\_\_\_\_\_. *Pluralismo y constitución – Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Trad. Emilio Mikunda Franco. Madrid: Tecnos, 2002.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 9. ed. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2006.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. São Paulo: Forense, 2000.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho em direito constitucional*. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2000.

PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

RÚBIO, David S.; FLORES, Joaquín H.; CARVALHO, Salo de (Org.). *Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1998.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Metodologia jurídica*. Trad. Hebe A. M. Caletti Marengo. Campinas: Edicamp, 2001.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. A pesquisa científica na graduação em Direito. In: *Universitas jus*, n. 11, dez. 2004.

\_\_\_\_\_. O estudo e a pesquisa em Direito Constitucional: aplicação da metódica estruturante. In: *Justilex*, n. 5, a. 1, 2002.

TOULMIN, Stephen. *Os usos do argumento*. Trad. Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2001.