

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

Dogmática jurídica: estudos de caso com base em Carlos Santiago Nino

TIAGO CRUZ SANTOS DE OLIVEIRA

Rio de Janeiro
2021

TIAGO CRUZ SANTOS DE OLIVEIRA

Dogmática jurídica: estudos de caso com base em Carlos Santiago Nino

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Fábio Perin Shecaira**.

Rio de Janeiro
2021

CIP - Catalogação na Publicação

dd278d de Oliveira, Tiago Cruz Santos
Dogmática jurídica: estudos de caso com base em
Carlos Santiago Nino / Tiago Cruz Santos de
Oliveira. -- Rio de Janeiro, 2021.
54 f.

Orientador: Fábio Perin Shecaira.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2021.

1. Dogmática jurídica. 2. Estudo de caso. 3.
Transparência. 4. Arrojo. 5. Direito
Constitucional. I. Shecaira, Fábio Perin, orient.
II. Título.

TIAGO CRUZ SANTOS DE OLIVEIRA

Dogmática jurídica: estudos de caso com base em Carlos Santiago Nino

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Fábio Perin Shecaira**.

Data da Aprovação: 04/06/2021

Banca Examinadora:

Fábio Perin Shecaira

Orientador

Franklin Marques Dutra

Membro da Banca

Rio de Janeiro
2021

A Cacilda Santos de Oliveira

RESUMO

Carlos Santiago Nino evidenciou um descompasso entre os modelos teóricos de dogmática jurídica e a dogmática jurídica efetivamente praticada. Os modelos se mostravam insuficientes, já que se apegavam a um ideal de objetividade e impediam posturas mais criativas pelos doutrinadores. Ao mesmo tempo, da doutrina se demandavam soluções para as lacunas do ordenamento jurídico, que muitas vezes se mostrava incompleto, contraditório, impreciso etc. O impasse, segundo Nino, era frequentemente resolvido por técnicas que mitigavam a transparência argumentativa do jurista, como a do legislador racional. Neste sentido, este trabalho visa a verificar, por meio de dois estudos de caso, até que ponto as observações de Nino se aplicam à dogmática jurídica brasileira contemporânea.

Palavras-chave: Dogmática Jurídica. Estudo de caso. Transparência. Arrojo. Direito Constitucional.

ABSTRACT

Carlos Santiago Nino highlighted a gap between theorized and practiced Legal Dogmatics. The theories proved to be insufficient, as they adhered to an ideal of objectivity and discouraged more creative approaches by legal scholars. At the same time, these researchers were demanded solutions for the shortcomings of the legal system, which often proved to be incomplete, contradictory, imprecise etc. The impasse, according to Nino, was regularly solved by techniques that mitigated the transparency of the scholar's argumentation, such as the reference to a rational legislator. In this sense, this paper aims to verify, through two case studies, to what extent Nino's observations apply to contemporary Brazilian Legal Dogmatics.

Keywords: Legal Dogmatics. Case study. Transparency. Boldness. Constitutional Law.

SUMÁRIO

1	– INTRODUÇÃO _____	8
2	– A DOGMÁTICA JURÍDICA _____	14
3	– A DOGMÁTICA JURÍDICA SEGUNDO CARLOS S. NINO _____	21
4	– ESTUDO DE CASO 1: JOSÉ A. DA SILVA _____	30
5	– ESTUDO DE CASO 2: LUÍS R. BARROSO _____	43
6	– CONCLUSÕES _____	50
7	– BIBLIOGRAFIA _____	54

1 – INTRODUÇÃO

1.1 – Considerações iniciais

O século XVIII representou, para o Ocidente e o centro global, a difusão do Iluminismo, movimento político-filosófico que estabeleceu e difundiu as bases da ciência moderna, ancorada a uma forte idealização e valorização da razão como instrumento de evolução da espécie humana.

Dentre os diversos corolários desta matriz filosófica, pode-se destacar a tentativa de construção de uma ciência jurídica, capaz de responder aos anseios de objetividade e cientificidade que ainda reverberam desde a profusão do ideário iluminista. Nesse contexto, diversos modelos de dogmática jurídica foram propostos e debatidos no campo da Teoria do Direito.

Para além dos modelos concebidos, o estudo do conjunto de normas desenvolveu-se, também, para uma atividade real, para um campo de trabalho de muitos pesquisadores. Nos países de tradição romano-germânica, em especial, essa atividade assumiu uma função social importante. John Merryman e Rogelio Pérez-Perdomo, estudiosos do Direito Comparado, chegaram a afirmar que os doutrinadores são os protagonistas do direito nos países de *civil law*, com tamanha preponderância a ponto de influenciarem o Judiciário e orientarem o Legislativo¹.

Os debates no âmbito da Teoria do Direito certamente influenciaram, em diferentes graus, as obras sobre o direito positivo. Entretanto, outros fatores, além dos teóricos, também contribuíram para a criação de uma cultura própria, com hábitos e práticas peculiares, que não necessariamente derivam de adesões conscientes a uma proposta de ciência jurídica.

Como os outros ramos, a dogmática constitucional produziu práticas e hábitos próprios, independentes da discussão zetética sobre o modelo de ciência a ser adotado, sobre a função que cumpre e sobre os objetivos que deve atingir. Ainda, localiza-se em uma materialidade social específica, e muitas vezes submete-se a outros fatores que afetam seus trabalhos, como as demandas por didática e apelo comercial. Nesse prisma, este trabalho visa observar se e até

¹ Merryman e Pérez-Perdomo, 2009, p. 96.

que ponto a doutrina constitucional perpetua atitudes prejudiciais ao seu estudo, com base nas críticas que Carlos Santiago Nino, autor argentino, direcionou à dogmática jurídica. Isto é, objetiva-se compreender quais modelos científicos são escolhidos pelos principais doutrinadores, bem como qual seu nível de adesão a esses modelos e a seus fundamentos principais.

Carlos Nino, em sua obra, além de exemplificar alguns modelos propostos de ciência jurídica, demonstrou como a dogmática jurídica encarava as limitações dos conjuntos de normas: incoerências, lacunas, imprecisões etc. Para ele, os doutrinadores comumente solucionavam estas questões com uma postura específica, derivada de algumas crenças também particulares.²

Como confiavam – genuína ou metodologicamente – na qualidade e coerência do direito positivo, acreditavam que as referidas limitações seriam só aparentes, e que a solução para elas derivaria do próprio direito, cabendo aos doutrinadores meramente identificá-las. Para Nino, colocada desta maneira, o caráter criativo da busca por soluções poderia ser encoberto, de forma a abreviar discussões certamente proveitosas sobre a melhor, dos pontos de vistas lógico e axiológico, dentre as possíveis alternativas.³

Após introduzir conceituações iniciais e pormenorizar os pontos colocados, meu trabalho será o de avaliar se estas observações podem ser verificadas em algumas obras específicas, representativas da doutrina brasileira contemporânea.

1.2 – Objetivos

Os principais objetivos deste trabalho, em resumo, são: (i) verificar a atualidade de algumas das notas de Carlos Nino e (ii) verificar a aplicabilidade destas ao caso brasileiro, sempre com a ressalva de ser um estudo de caso, ainda sem capacidade de permitir afirmações mais contundentes e generalizantes sobre a dogmática jurídica brasileira.

Além disso, este exercício pode ser importante para: (iii) trazer ao Direito Constitucional brasileiro discussões da Teoria do Direito; (iv) identificar os modelos de ciência jurídica

² Nino, 2010, p. 384.

³ Nino, 2010, p. 384.

escolhidos por alguns dos constitucionalistas brasileiros; (v) identificar eventuais desvios entre o estudo praticado e aquele previamente defendido; (vi) tecer, se possível, breves considerações sobre se e como outros fatores podem influenciar as obras; (vii) tecer, se possível, breves considerações sobre o efeito que eventuais desvios, caso verificados, podem ter sobre outros operadores do direito, como juízes, advogados, etc.

1.3 – Justificativa

Como já introduzido, a dogmática jurídica é dotada, nos países de tradição romano-germânica, de elevado prestígio social, sendo escolhida como guia para inúmeras alegações e requerimentos por advogados, decisões judiciais por juízes, desembargadores e ministros, elaborações de leis e dispositivos normativos por parlamentares e membros do Executivo e até como orientadora de conduta para os demais atores sociais.

Dessa forma, um estudo mais lúcido sobre a ordem normativa de qualquer disciplina depende da apresentação clara dos objetivos pretendidos, dos fundamentos teóricos e filosóficos pressupostos e da metodologia de trabalho aplicada. Além disso, o vetor da transparência depende também da verificação da coerência e harmonia entre o paradigma declarado e o realizado.

Como bem já destacou o próprio Nino, o objeto da dogmática jurídica se concentra principalmente nas leis em sentido amplo, e consiste em lhes dar expressão, explicação, concretude, coerência, significado etc. Entretanto, este processo ocorre por meio não só de uma análise crua dos textos visitados, mas também de uma atitude criativa do estudioso, que aplicará suas próprias soluções ao conjunto de normas. Assim, algumas posturas não declaradas podem impedir a correta distinção entre aquilo que foi proposto pelo legislador e aquilo que foi suplantado pelo acadêmico.⁴

Por isso, o traço claro dos métodos e fórmulas do doutrinador é essencial à devida separação de atribuições, por separar a sua participação da daquele eleito com o fim de elaborar as normas vigentes. Desse modo, tomamos posse de um argumento preciso que explica a relevância das críticas de Nino e deste trabalho. De qualquer forma, mesmo sem estas

⁴ Nino, 2010, p. 399 e 400.

considerações sobre a separação de atribuições, uma pesquisa acadêmica deve por si só ser capaz de separar e demonstrar as funções que cumpre e delinea-las nas posturas que toma e nos trajetos que percorre.

Além disso, Nino propõe uma poderosa dogmática jurídica, cujo objeto se expande para as discussões sobre as melhores formas de superar as indeterminações do direito positivo. Verificar o modo como se operam estes debates, também objetivo deste trabalho, corresponde a avaliar até que medida este potencial é explorado.

1.4 – Metodologia

Explorarei, de início, os conceitos de dogmática jurídica e as distintas manifestações do fenômeno, com base em Fábio Perin Shecaira, que expôs o tema de uma maneira geral e distinguiu a dogmática de outras disciplinas, e na obra de John Henry Merryman e Rogelio Pérez-Perdomo, que se concentraram nas especificidades da dogmática jurídica praticada nos países de tradição romano-germânica.

Em seguida, poderei mapear brevemente o estágio dos debates no campo da Teoria do Direito, com base em artigo de Álvaro Nunes Vaquero. O autor aponta as principais respostas à pergunta sobre o que os doutrinadores fazem e o que devem fazer, tópicos muito abordados por Carlos Nino.

Então, será possível uma pormenorização da obra de Carlos Nino. Descreverei, nesse sentido, como o autor qualifica a adesão dos doutrinadores ao direito positivo – a tendência de restringir ao máximo seus argumentos ao direito positivo, sem muitas referências a alegações substanciais.

Também retratarei, conforme Nino o fez, o método do legislador racional, instrumento de parte da doutrina para solucionar algumas das limitações lógicas e axiológicas do conjunto de normas. Técnica que, ademais, permite ao intérprete a atribuição de uma solução unívoca, sem ressaltar o aspecto inovador desta atribuição.

Após abordar as considerações de Nino sobre a dogmática jurídica na prática, exporei seus comentários sobre os principais modelos teóricos, que incluem as obras de Hans Kelsen, de Alf Ross e de Carlos Alchourrón e Eugenio Bulygin.

Assim, será possível ilustrar a defesa de Nino de que as tentativas de constituir a dogmática jurídica como uma disciplina científica refrearam consideravelmente o seu potencial. Abdicar da tarefa de corresponder a um ideal científico permitiria, para o autor, o desenvolvimento de outras funções de extrema relevância social.

Com estas considerações em mente, será apresentado o modelo de dogmática jurídica proposto por Carlos Nino, que expande as atribuições da doutrina ao conceber novas tarefas, como a discussão sobre as melhores interpretações, o estabelecimento de um discurso moral jurídico e o estudo de casos concretos.

Esta pormenorização da obra de Nino tornará possível uma verificação mais aprofundada da dogmática jurídica brasileira. Nino nos fornecerá instrumentos para esmiuçar os fundamentos teóricos da nossa doutrina, bem como suas técnicas discursivas e argumentativas. Neste sentido, considero que os melhores trechos a serem analisados serão, de um lado, os que tratam dos conceitos e funções do Direito Constitucional e, de outro, os que se debruçam sobre temas mais concretos do direito positivo. Com ambos, será viável expor não só discussões metalinguísticas do Direito Constitucional como também algumas práticas habituais destes pesquisadores.

A seleção dos manuais poderá levar em consideração o prestígio que detêm perante a comunidade jurídica brasileira, aferido através da observação sobre a sua citação pelas mais distintas cortes, através da análise sobre a sua preponderância nas faculdades de Direito do país e, até, se disponível, através de bibliografia que trate do assunto.

Assim, esta comparação poderá nos trazer breves esboços sobre as concepções de ciência jurídica em voga no Direito Constitucional brasileiro. Poderá, também, nos indicar até que ponto a escolha, por parte de um autor, de uma escola teórica em específico se dá de maneira franca, e até que ponto ela pode basear e se refletir em sua obra. A opção por manuais de graus de prestígio diferentes pode também fornecer pistas sobre outros questionamentos. Por exemplo: há relação de dependência entre a transparência de uma obra quanto a seus métodos objetivos e o sucesso que esta atinge entre os operadores do Direito? Se sim, a correlação é positiva ou negativa? Se negativa, por quê? Há alguma razão que possa ser apontada? Este sucesso se manifesta em fatores subjetivos de prestígio ou em tiragem de cópias vendidas? A

sofisticação de uma obra depende da adoção de um determinado modelo de ciência jurídica?
Depende do grau de fidelidade ao modelo escolhido?

Felizmente, neste último tópico, o rol apontado de questionamentos constitui mera exemplificação, já que não é certo que possa haver respostas conclusivas. Na verdade, a principal vantagem deste trabalho reside no seu caráter exploratório e na possibilidade de se levantar outras perguntas e pontos até o momento imperceptíveis.

2 – A DOGMÁTICA JURÍDICA

2.1 – Definição

Em um primeiro momento, cabe definir a dogmática jurídica. Além da enumeração, fornecida por Nino, de alguns dos modelos de dogmática jurídica, que abordarei em seção própria, há que se detalhar, também, outras discussões mais atuais sobre o assunto.

Nesse sentido, comecemos com as formulações de Fábio Perin Shecaira, que introduz o largo gênero de obras (*legal scholarship*) cujo tema central é o direito. Refere-se, desse modo, a disciplinas como Filosofia do Direito, Direito Civil, Sociologia do Direito, Direito Administrativo, História do Direito, Antropologia Jurídica etc. Essa primeira categorização, apesar de abrangente, é um importante primeiro passo, por afastar da nossa atenção obras em que o direito é tópico tangencial.⁵

Em seguida, o autor apresenta uma versão mais específica (*standard legal scholarship*) desta extensa classe, correspondente ao que chamamos, em países de tradição romano-germânica, de dogmática jurídica. A partir de três elementos essenciais, que serão explanados nas próximas linhas, constrói um conceito de escopo mais limitado, que inclui disciplinas como Direito Civil, Penal, Eleitoral e Administrativo, mas exclui outras como Filosofia do Direito, Sociologia do Direito e Antropologia Jurídica.⁶

Para Shecaira, este conceito mais restrito, que a partir de agora chamarei, como sugere o autor, de dogmática jurídica ou de doutrina (cujo profissional tratarei por doutrinador), distingue-se como tal por três principais características: (i) é prescritiva, (ii) direciona-se não somente a outros acadêmicos mas também a outros operadores do direito e (iii) emprega um estilo argumentativo característico destes outros operadores do direito.⁷

Antes de prosseguir, não custa lembrar que o conceito de maior utilidade para este trabalho é justamente o mais restrito de Shecaira (*standard legal scholarship* ou dogmática jurídica). Nossa proposta é avaliar um tipo particular de obra jurídica: as que se debruçam sobre o direito positivo com vistas à sua explicação, sistematização, simplificação etc.

⁵ Shecaira, 2013, p. 35.

⁶ Shecaira, 2013, p. 36.

⁷ Shecaira, 2013, p. 36.

Aparentemente, referimo-nos à mesma dogmática jurídica descrita por Shecaira, Nino, Kelsen e outros, ainda que estes lhe atribuam contornos ou até nomes diferentes entre si.

Pois bem, sigamos com a qualificação dos três elementos da dogmática jurídica em Shecaira. Primeiramente, o autor assevera que o aspecto prescritivo da dogmática jurídica não reside necessariamente no fato de que suas proposições sejam formuladas de forma prescritiva, como um dever-ser. Para Shecaira, os argumentos dos doutrinadores soam, muitas vezes, como descrições do corpo normativo, que retratam como as normas são, sem soar necessariamente como proposições sobre o que as normas prescrevem.⁸

Ainda assim, a dogmática jurídica seria prescritiva, na visão do teórico, pela sua capacidade de oferecer desencadeamentos práticos para casos concretos. Dessa forma, seus destinatários poderiam consultá-las em busca de soluções para uma situação prática específica. Poderiam ser incluídas na definição, portanto, até as obras extremamente abstratas ou críticas, desde que apresentem, ou de si deixem extrair como corolário, um direcionamento para uma questão prática.⁹

Esta ressalva é importante para o presente trabalho: indica que mesmo publicações com alto grau de abstração podem ser consideradas dogmáticas, desde que delas se possa extrair um predicado prático. Ora, é tamanha a diversidade da dogmática jurídica nos países de tradição romano-germânica, tanto em forma, como em método e conteúdo, mas me afigura possível afirmar, portanto, que até mesmo os extensos manuais de Direito Civil, por exemplo, que sistematizam um conjunto de normas de uma maneira bastante abstrata e operam em uma instância mais teórica que pragmática, são capazes de oferecer bases sobre as quais soluções para casos extremamente específicos podem ser extraídas.

Um segundo atributo da dogmática jurídica, como dito, seria o fato de que os doutrinadores incluiriam, entre seus interlocutores, uma audiência mais extensa que a de seus pares: também se direcionariam a juízes, advogados e demais operadores do direito. Ao discorrer sobre este ponto, o autor alerta que ele seja sopesado na medida correta, sem exageros ou abrandamentos.¹⁰

⁸ Shecaira, 2013, p. 36.

⁹ Shecaira, 2013, p. 36 e 37.

¹⁰ Shecaira, 2013, p. 38 e 39.

Para tanto, Shecaira cita a ressalva de Dan-Cohen de que os acadêmicos dependem da consideração de seus colegas para a publicação de seus trabalhos em revistas de prestígio, mas argumenta que ainda assim não se deve descartar a importância dos juízes e semelhantes como público-alvo da doutrina.¹¹

Mesmo se considerarmos casos em que uma publicação não dependa essencialmente da aprovação de acadêmicos, mas sim de outros fatores, como a viabilidade comercial de um livro de dogmática jurídica, por exemplo, o raciocínio ainda se aplica: apesar de outros destinatários serem também determinantes na produção da obra, não se pode afastar a influência que os operadores do direito exercem como interlocutores.

Por fim, o terceiro elemento da dogmática jurídica, como delineada por Shecaira, diz respeito ao estilo de seus argumentos, semelhante àquele dos empregados por juízes e operadores do direito. Este estilo consistiria na adesão ao direito positivo, de modo que raciocínios exclusivamente fundamentados em considerações extrajurídicas (considerações substanciais: morais, econômicas, políticas etc.) seriam evitados.¹²

De fato, Shecaira demonstra como juízes preferem aderir a fontes do direito convencionais, como a lei ou os precedentes. A introdução de considerações substanciais ocorreria nos casos em que o direito aplicável não pudesse ser determinado com facilidade ou naqueles em que, apesar de claro, o direito poderia levar a uma solução insatisfatória. Não obstante, mesmo nestes casos em que argumentos substanciais são oferecidos, não costumam ser desassociados do direito positivo por doutrinadores e juízes.¹³

Em outras palavras, tanto o discurso dos juízes e operadores do direito quanto o dos doutrinadores não podem deixar de lado os limites traçados pelo direito positivo. Novas interpretações, ainda que reforçadas por argumentos substanciais, devem ser também justificadas e harmonizadas ao direito aplicável.¹⁴

¹¹ Shecaira, 2013, p. 38 e 39.

¹² Shecaira, 2013, p. 39.

¹³ Shecaira, 2013, p. 39.

¹⁴ Shecaira, 2013, p. 40.

Pois bem, a definição de dogmática jurídica proposta por Shecaira, e consistente nos três atributos pormenorizados acima, basta até o momento. Com ela, pudemos apontar com maior precisão a classe das obras acadêmicas que avaliaremos segundo os parâmetros de Nino. No capítulo 3, retornarei ao debate sobre definições de dogmática jurídica e seus modelos possíveis, pois será necessário demonstrar como Nino e suas referências tratam o tema.

Por enquanto, sigamos para alguns comentários capazes de oferecer uma melhor contextualização da dogmática jurídica em países de tradição romano-germânica, tendo em vista que nossa análise recairá sobre obras brasileiras.

2.2 – A corrente da ciência jurídica

Quando nos voltamos para a obra de John Henry Merryman e Rogelio Pérez-Perdomo, que se debruçaram mais especificamente sobre as jurisdições em que vigora a *civil law*, percebemos que os autores tratam do mesmo fenômeno descrito por Shecaira, Nino e Kelsen: a dogmática jurídica.

Apesar de não apresentarem uma definição para o que chamam de doutrina, citam diversos exemplos históricos, como os jurisconsultos romanos, os Glosadores e Comentaristas italianos, os estudiosos envolvidos na codificação na Europa e América Latina etc.¹⁵

A contribuição da dupla pode ser extremamente proveitosa para a contextualização da dogmática jurídica em países de *civil law*. Merryman e Pérez-Perdomo empreendem uma série de comentários que, apesar de não adentrarem o debate sobre o conceito de doutrina, são valiosos para qualificá-la.

Os autores argumentam haver uma corrente de dogmática jurídica preponderante nos países de *civil law*, que denominam de “ciência jurídica”. Esta escola, desenvolvida por juristas alemães do século XIX a partir das ideias de Friedrich Carl von Savigny, carrega consigo uma gama de predicados teóricos, metodológicos e epistemológicos, que veremos a seguir.¹⁶

Um dos principais aspectos desta tradição, para Merryman e Pérez-Perdomo, seria a sua aspiração a emular métodos e práticas das ciências naturais, sobretudo a pressuposição de que

¹⁵ Merryman e Pérez-Perdomo, 2009, p. 92 e 93.

¹⁶ Merryman e Pérez-Perdomo, 2009, p. 98.

seu objeto (o direito positivo) seria um “fenômeno natural verificável”, sobre o qual teorias poderiam ser formuladas e padrões (princípios) destacados.¹⁷

Daí decorreria uma predileção do modelo por sistematizações, definições e classificações, geralmente propostas não como ferramentas capazes de auxiliar o estudo, mas sim como representações intelectuais da *essência* do direito positivo, “da verdade científica”. Conceitos e classificações, de uma maneira geral, deveriam, para os adeptos desta corrente, ser antes válidos (correspondentes ao direito positivo) do que úteis.¹⁸

Além disso, relatam os autores, os processos pelos quais estas sistematizações são produzidas teriam um caráter indutivo acentuado, ou seja, os raciocínios partem de proposições (normas, no caso) particulares para produzir outras mais gerais e abstratas. Em última instância, desaguardariam em teorias complexas e abrangentes, mas que careceriam de concretude, isto é, de correspondência a aspectos mais imediatos.¹⁹

Por fim, as teorias seriam produzidas fundamentalmente a partir do direito positivo, seriam “puras”. Isto equivale a dizer que considerações substantivas de ordem extrajurídica seriam subvalorizadas frente ao conjunto de normas vigente.²⁰

Importante ressaltar como este aspecto se aproxima de um dos elementos da dogmática jurídica na definição de Shecaira: as semelhanças entre o estilo argumentativo de doutrinadores e o de operadores do direito, pois ambos vinculam seus argumentos substanciais ao direito positivo. Nesta escola em específico, contudo, esta postura pode ser observada de uma maneira mais acentuada.

Para recapitular, a escola da ciência jurídica, descrita por Merryman e Pérez-Perdomo, diz respeito a um conjunto de influências teóricas que circula entre várias formas de dogmática jurídica (*standard legal scholarship*, em Shecaira), que, por sua vez, representa uma espécie de várias formas de estudo do direito em geral (*legal scholarship*, em Shecaira). Em suma, o direito abarca a dogmática jurídica, que abarca a escola da ciência jurídica.

¹⁷ Merryman e Pérez-Perdomo, 2009, p. 99.

¹⁸ Merryman e Pérez-Perdomo, 2009, p. 99 e 100.

¹⁹ Merryman e Pérez-Perdomo, 2009, p. 101.

²⁰ Merryman e Pérez-Perdomo, 2009, p. 101.

2.3 – As discussões sobre a dogmática jurídica

Álvaro Vaquero apresentou interessantes contribuições ao mapear o estado das discussões atuais sobre a dogmática jurídica, a partir da distinção de Norberto Bobbio entre as discussões sobre (i) o que os doutrinadores fazem e (ii) o que eles devem fazer.²¹ Esta breve ilustração será importante para localizar a obra de Nino.

No primeiro deles, há um relativo consenso de que a tarefa dos doutrinadores consiste na descrição e sistematização das normas, segundo a interpretação que consideram mais adequada. Tende-se a concordar, também, que eles vão além desta atividade inicial para alterar o conteúdo do direito, seja para torná-lo mais coerente e lógico, seja para conduzi-lo a um padrão axiológico mais elevado.²²

O debate consiste, contudo, na caracterização desta alteração. Enquanto os mais críticos acusam-na de ser discricionária e refletir meramente as aspirações ideológicas de seus autores, há aqueles que defendem a atividade como uma empreitada racional e dotada de imparcialidade.²³

Nino não entra tão diretamente nesta controvérsia, mas discorre em parte sobre o que os doutrinadores fazem. Nesse sentido, aborda o caráter dogmático da adesão dos doutrinadores à norma, bem como cita alguns mecanismos usados por eles em sua tarefa: a sistematização das normas e o método do legislador racional.²⁴ Explorarei estes temas com maior atenção na seção seguinte.

Em relação ao segundo tópico, sobre o que os doutrinadores devem fazer, há que se diferenciar discussões mais antigas das mais modernas. Tradicionalmente, o debate se dava em torno da cientificidade do direito: alguns argumentavam que a dogmática já era científica; outros discordavam, mas achavam que ela poderia vir a ser, caso fosse mais rigorosa; e havia os que defendiam uma alteração mais radical – de seu objeto (Kirchmann) ou método (realistas), para que a dogmática fosse efetivamente ciência.²⁵

²¹ Vaquero, 2014, p. 4

²² Vaquero, 2014, p. 4.

²³ Vaquero, 2014, p. 4.

²⁴ Nino, 2010, p. 379 a 398.

²⁵ Vaquero, 2014, p. 249.

As contribuições de Nino sobre o tema refletem, em parte, o movimento que se observou em seguida, calcado no questionamento da necessidade de eventual caracterização da dogmática como científica. Nino, como outros, defendia que a dogmática abdicasse da pretensão de cientificidade para se ater ao seu importante papel social e político.²⁶ De maneira parecida, a Teoria do Direito evoluiu para propor que os dogmáticos se debruçassem mais sobre a resolução dos casos difíceis, com uma variedade de ferramentas propostas pelas teorias da argumentação jurídica.²⁷

²⁶ Nino, 2010, p. 398 a 401.

²⁷ Vaquero, 2014, p. 249.

3 – A DOGMÁTICA JURÍDICA SEGUNDO CARLOS S. NINO

3.1 – Nino sobre o que os doutrinadores fazem

Inicialmente, Nino alerta para a variedade de formas pelas quais a dogmática se manifesta. Ainda assim, é capaz de delinear alguns de seus traços principais, como a sua preponderância em países europeus e latino-americanos, onde o direito legislado prevaleceria.²⁸ Portanto, percebe-se que Nino trata da dogmática conforme detalhada por Merryman e Pérez-Perdomo: a “ciência jurídica”.

Um primeiro aspecto que Nino ressalta é a adesão dogmática ao direito positivo. Segundo ele, a atitude dos doutrinadores perante as normas é dogmática pois se baseia prioritariamente em critérios como a sua eficácia ou a autoridade que as estabeleceu, relegando a avaliação do conteúdo a um patamar secundário.²⁹ Aceita-se a norma, portanto, em função mais de critérios formais do que materiais.

Tal prevalência de critérios formais de validade pode também ser entendida como a preferência por argumentos fundados no direito positivo aos meramente substanciais. Desse modo, podemos perceber que Carlos Nino caracterizou a dogmática jurídica de modo semelhante ao de John Merryman e Rogelio Pérez-Perdomo e ao de Fábio Shecaira, que inclusive assinalou este estilo de argumentação como um dos elementos da definição de dogmática jurídica.

Nino explica esta adesão dogmática por vias históricas, ao expor que os códigos produzidos durante o movimento de codificação europeu, em contraste com o caótico sistema de normas anterior, passaram a refletir muito dos ideais racionalistas dos doutrinadores dos séculos XVIII e XIX. Por isso, tendências como a escola da exegese e o conceptualismo alemão inseriram nas tradições romano-germânicas uma atitude de defesa e adesão ao direito positivo que ainda hoje se mantém.³⁰

O dogmatismo quanto a normas se diferencia daquele quanto a fatos, já que normas não são – para algumas correntes – enunciados passíveis de classificação como verdadeiros ou

²⁸ Nino, 2010, p. 378.

²⁹ Nino, 2010, p. 378 e Nino, 1989, p. 32 e 33.

³⁰ Nino, 2010, p. 381 e 382.

falsos. Assim, não há que se falar em “crença dogmática em normas”, mas sim em “atitudes dogmáticas” em relação a elas.³¹

Além disso, classificar a adesão como dogmática não significa proclamar a impossibilidade de que os doutrinadores alterem o direito por meio de suas obras. Na verdade, Nino destaca que eles o fazem, mas que para tanto adotam uma retórica particular, já que “a adesão manifesta e formal ao direito legislado está em contradição com a função latente de adequar pautas axiológicas específicas à ordem positiva”.³²

Outro aspecto da dogmática jurídica destacado por Nino reside modelo do legislador racional, recurso pelo qual os doutrinadores resolvem grande parte das incoerências que encontram em um conjunto de normas. Consiste na suposição de que o legislador seria dotado de uma série de qualidades, que aperfeiçoariam, por conseguinte, o sistema de normas produzido.³³

Por exemplo, o legislador seria econômico por não produzir normas supérfluas, bem como preciso por não estabelecer regras vagas ou ambíguas. Desta forma, assim que confrontados com uma indeterminação linguística, deveriam os doutrinadores fazer uso da suposição da precisão do legislador para atribuir significado unívoco ao termo em questão. Similarmente, em caso de normas redundantes, a presumida economicidade chancelaria uma interpretação que desse uma aplicabilidade distinta a cada uma delas.³⁴

O grupo de características associadas ao legislador é extenso, englobando a singularidade (em contraste com a colegialidade), a imortalidade, a unicidade (um mesmo legislador responsável por todas as normas positivadas), a consciência (das normas que produz), o finalismo (delegação de um objetivo a toda norma), a onisciência (quanto aos fatos abarcados pelas normas gerais que produz), a onipotência, a justiça, a coerência (impossibilidade de contradição), a economicidade, a operatividade (atribuição de aplicabilidade a todas as normas) e a precisão.³⁵ Cada atributo enumerado é útil na medida em que provê ao doutrinador mais um mecanismo para interpretar o direito sem destacar o seu papel de intérprete: ameniza a

³¹ Nino, 1989, p. 32 e 33.

³² Nino, 1989, p. 17 e 18.

³³ Nino, 1989, p. 85 a 101.

³⁴ Nino, 1989, p. 93 e 95.

³⁵ Nino, 1989, p. 85 a 101.

contradição apontada entre a adesão dogmática ao direito positivo e a tarefa latente de alteração da doutrina.³⁶

Obviamente, a racionalidade do doutrinador não é pressuposta como um fato verificável, já que se sabe que os membros do legislativo morrem, falham, se contradizem etc. Na verdade, trata-se de “um termo teórico relacionado parcialmente – e não explicitamente definido – à conduta dos legisladores reais”. Permite-se, portanto, a referência a um ordenamento jurídico ótimo, produzido por um legislador ideal.³⁷

3.2 – Outros autores sobre o que os doutrinadores devem fazer

A abordagem de Nino quanto ao que os doutrinadores devem fazer passa pela apresentação de modelos propostos por outros autores. Nesse sentido, cita três propostas diferentes: a de Hans Kelsen, a de Alf Ross e a de Alchourrón e Bulygin, mas ressalva que estes modelos se preocuparam mais em conceber uma “genuína ciência do direito” do que uma dogmática possível, útil e adequada às suas funções.³⁸

Para Kelsen, “são as normas jurídicas o objeto da ciência jurídica”, sejam aquelas determinantes ou determinadas pela conduta humana. A missão da ciência jurídica seria, portanto, a de conhecer e descrever as normas jurídicas que encontra, enquanto juízes e legisladores seriam os responsáveis pela produção e aplicação destas.³⁹

Além disto, Hans Kelsen buscou atribuir cientificidade à tarefa dos juristas ao propor a pureza de seu objeto, que deveria se restringir a normas e se desassociar de elementos substanciais e extranormativos (morais, culturais, sociológicos etc.).⁴⁰

Descreveu esta ciência como normativa pela sua função de descrever normas. Ao fazê-lo, produziria proposições jurídicas, isto é, reproduções dos conteúdos de cada norma jurídica. A diferença entre as normas jurídicas (objeto de estudo dos juristas) e as proposições jurídicas (parte do método de estudo dos juristas) residiria na sua classificação: as primeiras seriam

³⁶ Nino, 1989, p. 88.

³⁷ Nino, 1989, p. 91.

³⁸ Nino, 2010, p. 371.

³⁹ Kelsen, 1998, p. 50.

⁴⁰ Nino, 2010, p. 372.

normativas enquanto as segundas descritivas. De qualquer modo, a dogmática seria um exemplo de ciência normativa, como já dito.⁴¹

Alf Ross sugere um objeto distinto para a dogmática, de forma a adequá-la aos parâmetros empíricos da observação e experimentação. O autor, importante representante do realismo jurídico, defendia o abandono de reflexões *a priori* sobre a validade das normas, para que o foco se direcionasse às de fato relevantes, as normas aplicadas. Deveriam os juristas, portanto, determinar quais normas estariam vigentes, por meio da avaliação de sua provável aplicação pelos juízes. Este novo objeto poderia ser alcançado inclusive por reflexões extrajurídicas.⁴²

Por fim, Nino apresenta o modelo de Alchourrón e Bulygin, em que a tarefa da doutrina se divide em, por um lado, determinar empiricamente as normas básicas de uma ordem jurídica e, por outro, proceder à sistematização destas normas por meio de raciocínios lógicos. A dupla, portanto, vai além da proposta de Alf Ross para incluir como incumbência da doutrina também a sistematização das normas.⁴³

Sistematizar, para ambos os autores, é substituir as normas por outras mais econômicas, isto é, mais sucintas. Fazê-lo de maneira lógica, no sentido colocado, é precaver-se para que não haja alteração de sentido entre as normas substituídas e as substituintes.⁴⁴

O exemplo de Nino é bastante ilustrativo. Veja:

- Norma A: “Cidadãos homens podem votar a partir dos vinte anos”.
- Norma B: “Cidadãs mulheres podem votar a partir dos vinte anos”.
- Inferência X: “Cidadãos podem votar a partir dos vinte anos”.
- Inferência Y: “Todos podem votar a partir dos vinte anos.”

No caso acima, ambas as inferências sistematizam as normas A e B, pois condensam o conteúdo de duas normas em uma, tornando o sistema mais econômico, mais capaz de regular

⁴¹ Nino, 2010, *idem*.

⁴² Nino, 2010, p. 372 e Nino, 2007, p. 39.

⁴³ Nino, 2010, p. 373.

⁴⁴ Nino, 2010, *idem*.

a mesma quantidade de situações com menos normas. Entretanto, pode se argumentar que a inferência Y extrapola e altera o sentido original, não constituindo exemplo do que deve a doutrina fazer, para a concepção de Alchourrón e Bulygin.⁴⁵

3.3 – Nino sobre o que os doutrinadores devem fazer

Nino constrói seu próprio modelo de dogmática após apontar as limitações que enxerga nos anteriores. Para ele, embora as atividades apontadas por Kelsen, Ross e Alchourrón e Bulygin representem importantes aspectos da atividade dogmática, elas são insuficientes para o cumprimento das principais funções que dos juristas se esperam.⁴⁶

Nesse sentido, não bastaria que os doutrinadores descrevessem normas por meio de proposições desassociadas de juízos extrajurídicos (Kelsen), evidenciassem as normas vigentes do ordenamento (Ross e Alchourrón e Bulygin) ou até as sistematizassem de maneira lógica (Alchourrón e Bulygin). A função de resolver as falhas⁴⁷ encontradas no sistema jurídico (não só lacunas e contradições, mas também vícios materiais como injustiças e obsolescências) seria, para Nino, essencial, apesar de não incluída nos principais modelos teóricos.⁴⁸

Esta função, embora essencial, teria sido excluída dos principais modelos por não corresponder ao ideal de ciência de seus proponentes. Não consistiria na descrição de um objeto da realidade, mas sim na elaboração de propostas práticas para o aperfeiçoamento deste objeto. Como os autores objetivavam a concepção de uma disciplina científica, não podiam admitir atos criativos consistentes na alteração substancial do conteúdo das normas.⁴⁹

Não obstante, Nino aponta que, a despeito do que propunham os modelos, os doutrinadores na prática resolviam as falhas encontradas no sistema jurídico, isto é, desempenhavam a função de elevar o conjunto de normas a um patamar mais coerente e justo. Para tanto, excediam os limites da sistematização lógica de Alchourrón e Bulygin, ao realizar raciocínios mais discricionários, que efetivamente modificavam o teor das normas estudadas.⁵⁰

⁴⁵ Nino, 2010, p. 373 e 374.

⁴⁶ Nino, 2010, p. 374.

⁴⁷ O termo “falha” é eficaz em representar a incompatibilidade entre as lacunas efetivamente encontradas no sistema jurídico (omissões, contradições, imprecisões, vagueza etc.) e o ideal do legislador racional. Porém, é importante ter em mente que lacunas e outras imprecisões nem sempre representam “falhas” do legislador, já que podem ser inseridas até mesmo de forma voluntária, para autorizar maior discricionariedade judicial.

⁴⁸ Nino, 2010, p. 374.

⁴⁹ Nino, 2010, idem.

⁵⁰ Nino, 2010, p. 399 e 400.

Analisemos o seguinte exemplo colacionado por Nino:

Um dos casos em que se costumava observar uma lacuna no Código Penal argentino era dado pela combinação dos arts. 164 (roubo) - antes de sua reforma pela lei 21.338 - e 168 (extorsão). O primeiro reprimia quem, com força sobre as coisas ou *violência física* contra as pessoas, se *apoderasse* de uma coisa. O segundo punia quem com *intimidação fizesse que lhe fosse entregue* uma coisa. Muitos juristas haviam registrado que essas duas normas deixavam uma dupla lacuna: quem com intimidação (por exemplo, ameaçando com um revólver) se apoderasse de uma coisa alheia não cometeria roubo por não haver violência física, nem extorsão, porque teria se apoderado de uma coisa, não tendo obrigado a entregá-la; quem, com violência física, fizesse que lhe fosse entregue uma coisa também não cometeria roubo, por não haver apoderamento, nem extorsão, por não haver intimidação.

Não obstante a proibição, em geral, de aplicar a analogia no direito penal, a jurisprudência havia descartado a solução permissiva que surge do princípio da reserva, compreendendo a intimidação na expressão "violência física".⁵¹

O caso corresponde a uma hipótese de lacuna axiológica, já que envolve a não criminalização de condutas ofensivas aos ditames éticos. A solução dada pela jurisprudência (mas que exemplifica uma solução que também pode ser dada pela doutrina) extrapolou os limites literais para alcançar uma aplicação mais conveniente das normas em questão. Este expediente interpretativo foi essencial para aperfeiçoar o direito positivo, mas excede os limites do raciocínio puramente lógico.

Tal excesso seria necessário, pela necessidade dos juízes e advogados de operar conjuntos de normas mais justos e coerentes. Tal excesso, ao mesmo tempo, seria incompatível com os modelos dogmáticos propostos pela Teoria do Direito, calcados em um ideal científico de descrição objetiva.⁵²

Esta desconexão entre a teoria e a prática seria atenuada por artifícios como o método do legislador racional, que permitiria ao doutrinador manejar uma série de pressuposições (economicidade, coerência, precisão etc.) para resolver as falhas e indeterminações das normas sem evidenciar, com isso, a sua atividade criativa.⁵³

Por outro lado, a utilização destes artifícios impediria uma abordagem satisfatória das normas, de suas falhas e do modo de solucioná-las, já que seriam analisadas a partir do prisma

⁵¹ Nino, 2010, p. 341.

⁵² Nino, 2010, p. 398 e 401.

⁵³ Nino, 2010, p. 400.

do legislador racional, que implica muitas vezes na imposição, pela argumentação, de uma única solução.⁵⁴

As conclusões de Nino partem das dificuldades de caracterizar a dogmática como científica, pela própria vagueza do termo. Partem também dos questionamentos sobre a necessidade desta caracterização, já que a preocupação dos doutrinadores deveria ser desempenhar uma tarefa socialmente útil, independentemente de sua cientificidade. Seu modelo de dogmática jurídica pode, portanto, abandonar a tentativa de formular uma ciência jurídica e dar mais atenção à importante tarefa dos doutrinadores de prover soluções aos operadores do direito.⁵⁵

Nesse sentido, Carlos Nino inclui em seu modelo de dogmática jurídica, entre as incumbências da doutrina, as discussões sobre os melhores modos de completar as lacunas, determinar as imprecisões, remediar as injustiças, resolver as contradições e lidar, de uma maneira geral, com as falhas lógicas e axiológicas dos ordenamentos jurídicos.⁵⁶

Ressalva, porém, que estas discussões que visam a aperfeiçoar o direito devem ser conduzidas de modo transparente. Para tanto, seria necessária uma clara distinção entre elas e as demais atribuições da dogmática de identificar, descrever e sistematizar logicamente as normas.⁵⁷

Assim, o modelo de Nino de dogmática jurídica pode ser dividido em duas partes principais. A primeira muito se assemelha com as propostas de Ross e de Alchourrón e Bulygin e consiste em determinar as normas em vigência, dar-lhes significado e sistematizá-las, além de enumerar os distintos meios de resolver seus eventuais defeitos.⁵⁸

Na segunda parte de seu modelo, Nino demonstra como os doutrinadores podem auxiliar os demais operadores do direito na resolução de casos particulares e na interpretação de

⁵⁴ Nino, 2010, p. 400.

⁵⁵ Nino, 2010, p. 375 a 377.

⁵⁶ Nino, 2010, p. 403.

⁵⁷ Nino, 2010, p. 403.

⁵⁸ Nino, 2010, p. 403 e 404.

dispositivos polissêmicos. Deveriam, para tanto, aferir a justificação das normas primeiramente em um plano abstrato, por meio das quais, em seguida, poderiam resolver casos concretos.⁵⁹

Ao desempenhar esta segunda etapa do modelo de Nino, estariam os doutrinadores empregando um tipo de discurso moral, que, tal qual os demais, teria como condição que as normas aplicadas em um caso concreto sejam as justificadas abstratamente. Em outras palavras, juízos quanto a casos particulares deveriam corresponder a uma rede abstrata de normas.⁶⁰

Por outro lado, o discurso moral jurídico se distinguiria dos demais por não se apoiar somente na correção para justificar as normas. A análise repousaria também sobre outros fatores, como as autoridades que as estabeleceram, as formalidades por meios das quais foram postas em circulação e a sua relação com as outras normas já justificadas.⁶¹

Desta forma, como a correção não seria o único critério para justificar uma norma como parte do ordenamento jurídico, o discurso moral jurídico poderia admitir até normas injustas porém justificadas, por motivos como segurança jurídica e previsibilidade.⁶²

Não se deve confundir, portanto, a norma justificada da norma justa, termos que adquirem denotações distintas na obra do autor. Pense em uma lei que revogue a cobrança de um tributo essencial às contas públicas. Se nossa análise em abstrato sobre esta norma repousasse unicamente em critérios morais, como os da Filosofia do Estado, poderíamos afirmar que a revogação é injusta do ponto de vista ético. No entanto, outros fatores, tais como a legitimidade democrática do processo legislativo e a segurança jurídica derivada da prática de dar aplicação a uma norma nos exatos termos conforme foi aprovada, podem importar na justificação da referida lei.

Assim, também normas injustas porém justificadas fariam parte do ordenamento jurídico, e, como tal, influenciariam na resolução de um caso concreto. Parte do trabalho dos doutrinadores seria justamente o de prover soluções satisfatórias a partir de normas que podem ser injustas.⁶³

⁵⁹ Nino, 2010, p. 406 e 407.

⁶⁰ Nino, 2010, p. 405.

⁶¹ Nino, 2010, p. 406.

⁶² Nino, 2010, p. 405.

⁶³ Nino, 2010, p. 407.

Como vimos na obra de Vaquero, esta sofisticação da obra de Carlos Nino integrou a inflexão observada no campo da Teoria do Direito. Os debates, antes sobre a cientificidade das disciplinas jurídicas, passaram a se concentrar nos melhores modos de resolução dos casos difíceis.⁶⁴

Por razões como estas, a análise prática de obras da dogmática jurídica, a ser realizada no capítulo seguinte, é de extrema importância. Avaliar as formas com as quais a doutrina lida com as limitações do ordenamento jurídico é também demonstrar se as diversas possibilidades de interpretação são apresentadas. A exposição desta variedade, bem como as discussões sobre a alternativa mais adequada, são essenciais para que juízes, advogados e até os próprios doutrinadores melhor solucionem os casos difíceis.

⁶⁴ Vaquero, p. 249.

4 – ESTUDO DE CASO 1: JOSÉ A. DA SILVA

4.1 – Parâmetros e objetos de análise

Por um lado, a sofisticação de Carlos Nino abre um extenso leque de tópicos passíveis de verificação em obras doutrinárias. O autor ilustrou detalhadamente as práticas da dogmática jurídica de seu tempo, que incluem mas não se restringem ao método do legislador racional. Além disso, dissecou influentes propostas da Teoria do Direito sobre como se deveria constituir a dogmática jurídica.

Esta fração da obra de Nino – que se debruçou minuciosamente também sobre outros temas, como a linguagem, as relações entre moral e direito e os diversos tipos de lacunas do ordenamento jurídico – se revela como possível parâmetro de análise. Com ela, poderemos pesquisar a influência dos distintos modelos teóricos sobre a dogmática e verificar se os doutrinadores aderem a um deles e se perseguem um ideal de ciência.

Tópico de mais fácil avaliação, suponho, será quanto aos métodos empregados pelos doutrinadores. Minha suposição deriva da necessidade que têm de interpretar as normas e lhes dar contornos práticos. Ainda que possam evitar uma abordagem mais direta sobre os modelos de ciência e dogmática, sua atividade prática envolve, inevitavelmente, a resolução das lacunas do direito positivo.

O tratamento que darão a estas lacunas – considerá-las ou não como tal, recorrer ou não ao método do legislador racional, evidenciar ou não suas distintas soluções etc. – nos permitirá avaliar a concepção que têm sobre o próprio trabalho e, indiretamente, sobre o que deve fazer um pesquisador do direito positivo.

Em suma, suponho que estes dois tópicos (adesão a modelos teóricos de dogmática jurídica e utilização do método do legislador racional) serão os mais promissores parâmetros de análise deste capítulo, com destaque para o segundo. Não excluem, porém, outras observações e verificações que poderão surgir.

Por outro lado, deparamo-nos com uma profusão acentuada de possíveis objetos de investigação. Cada ramo do direito, por si só, corresponde a uma diversidade de temas cujo

estudo comumente alcança a edição de numerosos e longos volumes. Além disso, um retrato satisfatório do estágio em que se encontra a doutrina de determinada área jurídica não poderia se ater somente a um ou poucos autores, prescindindo do exame dos demais.

Por estas e outras razões, deve-se reiterar o aspecto meramente exploratório do presente capítulo, que não poderá se debruçar sobre mais do que algumas poucas obras. Assim, não será possível formular conclusões enfáticas sobre a generalidade da doutrina, embora possa ser proveitosa a sondagem de alguns trechos.

De qualquer modo, dois estudos podem ser úteis para definir quais obras investigar. Há poucos meses, Daniela Urtado e Diego Kubis Jesus divulgaram a compilação de todos os constitucionalistas citados pelo STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade de 2013 a 2020.⁶⁵ Um pouco antes, em novembro de 2018, a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) havia publicado o resultado de consulta respondida por quase quatro mil magistrados ativos e inativos.⁶⁶

Na pesquisa, os magistrados foram convidados a citar três juristas que consideram como referência notável para o direito brasileiro e três obras jurídicas com as quais fundamentam suas decisões. Os dados obtidos foram apresentados de acordo com o ramo da justiça (estadual, federal, trabalhista e militar) e a instância (primeira, segunda e especial).⁶⁷

Parece-me razoável, tendo em vista a complementariedade entre os dois estudos, selecionar nosso objeto com base em ambos. Enquanto a compilação das citações no STF compreende decisões com maior potencial de repercussão política, a publicação da AMB pode nos fornecer informações preciosas sobre as rotinas da atividade jurisdicional brasileira.

Neste sentido, Daniela Urtado e Diego Jesus apontam José Afonso da Silva como o mais citado constitucionalista no período demarcado, independentemente da espécie de ação.⁶⁸ Além disso, outra pesquisa, de metodologia muito semelhante, também consagrou o autor sob o

⁶⁵ Urtado e Jesus, 2021.

⁶⁶ AMB, 2018, p. 21.

⁶⁷ AMB, 2018, p. 128 a 134.

⁶⁸ Conjur, página de 2013 a 2020.

mesmo critério, porém com base em anos anteriores (1988 a 2012).⁶⁹ Por isso, seu trabalho se apresenta como um promissor exemplo de dogmática jurídica.

Em relação à pesquisa da AMB, a escolha é mais complexa. Apesar de o segundo quesito (sobre as obras que mais fundamentam as decisões judiciais) se adequar mais ao nosso propósito, a maior parte das respostas foi genérica, figurando “doutrina”, “literatura acadêmica” e “referências filosóficas” como as mais comuns.⁷⁰

A pergunta antecedente, sobre os juristas considerados como referência para o direito brasileiro, foi respondida majoritariamente com alusão ao civilista Pontes de Miranda, em todos os graus de jurisdição. Em seguida, o segundo mais citado na primeira e segunda instância foi Luís Roberto Barroso, e, entre os ministros dos tribunais superiores, Miguel Reale Júnior.⁷¹

Dado que Pontes de Miranda, falecido em 1979, não representa um exemplo de doutrina contemporânea, vale a análise da obra de Luís Roberto Barroso. Tendo sido o segundo jurista mais apontado por juízes e desembargadores em atividade, pode representar um bom contraponto a José Afonso da Silva, o mais citado pelo STF desde a Constituição de 1988, em que pese ser o próprio Barroso membro da corte.

Determinados o parâmetro e o objeto da investigação deste capítulo, poderei produzir um rascunho contemporâneo sobre as relações entre a teoria e a prática da dogmática jurídica. Nos anos 1970 e 1980, Nino denunciou um apego ao conceito de ciência, que reverberava nas práticas dos doutrinadores. Na atualidade, os pressupostos e práticas podem ser outros.

4.2 – José A. da Silva: “Curso de Direito Constitucional Positivo”

José Afonso da Silva dedica uma seção própria – o primeiro de seus cinquenta e três capítulos – ao Direito Constitucional enquanto disciplina. Para localizá-la em relação às demais dogmáticas, define o que é o direito, e, ao fazê-lo, parece aludir com o termo tanto a uma disciplina quanto a um objeto de estudo. Vejamos:

O Direito é fenômeno histórico-cultural, realidade ordenada, ou ordenação normativa da conduta segundo uma conexão de sentido. Consiste num sistema normativo. Como

⁶⁹ Lorenzetto e Kenicke, 2013.

⁷⁰ AMB, 2018, p. 132 a 134.

⁷¹ AMB, 2018, p. 128 a 131.

tal, pode ser estudado por unidades estruturais que o compõem, sem perder de vista a totalidade de suas manifestações. Essas unidades estruturais ou dogmáticas do sistema jurídico constituem as *divisões do Direito*, que a doutrina denomina *ramos da ciência jurídica*, comportando subdivisões conforme mostra o esquema seguinte.⁷²

Desde logo, podemos perceber que o autor classifica o Direito como ciência. Este posicionamento ficará ainda mais claro nas passagens seguintes. Ao se referir ao Direito Constitucional, por exemplo, reproduz a citação de Pinto Ferreira de que a disciplina seria “a ciência positiva das constituições”.⁷³

Não se aprofunda, a princípio, sobre o conceito de ciência ou as consequências de classificar a disciplina como tal, restringindo-se a alguns comentários:

Acima, admitimos, de modo geral, que cabe ao Direito Constitucional o estudo sistemático das normas que integram a constituição do Estado. Sendo ciência, há de ser forçosamente um conhecimento sistematizado sobre determinado objeto.⁷⁴

Ao abordar a missão dos constitucionalistas, demonstra que considerações interpretativas e sociológicas são também importantes:

Mas esse *estudo sistematizado* não há de ser tomado em sentido estrito de mera exposição do conteúdo dessas normas e regras fundamentais. Compreenderá também a investigação de seu valor, sua eficácia, o que envolve critérios estimativos de interpretação, sempre correlacionando os esquemas normativos-escritos, ou costumeiros, com a dinâmica sócio-cultural que os informa.⁷⁵

Por fim, José Afonso da Silva subdivide o “conteúdo científico” do Direito Constitucional em três campos principais, que dão origem a três novas disciplinas. São elas, “(a) Direito Constitucional Positivo ou Particular; (b) Direito Constitucional Comparado; (c) Direito Constitucional Geral”.

É da caracterização destes ramos que podemos inferir mais algumas informações sobre a concepção que Afonso da Silva tem de ciência e da doutrina.

⁷² Da Silva, 2016, p. 35. Grifos do autor.

⁷³ Da Silva, 2016, p. 36.

⁷⁴ Da Silva, 2016, p. 36.

⁷⁵ Da Silva, 2016, p. 36 e 37. Grifos do autor.

Por exemplo, o autor inclui entre as atribuições do Direito Constitucional Positivo não só a interpretação das normas, mas também a sistematização e a crítica de seu conteúdo:

Direito Constitucional Positivo ou Particular é o que tem por objeto o estudo dos princípios e normas de uma constituição concreta, de um Estado determinado; compreende a interpretação, sistematização e crítica das normas jurídico-constitucionais desse Estado, tal como configuradas na Constituição vigente, nos seus legados históricos e sua conexão com a realidade sócio-cultural existente.⁷⁶

Ora, a crítica das normas ultrapassa um papel meramente expositivo e a “sistematização” de Afonso da Silva pode ter um sentido mais amplo que a “sistematização lógica” de Alchourrón e Bulygin. Pode Afonso da Silva significar, com o termo, o aperfeiçoamento explícito do Direito Constitucional, em que seu papel criativo reste evidente. Pode, por outro lado, ser o sistema jurídico sistematizado por métodos semelhantes ao do legislador racional, nos quais as conclusões soam como consequências lógicas das normas explícitas.

De qualquer modo, vemos que os modelos de ciência jurídica apresentados previamente (Ross, Kelsen e Alchourrón e Bulygin) podem não ser suficientes para os propósitos do constitucionalista, que, não obstante, vai ao encontro do diagnóstico de Nino de que a doutrina deve, também, criticar o direito positivo.

Mais adiante, na exposição do Direito Constitucional Comparado, Afonso da Silva apresenta importantes comentários da doutrina constitucionalista espanhola sobre a diferença entre ciência e método, ainda que em um contexto mais específico. Também conceitua o Direito Constitucional Geral.

Direito Constitucional Comparado, "cuja missão é o estudo teórico das normas jurídico-constitucionais positivas (mas não necessariamente vigentes) de vários Estados, preocupando-se em destacar as singularidades e os contrastes entre eles ou entre grupos deles", é um método, mais que uma ciência especial, que consiste em "cotejar instituições políticas e jurídicas para, através do cotejo, extrair a evidência de semelhanças entre elas. Mas essa evidência, por si só, não é, ainda, uma conclusão científica. A conclusão está um passo mais além. Está na relação que se estabelece em função da comparação; na afirmação de um tipo genérico de órgão ou de função, cuja existência pode ser assegurada pela observação de várias semelhanças nos sistemas comparados, e assim por diante. Na medida em que o método comparativo permite a formulação de leis ou relações gerais e a verificação de estruturas governamentais semelhantes, ele concorre para as conclusões do chamado Direito Constitucional

⁷⁶ Da Silva, 2016, p. 37. Grifos do autor.

Geral e, indubitavelmente, para o aprimoramento do Direito Constitucional interno, ou particular.

Direito Constitucional Geral "é aquela disciplina que delinea uma série de princípios, de conceitos e de instituições que se acham em vários direitos positivos ou em grupos deles para classificá-los e sistematizá-los numa visão unitária. "Se o Direito Constitucional Comparado [diz Afonso Arinos] é apenas um método de trabalho, já o Direito Constitucional Geral é uma ciência, que visa generalizar os princípios teóricos do Direito Constitucional particular e, ao mesmo tempo, constatar pontos de contato e interdependência do Direito Constitucional Positivo dos vários Estados que adotam formas semelhantes de governo"⁷⁷

No exemplo, podemos nos aproximar um pouco mais da concepção de ciência de Afonso da Silva. Enquanto o mero realce das semelhanças entre os distintos ordenamentos constitucionais positivos representaria um método, a subsequente afirmação de tipos genéricos – cuja existência se poderia inclusive assegurar – seria caracterizada como científica, tal como a formulação de leis e relações gerais.

A possibilidade de formulações de tipos e leis gerais nos remete à descrição de Merryman e Pérez-Perdomo sobre a doutrina nos países de *civil law* (ponto 2.2). Como visto, a dupla evidenciou uma dogmática que, tal quais as ciências naturais, pretende se debruçar sobre um fenômeno natural verificável, de cuja essência elaboraria representações intelectuais. Este procedimento seria conduzido de forma marcadamente indutiva, ou seja, propensa a produzir conceitos gerais a partir de exemplos individuais.

A questão que ressaltar concerne a possibilidade de raciocínio inverso em momento posterior. Ora, não poderiam os doutrinadores resolver as dificuldades que encontram por meio da aplicação dos padrões gerais destacados? Não seria este método similar ao do legislador racional, no sentido de que trata soluções originais como conclusões inevitáveis?

De fato, Carlos Nino também tratou desta questão em trecho não tão explorado no capítulo anterior. Para ele, frequentemente os doutrinadores produziriam teorias, isto é, conjunto de descrições sobre algum aspecto da realidade, como uma instituição ou um conceito. Estas teorias se sujeitariam a um juízo de verdadeiro ou falso, e poderiam permitir até a inferência de novas normas, ainda que não positivadas.⁷⁸

⁷⁷ Da Silva, 2016, p. 37 e 38. Grifos e chaves do autor.

⁷⁸ Nino, 2010, p. 393 e 394.

Os conceitos destacados da realidade pelos doutrinadores como tipos ideais se enquadrariam em um essencialismo de viés platônico, pois seriam meros reflexos de uma realidade transcendente e inacessível por meios empíricos.⁷⁹

Por representarem um aspecto da realidade e se pressuporem verdadeiras, as teorias deveriam ser tidas como de aplicação obrigatória. Assim, poderiam encobrir o aspecto criativo da atividade dogmática e representá-la como uma mera concatenação lógica, conferindo aos doutrinadores maior flexibilidade argumentativa sem comprometer a sua aparente adesão ao direito positivo.⁸⁰

Nino exemplifica a partir do Direito Civil. Para ele, classificar o contrato de guarda de veículo como contrato de depósito significaria pressupor um tipo ideal deste, que, por seus próprios atributos essenciais, abarcaria aqueles. Desta forma, seria possível estender as normas de depósito aos contratos de guarda de veículos, por meio de um raciocínio que soaria imperativo, apesar de discricionário.⁸¹

Por óbvio, não basta a enunciação, por Afonso da Silva, da existência de leis gerais para a conclusão de que o autor delas faz uso em sua obra, nem de que tal uso se destina à dissimulação, consciente ou não, de soluções próprias como obrigatórias. É necessário, neste sentido, uma ponderação mais profunda.

A fim de avaliarmos como Afonso da Silva soluciona eventuais falhas do ordenamento constitucional, sigamos para trechos com temas mais concretos, nos quais, suponho, os métodos utilizados tendem a aparecer mais. Parece-me proveitoso, neste sentido, o estudo das emendas constitucionais, pois extremamente vinculado aos ditames do art. 60 da Constituição Federal brasileira.

Ao introduzir o tema, José Afonso da Silva aprecia e relaciona os conceitos de reforma, emenda e revisão.

A doutrina brasileira ainda vacila no emprego dos termos *reforma*, *emenda* e *revisão* constitucional. Ainda que haja alguma tendência em considerar o termo *reforma* como

⁷⁹ Nino, 2010, p. 395 e 396.

⁸⁰ Nino, 2010, p. 396.

⁸¹ Nino, 2010, p. 396. Para um retrato histórico de como esta prática se desenvolveu, ver as páginas seguintes.

gênero, para englobar todos os métodos de mudança formal das constituições, que se revelam especialmente mediante o *procedimento de emenda* e o *procedimento de revisão*, a maioria dos autores, contudo, em face de constituições anteriores, empregou indiferentemente os três termos.

Como Pinto Ferreira e Meirelles Teixeira, entendemos que a expressão *reforma*, genérica, abrange a *emenda* e a *revisão*, com significações distintas. "A reforma é qualquer alteração do texto constitucional, é o caso genérico, de que são subtipos a emenda e a revisão. A emenda é a modificação de certos pontos, cuja estabilidade o legislador constituinte não considerou tão grande como outros mais valiosos, se bem que submetida a obstáculos e formalidades mais difíceis que os exigidos para a alteração das leis ordinárias. Já a revisão seria uma alteração anexável, exigindo formalidades e processos mais lentos e dificultados que a emenda, a fim de garantir uma suprema estabilidade do texto constitucional".⁸²

Certamente, o autor se refere a conceitos, a tipos ideais. Apesar de sua linguagem afirmativa, me parece exagerado garantir que ele considera estes conceitos como abstrações platônicas, passíveis de classificação em verdadeiro ou falso, a depender de sua existência em um plano ideal, inacessível à experiência.

Não há indicações claras neste sentido. Podem as definições dadas, por exemplo, constituir mera proposta de como a doutrina deveria tratar as diferentes reformas constitucionais, com a seleção de características cuja separação em segmentos distintos seria proveitosa. Não podemos assegurar que, na visão de Afonso da Silva, Pinto Ferreira e Meirelles Teixeira, a revisão, a emenda e a reforma constitucional existam de fato como instâncias ideais.

Apesar de afirmarem, por exemplo, o que "a reforma é", também fizeram os autores uso do futuro do pretérito ("a revisão seria uma alteração anexável") e referência ao seu entendimento ("entendemos que a expressão reforma, genérica, abrange a emenda e a revisão"), o que, na minha visão, mitiga de certo modo a ênfase de eventual alegação de um tipo ideal platônico.

Além disto, não obstante ter estabelecido classificação própria das reformas constitucionais, Afonso da Silva admitiu prontamente o modelo e as terminologias adotados pela Constituição de 1988, sem tentar incidir seus conceitos sobre ela:

A Constituição manteve, como princípio permanente, a técnica da constituição revogada, mencionando apenas as *emendas*, agora como único sistema de mudança formal da Constituição, já que a revisão constitucional, prevista no art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, já se realizou, (...). Portanto, qualquer

⁸² Da Silva, 2016, p. 64. Grifos do autor.

mudança formal na Constituição só deve ser feita legitimamente com base no seu art. 60, ou seja, pelo procedimento das emendas com os limites dali decorrentes.⁸³

Em seguida, nos deparamos com um comportamento mais ativo por parte de José Afonso da Silva, quando discorre sobre a iniciativa de proposta de emenda constitucional. O autor adiciona uma quarta hipótese ao seu rol de legitimados, em complemento às três situações previstas expressamente pelo art. 60.

Até a votação no Plenário, anteprojetos e projetos admitiam, expressa e especificamente, a iniciativa e o referendo populares em matéria de emenda constitucional. No Plenário, contudo, os conservadores derrubaram essa possibilidade clara que constava do § 2º do art. 74 do Projeto aprovado na Comissão de Sistematização. Não está, porém, excluída a aplicação desses institutos de participação popular nessa matéria. Está expressamente estabelecido que o poder que emana do povo será exercido por meio de representantes ou *diretamente* (art. 1º, parágrafo único), que a soberania popular será exercida também por referendo e iniciativa populares (art. 14, II e III) e que cabe ao Congresso Nacional autorizar referendo sem especificação (art. 49, XV), o que permite o referendo facultativo constitucional.

Pelo citado art. 60, I, II e III, vê-se que a Constituição poderá ser emendada por proposta de iniciativa: (...); (4) popular, aceita a interpretação sistemática referida acima, caso em que as percentagens previstas no § 2º do art. 61 serão invocáveis, ou seja, a proposta de emenda terá que ser subscrita por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos em cinco Estados, com não menos de zero vírgula três por cento dos eleitores de cada um deles. Repita-se que esse tipo de iniciativa popular pode vir a ser aplicado com base em normas gerais e princípios fundamentais da Constituição, mas ele não está especificamente estabelecido para emendas constitucionais como o está para as leis (art. 61, § 2º).⁸⁴

Como visto, a quarta hipótese de iniciativa de proposta de emenda à constituição é justificada com base em uma interpretação sistemática. De acordo com Afonso da Silva, a soberania popular teria sido prestigiada em inúmeros dispositivos da Constituição Federal, de modo que poderia ser invocada também para o estudo dos legitimados a propor emenda à constituição.

Neste sentido, pode se argumentar que a utilização desta interpretação sistemática se fundamenta na pressuposição da coerência do legislador. Ora, seria a coerência precisamente o atributo apto a justificar a existência de uma hipótese implícita, depreendida a partir de direcionamentos constantes em outras normas constitucionais.

⁸³ Da Silva, 2016, p. 64 e 65. Grifos do autor.

⁸⁴ Da Silva, 2016, p. 65 e 66. Grifos do autor.

Apesar disto, esta possível referência indireta à racionalidade do legislador não me parece trazer grandes inconvenientes à transparência argumentativa do autor, nem ao valor de sua obra. Não me parece haver qualquer indício de que José Afonso da Silva estaria tentando disfarçar a autoria de seus argumentos ou colocá-los como imperativos em virtude de uma racionalidade do constituinte. Expressões como “aceita a interpretação sistemática referida acima” apoiam o meu ponto de que a sua postura é a de tratar a quarta hipótese como derivada de uma interpretação facultativa.

Por outro lado, Afonso da Silva é mais enfático quando coloca que, uma vez admitida a iniciativa popular de emenda constitucional, deverá ser observado o procedimento do § 2º do art. 61 da Constituição Federal, relativo à iniciativa popular de leis. Neste caso, à hipótese implícita alegada corresponderia um procedimento determinado, que parece ser obrigatório na visão do doutrinador, de acordo com quem “as percentagens (...) serão invocáveis” e “a proposta de emenda terá que ser subscrita por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional (...)”.

O raciocínio de Afonso da Silva, neste ponto, é adequado para evitar atitudes ainda mais intervenientes de intérprete que opte por combinar normas distintas para a formação de uma nova. No caso, o entendimento de Afonso da Silva é incompatível com o de quem combine a possibilidade de iniciativa popular de emenda constitucional com outros procedimentos ou requisitos.

Entretanto, embora razoável a fundamentação de Afonso da Silva, pode-se defender que ela representa exemplo de interpretação sistemática, em que se adota não só a possibilidade de iniciativa popular de emenda como também se determina que o procedimento deva ser o mesmo da iniciativa popular de lei.

Pode-se vislumbrar, ainda que tangencialmente, certa referência à racionalidade e coerência do constituinte, que imporia um procedimento análogo (previsto no art. 61, § 2º da CF) a uma situação não regulada (iniciativa popular de emenda). Além disso, nota-se que esta analogia toma a forma de uma interpretação que, na visão do autor, deve ser adotada, evidenciando como a racionalidade do legislador pode fundamentar a imposição de determinada solução.

Sigamos para mais exemplos.

As constituições brasileiras republicanas sempre contiveram um *núcleo imodificável*, preservando a Federação e a República. A atual Constituição não incluiu a República expressamente entre as matérias imodificáveis por emenda. [...] Assim, popularmente consolidada, é de se perguntar se, não estando ela expressamente no rol das cláusulas intangíveis, pode ser objeto emenda a sua abolição com instauração da forma monárquica de governo. [...] Ora, meditando melhor sobre a questão, verifiquei que meu texto, naqueles termos, era contraditório. [...] Os fundamentos que justificam a inclusão da República entre as cláusulas intangíveis continuam presentes na Constituição, que só os afastou por um momento, a fim de que o povo decidisse sobre ela. Como o povo o fez no sentido de sua preservação, todos aqueles fundamentos readquiriram plena eficácia de cláusulas intocáveis por via de emenda constitucional. Não se trata, no caso, de simples limitação implícita, mas de limitação que encontra no contexto constitucional seus fundamentos, tanto quanto o encontraria se a limitação fosse expressa.⁸⁵

No excerto acima, transparece que Afonso da Silva empreende uma interpretação extensiva e sistemática, pois visa a reconhecer também a República como cláusula pétrea constitucional. Neste sentido, podemos apontar que ele se atém, mais uma vez, à coerência do legislador, consubstanciada, no caso, na proibição de contradição.

Por um lado, o doutrinador reporta a própria mudança de posicionamento, nos levando à hipótese de que ele considera possível não só a sua mas também outras interpretações sobre os limites materiais ao poder de emenda. Por outro lado, o autor reforça seu ponto, já que chega a afirmar que a norma proibitiva identificada supera os patamares de uma cláusula pétrea implícita para equivaler a uma expressa.

No caso, suponho restar evidenciado que Afonso da Silva alude à racionalidade do legislador (a impossibilidade de contradição) para defender seu argumento. Porém, entendo que esta alusão não responde a muitas de nossas perguntas: não podemos assegurar nem que ela determina uma interpretação única a ser adotada, nem que o autor reconhece a validade de outras soluções.

Por fim, reputo válida a menção a mais dois importantes trechos. Em primeiro lugar, observemos a passagem seguinte, em que Afonso da Silva estabelece uma relação entre a extensão do rol de cláusulas pétreas explícitas e a existência de cláusulas pétreas implícitas.

Quanto às *limitações materiais implícitas* ou *inerentes*, a doutrina brasileira as vinha admitindo, em termos que foram bem expostos por Nelson de Sousa Sampaio. Há, no entanto, uma tendência a ampliar as hipóteses de limitações materiais expressas que,

⁸⁵ Da Silva, 2016, p. 68 e 69. Grifos do autor, chaves minhas.

por certo, tem a consequência de não mais reconhecer-se a possibilidade de limitações materiais implícitas. [...] Assim também, quando a Constituição Federal enumera matérias de direitos fundamentais como insuscetíveis de emendas, há de se tomar essa postura como inadmitindo hipóteses de limitação implícita.⁸⁶

A colocação de que um rol extenso de cláusulas pétreas impede a identificação de cláusulas pétreas implícitas se associa, na minha visão, à precisão do legislador racional, que se manifesta com exatidão, ainda que a linguagem seja ambígua e vaga. Neste prisma, a extensão de uma norma poderia ser o indicativo de sua taxatividade, isto é, da proibição de interpretações extensivas ou do reconhecimento de hipóteses implícitas.

Não se surpreenda o leitor pela constatação de que tanto a identificação de normas implícitas quanto a declaração de sua impossibilidade possam ser referendadas pelo método do legislador racional. Como bem consignou Carlos Nino, os atributos do legislador racional muitas vezes se contrapõem uns aos outros, mesmo que, juntos, formem uma rede de mecanismos à disposição do intérprete.⁸⁷

Em seguida, José Afonso da Silva endossa a obra de Nelson de Souza Sampaio, que identificou três cláusulas pétreas implícitas, não obstante a extensividade do rol previsto da Constituição Federal. De acordo com os autores, são razões lógicas (racionais) que justificam a admissão de tais normas.

Todavia, das quatro categorias de normas constitucionais que, segundo Nelson de Sousa Sampaio, estariam implicitamente fora do alcance do poder de reforma, as três seguintes ainda nos parece que o estão, por razões lógicas, como sejam: se pudessem ser mudadas pelo poder de emenda ordinário, de nada adiantaria estabelecer vedações circunstanciais ou materiais a esse poder. São elas:

- (1) "as concernentes ao titular do poder constituinte", pois uma reforma constitucional não pode mudar o titular do poder que cria o próprio poder reformador;
- (2) "as referentes ao titular do poder reformador", pois seria despautério que o legislador ordinário estabelecesse novo titular de um poder derivado só da vontade do constituinte originário;
- (3) "as relativas ao processo da própria emenda", distinguindo-se quanto à natureza da reforma, para admiti-la quando se tratar de tornar mais difícil seu processo, não a aceitando quando vise a atenuá-lo.⁸⁸

⁸⁶ Da Silva, 2016, p. 70. Grifos do autor, chaves minhas.

⁸⁷ Para a discussão de Carlos Nino sobre os conflitos entre os atributos do legislador racional, ver Nino, 1989, p. 95 a 99.

⁸⁸ Da Silva, 2016, p. 70. Grifos do autor.

No trecho, a coerência e o finalismo, dentre outros atributos da racionalidade, justificariam a declaração de cláusulas pétreas implícitas. De um lado, nos termos de Afonso da Silva e Nelson de Souza Sampaio, incorreria em contradição a Constituição que previsse limitações ao poder de reforma, sem proibir as alterações da titularidade dos poderes constituintes ou reformadores ou do processo de emenda. Além disto, a falta destas proibições subverteria a própria finalidade das cláusulas pétreas, que é a de manter a identidade constitucional.

Cabe aqui uma nota, que me ocorre no momento. Talvez seja razoável propor que a tese da racionalidade do legislador se diferencie de outras teses de racionalidade. Ora, uma coisa é afirmar que o legislador é racional e que, portanto, determinada deve ser a solução de um conflito normativo (racionalidade do legislador). Outra postura, distinta, seria afirmar que determinada solução deve ser escolhida, por ser a mais racional, ainda que outras sejam possíveis.

Quiçá um bom critério diferenciador, para retornar à proposta de Nino, seja se ater ao reconhecimento ou não de outras soluções possíveis. No caso acima, imagino ser plausível a alegação de que a racionalidade foi invocada pelo intérprete. Se esta invocação visa a estabelecer que a solução proposta é soberana e imperativa às demais, é outra questão, mais controversa.

De qualquer modo, não localizei exemplos claros de atuação dissimulada por Afonso da Silva. Apesar de ter identificado tipos genéricos de reforma, emenda e revisão, estes não foram utilizados como justificativas para a imposição de uma visão única sobre o direito positivo. Além disto, muito embora o autor tenha abordado a racionalidade como forma de embasar sua argumentação, discordo de que esta técnica tenha importado na interdição do debate entre as possíveis alternativas. Assim, por mais que tenhamos percebido o compartilhamento de visões entre Nino e Afonso da Silva sobre a insuficiência de uma doutrina que só descreve, não entendo demonstrado um comportamento evasivo por este, nos termos propostos por aquele.

5 – ESTUDO DE CASO 2: LUÍS R. BARROSO

4.3 – Luís R. Barroso: “Curso de Direito Constitucional Contemporâneo”

A análise da obra de Luís Roberto Barroso deve ser simétrica à que fizemos em relação à de José Afonso da Silva. Por isso, o estudo se concentrará nos trechos em que Barroso faz alusão mais direta à doutrina jurídica, e, para uma verificação prática, nos capítulos referentes à reforma constitucional.

Neste sentido, Barroso fornece diversos significados do termo “direito”, distinguindo mais claramente a disciplina de seu objeto, em oposição ao que fez Afonso da Silva. Contudo, como este, classificou sua atividade como uma verdadeira ciência, ainda que em momento posterior tenha vindo a relativizar o termo.

O vocábulo *Direito* presta-se a acepções amplas e variadas, designando um conjunto heterogêneo de situações e possibilidades. Para os fins aqui visados, é de proveito demarcar três sentidos que, embora diversos, integram-se para produzir um conjunto harmonioso. Direito, assim, pode significar: (i) um domínio científico, isto é, o conjunto ordenado de conhecimentos acerca de determinado objeto: *a ciência do Direito*; (ii) as normas jurídicas vigentes em determinado momento e lugar: *o direito positivo*; (iii) as posições jurídicas individuais ou coletivas instituídas pelo ordenamento e a exigibilidade de sua proteção: *os direitos subjetivos*. O direito constitucional se amolda sem embaraços a essa classificação conceitual.⁸⁹

Em síntese conclusiva, a expressão “direito constitucional” pode significar o *domínio científico* que o estuda, o *direito positivo* que o ordena ou o *direito subjetivo* decorrente de normas constitucionais.⁹⁰

Além disso, Barroso, quando delinea as tarefas que cumprem os estudiosos do Direito Constitucional, não se satisfaz com uma dogmática limitada, conforme objetivavam Hans Kelsen, Alf Ross e Carlos Alchourrón e Eugenio Bulygin. Em várias passagens, o autor ressalta a relevância de um papel mais participativo da doutrina, que incluiria, até mesmo, “a formulação de novas hipóteses, a especulação criativa e o desenvolvimento de ideias e categorias conceituais inovadoras que serão testadas na vida prática”.⁹¹

De parte disso, no contexto pós-positivista contemporâneo, o Direito já não cabe integralmente no relato da norma, sendo admissíveis construções que expandem o seu

⁸⁹ Barroso, 2020, p. 63. Grifos do autor.

⁹⁰ Barroso, 2020, p. 66. Grifos do autor.

⁹¹ Barroso, 2020, p. 63. Grifos do autor.

sentido e alcance, com fundamento nos valores compartilhados pela sociedade e respeitados os limites da legitimidade democrática da atuação judicial.⁹²

Um terceiro elemento de relevo para esta análise introdutória das concepções de Barroso repousa na consciência que o constitucionalista tem da singularidade das ciências humanas, em geral, e da jurídica, em particular.

Embora o conceito de ciência, quando aplicado às ciências sociais, e em particular ao Direito, exija qualificações e delimitações de sentido, a ciência do direito constitucional desempenha papel análogo ao das ciências em geral. Nele se inclui a identificação ou elaboração de determinados princípios específicos, a consolidação e sistematização dos conhecimentos acumulados e, muito importante, o oferecimento de material teórico que permita a formulação de novas hipóteses, a especulação criativa e o desenvolvimento de ideias e categorias conceituais inovadoras que serão testadas na vida prática.

A singularidade da ciência do Direito é que ela não pode servir-se, em escala relevante, da ambição de *objetividade* que caracteriza as ciências exatas ou as ciências naturais. Nesses domínios, as principais matérias primas intelectuais são a observação, a experimentação e a comprovação, todas elas passíveis de acompanhamento e confirmação *objetiva* por parte dos demais cientistas e da comunidade em geral. O Direito, todavia, não lida com fenômenos que se ordenem independentemente da atividade do intérprete, de sua subjetividade, de sua ideologia. Ao contrário, por exemplo, do astrônomo, que observa e revela algo que lá já está, o jurista *cria* ele próprio o objeto da sua ciência. O Direito, a norma jurídica, não é um *dado* da realidade, mas uma *criação* do agente do conhecimento.⁹³

Neste prisma, lembremos das considerações de Carlos Nino, para quem alguns teóricos do direito (Kelsen, Ross etc.) propunham modelos insuficientes de dogmática jurídica, incapazes de corresponder às demandas de aperfeiçoamento do direito positivo. Nino apontava a “ambição de objetividade”, conforme expressão de Barroso, justamente como a causa desta insuficiência, pela incompatibilidade de uma atividade objetiva com aquela que altera, se imiscui e interfere em seu objeto. Desta forma, mecanismos como o do legislador racional se desenvolveram, muito pelo seu potencial de ocultar esta incompatibilidade.

Barroso, por conseguinte, adota posicionamento semelhante. Tal como Nino, abdica das tentativas de produzir um conteúdo objetivo como produzem as ciências naturais, e goza com isso, suponho, de maior liberdade argumentativa para proceder ao estudo e aperfeiçoamento das normas constitucionais, sem precisar de métodos como o do legislador racional. Esta

⁹² Barroso, 2020, p. 64 e 65.

⁹³ Barroso, 2020, p. 63 e 64. Grifos do autor.

suposição, entretanto, ainda deve ser verificada, sobretudo nas páginas seguintes, com a análise de trechos mais concretos de sua obra.

Até lá, vejamos outra passagem, em que a concepção de ciência para Barroso fica ainda mais clara:

No mundo romano-germânico, é comum fazer-se referência ao Direito como uma ciência. A afirmação pode ser aceita, ainda que com reserva, se o termo ciência for tomado no sentido de um conjunto organizado de conhecimentos, que guarda uma lógica interna e tem princípios, conceitos e categorias específicos, unificados em uma terminologia própria. Mas é intuitiva a distinção a ser feita em relação às ciências da natureza. Essas últimas são domínios que lidam com fenômenos que se ordenam independentemente da vontade humana, seja o legislador, o público em geral ou o intérprete. São ciências que se destinam a explicar o que lá já está. Sem pretender subestimar complexidades epistemológicas, são domínios em que o anseio científico por objetividade e comprovação imparcial se realiza mais intensamente. Já o Direito se insere no campo das ciências sociais e tem, sobretudo, uma pretensão prescritiva: ele procura moldar a vida de acordo com suas normas. E normas jurídicas não são reveladas, mas, sim, criadas por decisões e escolhas políticas, tendo em vista determinadas circunstâncias e visando determinados fins. E, por terem caráter prospectivo, precisarão ser interpretadas no futuro, tendo em conta fatos e casos concretos.⁹⁴

José Afonso da Silva, por seu turno, também define sua tarefa como científica, embora o faça com bem menos ressalvas. Da mesma forma, não se contenta com a proposta de uma dogmática meramente descritiva. Como vimos, ele defende que o papel da doutrina abarca, da mesma forma, as críticas das normas jurídicas que encontra.

Com estas colocações, é mais fácil afirmar que, de certo modo, o entendimento da insuficiência dos modelos tradicionais de dogmática jurídica é compartilhado por Nino, Barroso e Afonso da Silva, ainda que de modo menos explícito por este último.

Em conclusão, me parece razoável sustentar que uma primeira tese de Nino – a de que as doutrinas vão além dos modelos tradicionais de dogmática jurídica – encontra respaldo nos livros analisados. Entretanto, o resultado não é o mesmo quanto à outra asserção do autor: a de que as doutrinas se empenham em dissimular eventual atitude criativa. Nos comentários iniciais de Afonso da Silva mas sobretudo nos de Barroso, pudemos perceber que incluem explicitamente entre as suas tarefas também a crítica, a sistematização, a especulação etc.

⁹⁴ Barroso, 2020, p. 463.

Contudo, devemos sopesar adequadamente estas conclusões. Ambos os autores frequentam um rol de renomados juristas, cuja sofisticação dificilmente possibilitaria uma visão tímida ou acrítica das próprias tarefas. Vale a expansão da pesquisa, nesse sentido, perante obras e escritores mais simples, que podem apresentar uma visão mais unitária das maiores controvérsias jurídicas, mais ou menos nos termos descritos por Nino.

Tamanha a sofisticação, desvendamos um fértil campo de estudos quando nos debruçamos sobre o tratamento dado por Luís Roberto Barroso ao intérprete e ao aplicador da norma jurídica. Ainda que o constitucionalista se concentre mais sobre determinado grupo de intérpretes e aplicadores do direito – os juízes, desembargadores e ministros de justiça –, suas considerações também podem ser aproveitadas em nossa análise da doutrina, outra classe de importantes operadores das normas jurídicas.

Luís R. Barroso destaca a transição de um paradigma tradicional de interpretação e aplicação do direito positivo para outro mais moderno. Assim, cita um primeiro momento, em que a função do julgador se limitava ao juízo de subsunção e à consequente aplicação da norma ao caso concreto, de um modo neutro e técnico. Aduz que a prática e a teoria jurídica evoluíram para admitir que o intérprete tenha atitude mais criativa perante casos difíceis, em que a subsunção se mostre insuficiente para uma solução adequada.

Assim, por um lado,

a atividade de interpretação descrita acima [subsunção] utiliza-se de um conjunto tradicional de elementos de interpretação [métodos gramatical, histórico, sistemático e teleológico], que foram estudados nos itens anteriores. São eles instrumentos que vão permitir ao intérprete em geral, e ao juiz em particular, a revelação do conteúdo, sentido e alcance da norma. Sob essa perspectiva [tradicional], o Direito – *i.e.*, a resposta para o problema – já vêm contido no texto da lei. Interpretar é descobrir essa solução previamente concebida pelo legislador. Mais ainda: o ordenamento traz em si *uma* solução adequada para a questão. O intérprete, como consequência, não faz escolhas próprias, mas revela a que já se contém na norma. O juiz desempenha uma função técnica de conhecimento, e não um papel de criação do Direito.⁹⁵

Por outro,

A grande virada na interpretação constitucional se deu a partir da difusão de uma constatação que, além de singela, nem sequer era original: não é verdadeira a crença de que as normas jurídicas em geral – e as constitucionais em particular – tragam

⁹⁵ Barroso, 2020, p. 293. Grifos do autor, chaves minhas.

sempre em si um sentido único, objetivo, válido para todas as situações sobre as quais incidem. E que, assim, caberia ao intérprete uma atividade de mera revelação do conteúdo preexistente na norma, sem desempenhar qualquer papel criativo na sua concretização.⁹⁶

Por fim, a dogmática contemporânea já não aceita o modelo importado do positivismo científico de separação absoluta entre sujeito da interpretação e objeto a ser interpretado. O papel do *intérprete* não se reduz, invariavelmente, a uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. Em variadas situações, o intérprete torna-se coparticipante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do constituinte ou do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis. Como consequência inevitável, sua pré-compreensão do mundo – seu ponto de observação, sua ideologia e seu inconsciente – irá influenciar o modo como apreende a realidade e os valores sociais que irão embasar suas decisões.⁹⁷

As semelhanças com os argumentos de Carlos Nino são notáveis. O paradigma tradicional de aplicação de uma norma, descrito por Barroso, pode ser correlacionado aos modelos de dogmática jurídica denunciados por Nino. Enquanto aquele pressupõe uma atuação técnica do julgador, que desvenda as soluções inequívocas dos casos, estes sugerem uma atuação científica pela dogmática, engessando a sua navegação por distintas possibilidades de interpretação normativa.

Correlação afim pode ser traçada entre o paradigma moderno de julgamento⁹⁸ e o modelo de dogmática jurídica proposto por Nino. Ao passo em que se admite, contemporaneamente, que a norma jurídica ofereça apenas um início de solução, cabendo ao intérprete o manejo de instrumentos implícitos e até extrínsecos para desatar seu dilema, Nino já vinha sugerindo em sua obra (ponto 3.3) que a doutrina se aventurasse na resolução de casos concretos, sem se circunscrever a argumentos jurídicos e positivos, podendo fazer uso de considerações substanciais.

Após a exposição desta vasta bagagem teórica, vejamos como Barroso apresenta as limitações constitucionais ao poder de emenda. Ao que supus, não terá o autor necessidade de recorrer à racionalidade do legislador para justificar nem impor seus entendimentos. Submetamos, porém, a suposição à prova, partindo dos conceitos de reforma, emenda e revisão constitucional:

⁹⁶ Barroso, 2020, p. 304.

⁹⁷ Barroso, 2020, p. 306. Grifos do autor.

⁹⁸ Além de discorrer sobre o paradigma moderno de interpretação constitucional, Barroso dedica múltiplas páginas aos tópicos da argumentação jurídica e da resolução de casos difíceis. O tema, como já dito, representa parcela considerável dos debates da Teoria do Direito contemporânea e muito se relaciona com a atenção dada por Nino aos casos concretos. Para mais informações, ver Barroso, 2020, p. 309 a 311 e 335 a 342.

Ainda no plano terminológico, a doutrina e as Constituições de diferentes Estados empregam, sem grande uniformidade, os vocábulos “reforma”, “revisão” e “emenda”. Diante da proximidade semântica desses termos e de seu uso indiscriminado nos variados sistemas, resta a solução de estabelecer, por convenção, o sentido em que serão utilizados, levando em conta a tradição dominante entre nós.⁹⁹

Se não pudemos assegurar, em princípio, que Afonso da Silva evoca a existência dos conceitos de reforma, emenda e revisão constitucional em um plano ideal-abstrato, devemos descartar, de pronto, esta hipótese quanto a Barroso. O constitucionalista, no trecho reproduzido, transparece que a sua posição é a de propor uma convenção, não a de elucidar uma verdade.

No contexto analisado, não se evidencia, portanto, a utilização de quaisquer métodos que venham a disfarçar a postura criativa do doutrinador, nos termos criticados por Nino. Tanto Afonso da Silva, quanto, mais ainda, Barroso, evitam indicar uma existência platônica dos conceitos que analisam ou a racionalidade do legislador.

Em contrapartida, a situação é um tanto distinta quando debatido se há cláusulas pétreas implícitas. Barroso, neste caso, como o fez Afonso da Silva, aponta para a lógica e a racionalidade como fundamentos das cláusulas. Veja:

Nesse ponto, o debate conduz ao tema dos limites materiais *implícitos*, também ditos tácitos ou imanentes. O reconhecimento da existência de tal categoria, embora não seja pacífico, afigura-se logicamente inafastável. É que se eles não existissem, as Constituições que não contivessem no seu texto cláusulas de intangibilidade não teriam como proteger sua identidade ou os pressupostos democráticos sobre os quais se assentam. [...]

Aliás, na medida em que os limites materiais expressem a identidade da Constituição e as salvaguardas democráticas, sua natureza é declaratória, e não constitutiva. Por essa razão, a presença de cláusulas pétreas no texto não exclui a possibilidade de se reconhecer a existência de limites implícitos.¹⁰⁰

Antes de maiores considerações, vejamos que o rol de cláusulas pétreas implícitas de Barroso é o mesmo de Afonso da Silva, com a adição dos direitos fundamentais:

Além das decisões políticas fundamentais tomadas pelo constituinte originário, há quatro categorias de normas que a doutrina, classicamente, situa fora do alcance do poder revisor, independentemente de previsão expressa. São elas as relativas:

⁹⁹ Barroso, 2020, p. 161. Grifos do autor.

¹⁰⁰ Barroso, 2020, p. 176. Grifos do autor, chaves minha.

1^a) aos direitos fundamentais, que no caso brasileiro já se encontram, ao menos em parte, protegidos por disposição expressa (CF, art. 60, § 4^o);

2^a) ao titular do poder constituinte originário, haja vista que a soberania popular é pressuposto do regime constitucional democrático e, como tal, inderrogável;

3^a) ao titular do poder reformador, que não pode renunciar à sua competência nem, menos ainda, delegá-la, embora nesse particular existam precedentes históricos, alguns deles bastante problemáticos;

4^a) ao procedimento que disciplina o poder de reforma, pois este, como um poder delegado pelo constituinte originário, não pode alterar as condições da própria delegação.¹⁰¹

Aparenta possível estender a Barroso o que discutimos sobre José Afonso da Silva e Nelson de Souza Sampaio. Parece evidente, quanto às cláusulas pétreas implícitas, que Barroso também utilizou a tese da racionalidade para justificar sua posição. Se este uso sugeriu que a solução proposta era imperativa é questão mais propensa a controvérsia. A opção, pelo autor, da expressão “inafastável” me faz opinar que sim.

Há que se consignar, contudo, que, ao menos no que se refere aos direitos fundamentais, Barroso mapeia uma extensa discussão sobre o seu caráter de cláusula pétrea implícita (o art. 60, § 4^o, IV da Constituição Federal faz menção apenas aos “direitos e garantias individuais”). Neste sentido, aponta as diversas posições do debate, não sendo, portanto, legítima a acusação de que tenha apontado a própria solução como a única válida.¹⁰²

Por fim, Barroso não citou a iniciativa popular de emenda constitucional.¹⁰³ Como esta possibilidade, implícita à Constituição, foi defendida por José Afonso da Silva, inclusive vinculada a um procedimento específico, poderia ser importante objeto para a comparação entre os autores. Não foi o caso.

¹⁰¹ Barroso, 2020, p. 176 e 177.

¹⁰² Para os debates sobre a interpretação da expressão “direitos e garantias individuais”, ver Barroso, 2020, p. 184 e 187.

¹⁰³ Barroso, 2020, p. 169.

6 – CONCLUSÕES

Carlos Santiago Nino, com toda a sua sofisticação, denunciou os desafios da dogmática jurídica de seu tempo. Em um plano, os principais teóricos do direito propulsionavam um ideal de ciência a ser perseguido pelos juristas. Em outro, se esperava dos doutrinadores um conjunto de soluções coerente e prático, necessário ao manejo de normas lacunosas, contraditórias, ambíguas, vagas etc.

Por corolário, a dogmática jurídica se encontrou no meio do caminho entre duas expectativas legítimas porém incompatíveis. Como tal, demonstrava dificuldades em solucionar as falhas do direito positivo sem desapontar aqueles que dela exigiam objetividade e cientificidade.

Atento para a problemática, Nino não só a descreveu, como também apresentou as principais razões históricas da situação. Além disso, demonstrou a eficácia de mecanismos como o do legislador racional, que permitia aos juristas manter a sua aparente adesão ao direito positivo, sem abdicar de tarefas como a crítica e o aperfeiçoamento de seu conteúdo.

Parte de sua argumentação consistiu em delinear os mais influentes modelos teóricos de ciência do direito, como os de Hans Kelsen, Alf Ross e Carlos Alchourrón e Eugenio Bulygin, mas em destacar a insuficiência de todos eles, que se silenciavam sobre os mecanismos com os quais a doutrina poderia propor soluções às falhas dos conjuntos de normas e assim satisfazer a função social que dela se esperava.

Em posse deste diagnóstico, me propus a compará-lo com algumas obras jurídicas mais modernas, já que as contribuições de Nino datam das décadas de 1970 e 1980. O parâmetro de análise, inicialmente, teve dois eixos principais. De um lado, poderiam evidenciar como os doutrinadores descreviam a própria atividade, e, de outro, como solucionavam os impasses normativos que encontravam – sobretudo se utilizam o método do legislador racional.

Ao contrário do que supus, as respostas para a primeira questão foram encontradas mais facilmente, logo no início dos livros analisados. Nos capítulos específicos sobre a sua disciplina, o Direito Constitucional, tanto José Afonso da Silva quanto Luís Roberto Barroso descreveram sua atividade como científica.

Destacou-se, na minha opinião, a sofisticação da obra de Barroso. O autor não só ressaltou a impossibilidade da consecução plena do ideal de objetividade, como também exprimiu os riscos envolvidos na busca. A doutrina jurídica, na sua visão, deveria ter uma postura mais criativa e propositiva frente às diversas dificuldades de quem interpreta e aplica a norma. Evoluiu, por fim, para o campo da argumentação jurídica, no qual o formalismo jurídico é relativizado pela admissão de argumentos substanciais.

Afonso da Silva, por seu turno, discorreu pouco sobre o assunto, impossibilitando um exame mais profundo. Em certo momento, revelou ser também papel da doutrina a crítica do direito positivo. Por isso, sugeri uma primeira conclusão, mais válida quanto a Barroso do que a Afonso da Silva: a de que os autores analisados compartilham com Nino a visão de insuficiência dos modelos tradicionais de dogmática jurídica.

Em Barroso, esta posição resta clara; em Afonso da Silva, contamos apenas com um indicativo. Uma razão para a diferença pode repousar na antiguidade de seus trabalhos. Embora tenhamos investigado uma edição atualizada em 2016, o livro de Afonso da Silva foi publicado pela primeira vez em 1976. Barroso, por seu turno, pôde redigir seu primeiro exemplar em 2009¹⁰⁴, certamente imerso em discussões mais modernas no âmbito da Teoria do Direito.

Com esta primeira conclusão em mãos, vimos que a doutrina se encontrava, em certo grau, desobrigada das metas de objetividade. Procedi, portanto, sem esperar grandes malabarismos argumentativos dos doutrinadores que apresentassem soluções originais perante os dilemas normativos que encontrassem.

Em seguida, mostrou-se interessante discorrer sobre outra técnica apontada por Nino: a da utilização de teorias e conceitos como forma de justificar uma interpretação. Para o autor, a alegação do status ontológico de uma instituição ou conceito jurídico poderia servir para defender a imposição de certo argumento.

Esta discussão foi particularmente interessante para o estudo dos termos reforma, emenda e revisão constitucional, tanto por Afonso da Silva quanto por Barroso. No caso, porém,

¹⁰⁴ Wikipédia, 2021.

não verifiquei a utilização da técnica, tendo Barroso afastado completamente qualquer elocubração neste sentido, ao declarar que a correspondência dos conceitos aos termos derivava de mera convenção.

Finalmente, cumpre reportar os resultados obtidos quanto ao método do legislador racional, apontado inicialmente como o mais promissor parâmetro de comparação. Neste sentido, o foco se direcionou sobre as limitações ao poder de emenda, e os trechos mais discutidos foram os relativos às cláusulas pétreas implícitas, para ambos os autores, e à iniciativa popular e forma republicana, na doutrina de Afonso da Silva.

Contudo, não se evidenciaram referências muito diretas ao legislador-constituente racional. No geral, os trechos foram colacionados por envolverem alusão a algum dos aspectos da racionalidade, como a coerência, a impossibilidade de contradição, a finalidade ou precisão de certa norma etc. Como já debatido, estas referências à racionalidade não necessariamente se colocaram como mecanismos para impor uma única solução a uma lacuna normativa. A percepção geral foi justamente esta: a de que os autores não impunham seus argumentos, mas sugeriam-nos.

A situação em que uma interpretação mais soou, nos termos dos doutrinadores, como imperativa foi a mesma tanto para Afonso da Silva, quanto para Barroso: a identificação de cláusulas pétreas implícitas. Mesmo neste caso, a racionalidade do legislador não foi diretamente invocada; recorreu-se a motivos lógicos que embasaram a defesa da existência das cláusulas, mas não se vinculou estes motivos a eventual racionalidade do constituinte.

De qualquer forma, o critério colocado, naquele e neste momento, é o da indicação de um direcionamento único à controvérsia debatida. Na minha visão, a defesa das cláusulas implícitas soou de certa forma como imperativa, mas admito que as poucas palavras proferidas sobre o assunto, por ambos os autores, impedem qualquer resposta mais definitiva. Além disso, podemos defender a inexpressividade deste exemplo, que, dentre vários outros, foi o que mais se aproximou do diagnóstico de Carlos Nino.

Até por isso, tendo em mente os escassos – quando não inexistentes – exemplos de referência ao legislador racional identificados neste trabalho, questiono acerca da frequência do fenômeno na visão de Carlos Nino. Teria Nino se referido a um fenômeno comum a ponto de

ser identificado em apenas um capítulo (no nosso caso, a seção referente às emendas constitucionais) de uma doutrina jurídica? Uma resposta afirmativa, que me parece plausível, implica no reconhecimento de que as obras avaliadas não padecem tanto deste risco quanto as que serviram de referência para Nino.

Antes de maiores conclusões, contudo, é importante relembrar a intensa limitação de escopo deste trabalho. Não foi possível, por óbvio, avaliar a dogmática jurídica moderna como um todo, ou sequer a brasileira. Também não foi possível formular teses mais enfáticas sobre a disciplina brasileira do Direito Constitucional. Deve-se, inclusive, evitar alegações mais veementes sobre as obras de José Afonso da Silva e Luís Roberto Barroso, visto que só alguns capítulos puderam ser destrinchados.

Feitas estas ressalvas, entendo viável delinear, ainda que timidamente, a superação de certa ambição de objetividade, acompanhada pelo reconhecimento da relevância de uma atitude criativa pela doutrina. Além disso, a linguagem verificada foi majoritariamente propositiva, sem o recurso a técnicas que lhe permitissem impor, pelo discurso, uma visão única.

Em conclusão, a dogmática jurídica tem sido chamada a auxiliar os demais juristas não só na resolução das lacunas do direito positivo, mas também na sua aplicação a casos concretos. Para fazer frente a esta audaciosa tarefa, deve manter como pilares a inovação, a criatividade e o arrojo, que, em conjunto com a transparência, podem frutificar a teoria e prática jurídica brasileira. Os autores colacionados se mostraram não só cientes desta vocação, mas preparados para o desafio. Uma ampliação da pesquisa, no entanto, é necessária para a ampliação das conclusões, com vistas a generalizações mais enfáticas.

7 – BIBLIOGRAFIA

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. **Quem somos:** a magistratura que queremos. Rio de Janeiro: 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2020.

BRASIL. **Constituição.** Brasília: 1988.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 39ª edição. São Paulo: Malheiros, 2016.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito.** Tradução de João Baptista Machado. 6ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LORENZETTO, Bruno Meneses; KENICKE, Pedro Henrique Gallotti. José Afonso da Silva é o doutrinador mais citado pelo STF. **Conjur**, 6 de julho de 2013. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2013-jul-06/jose-afonso-silva-doutrinador-citado-supremo-adis>>. Acesso em 24 de maio de 2021.

LUÍS ROBERTO BARROSO. **Wikipédia.** Disponível em <https://pt.wikipedia.org/wiki/Luís_Roberto_Barroso>. Acesso em 24 de maio de 2021.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A Tradição da Civil Law:** uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina. Tradução de Cássio Casagrande, a partir da 3ª edição do original em inglês. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2009.

NINO, Carlos Santiago. **Algunos modelos metodológicos de “ciencia” jurídica.** 4ª reimpressão. Cidade do México: Distribuciones Fontamara, 2007.

_____. **Introdução à Análise crítica do Direito.** Tradução de Elza Maria Gasparotto. 1ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **Consideraciones sobre la dogmática jurídica.** 1ª reimpressão. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.

SHECAIRA, Fábio Perin. **Legal Scholarship as a Source of Law.** 1ª edição. Nova York: Springer International Publishing, 2013.

URTADO, Daniela; JESUS, Diego Kubis. **Os constitucionalistas mais citados no STF no Controle Concentrado de Constitucionalidade.** Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-13/morto-1979-pontes-miranda-doutrinador-favorito-juizes>>. Acesso em 24 de maio de 2021.

VAQUERO, Álvaro Núñez. Dogmática jurídica. In: SAUCA CANO, José María. **Eunomía:** Revista en Cultura de la Legalidad (Apr.). Valência: Tirant lo Blanch, 2014, p. 245 a 260.