

## OS DESAFIOS DA CRISE DA MODERNIDADE PARA A DOGMÁTICA JURÍDICA THE CHALLENGES OF THE CRISIS OF MODERNITY FOR LEGAL DOGMATICS

Samyr Leal da Costa Brito<sup>1</sup>

### RESUMO

No cenário contemporâneo, marcado por constantes transformações sociais, surgem conflitos antes inexistentes ou imprevisíveis, levando à incerteza como única certeza do futuro. Questões sociais, outrora regulamentadas, evoluíram em complexidade, desafiando a eficácia das leis, especialmente em campos considerados pós-modernos, como a bioética, os direitos dos animais e da natureza. Este artigo investiga como a dogmática jurídica tem respondido a esses desafios. Para isso, por meio de uma pesquisa exploratória e do método bibliográfico, examinam-se a modernidade e sua suposta transição para a pós-modernidade, a evolução do direito moderno e sua adaptação diante da crise moderna. Em seguida, descrevem-se a dogmática jurídica moderna e sua reconfiguração diante dessa crise. Constatou-se que a dificuldade dos modelos de dogmática jurídica reside em sua orientação demasiadamente voltada para o passado ou para o futuro. Com base na Análise Ecológica do Direito, propõe-se uma sensibilização ecológica da dogmática jurídica, a fim de que esta se abra cognitivamente para avaliar os impactos do direito no sistema social e internalizar os resultados desses impactos, adaptando, assim, sua operacionalização.

**Palavras-Chave:** Dogmática jurídica; Direito Pós-moderno; Análise Ecológica do Direito.

### ABSTRACT

In the contemporary scenario, marked by constant social transformations, conflicts arise that were previously nonexistent or unpredictable, leading to uncertainty as the only certainty of the future. Social issues, once regulated, have evolved in complexity, challenging the effectiveness of laws, especially in fields considered as postmodern, such as bioethics, animal rights, and nature. This article investigates how legal dogma has responded to these challenges. Through exploratory research and bibliographic methods, it examines modernity and its alleged transition to postmodernity, the evolution of modern law, and its adaptation in the face of modern crisis. It then describes modern legal dogma and its reconfiguration in response to this crisis. It was diagnosed that the difficulty of legal

---

<sup>1</sup> Doutorando em Direito pela Universidade Federal da Bahia, mestre em Propriedade Intelectual e Transferência de Tecnologia para Inovação pelo Instituto Federal da Bahia, Especialista em Gestão da Inovação pela Universidade do Recôncavo da Bahia, Bacharel em Direito pela Universidade do Estado da Bahia, Professor da Faculdade Anísio Texeira, Advogado, membro da Comissão de Propriedade Intelectual da OAB-BA.

dogma models lies in their orientation too focused on the past or the future. Based on Ecological Analysis of Law, a proposal is made for an ecological awareness of legal dogma, so that it opens cognitively to evaluate the impacts of law on the social system and internalize the results of these impacts, thus adapting its operationalization.

KEYWORDS: Legal dogmatics. Postmodern Law. Ecological Analysis of Law.

## 1 INTRODUÇÃO

Na era atual, as transformações são constantes, não apenas no âmbito tecnológico, mas também nas relações sociais. Conflitos antes inexistentes e até mesmo imprevisíveis tornaram-se realidade. A única certeza sobre o amanhã é, justamente, a incerteza. O futuro é cada vez mais incerto.

Os problemas sociais que, no passado recente, eram regulamentados hoje deixaram de existir ou aumentaram seu nível de complexidade, tornando a regulamentação imprópria e pouco eficiente. Além disso, a regulamentação tem se mostrado ineficaz para diversos direitos considerados pós-modernos, como os relacionados à bioética, à natureza e aos animais.

Apesar disso, os indivíduos, ao mesmo tempo que demandam uma intervenção mais efetiva do direito na pacificação desses problemas, não aguardam que o direito ofereça a resposta adequada e têm buscado, por conta própria, mas com amparo jurídico, promover a solução para suas questões.

A dogmática jurídica é responsável por oferecer as respostas demandadas pela sociedade diante das diversas e constantes transformações. Mas como essa dogmática tem sido desenvolvida para atender a essa demanda? Essa é a problemática deste estudo.

Obviamente, não se pretende, por meio deste *short paper*, elaborar uma resposta exhaustiva, o que seria impossível devido à própria estrutura deste trabalho. No entanto, este estudo busca esclarecer melhor a temática, promovendo sistematização e reflexões que possam contribuir para futuras investigações de cunho mais aprofundado. Portanto, este trabalho possui uma abordagem mais descritiva e conceitual do que crítica e propositiva, embora não deixe de apresentar diretrizes.

Para tanto, a pesquisa adotou os métodos bibliográfico e documental, utilizando material já elaborado, composto principalmente por livros e artigos científicos relacionados à temática, mas também por estudos transversais a ela.

Além desta introdução, este manuscrito está organizado em mais cinco tópicos: no tópico 2, apresentam-se o conceito de modernidade e sua crise; no tópico 3, expõem-se o direito moderno e o direito na crise da modernidade; no tópico 4, trata-se especificamente da temática deste estudo, pois se apresenta a dogmática jurídica na modernidade; no tópico 5, descreve-se a dogmática jurídica na crise da modernidade; e, por fim, no tópico 6, propõe-se uma reflexão sobre como a dogmática jurídica pode ser relevante para o contexto atual.

## **2 A CRISE DA MODERNIDADE: NOÇÕES GERAIS**

No Ocidente, cada época possui instituições e características próprias que influenciam os sistemas sociais. Com isso, é possível perceber diferenças, por exemplo, entre o sistema social da Idade Média e o sistema social da Idade Moderna. Como essa diferenciação ocorre em níveis estruturais, pode-se também dizer que o sistema jurídico assume perspectivas diferentes, a depender das peculiaridades de cada época.

Atualmente, discute-se se há uma nova era, denominada pós-moderna por supostamente superar a modernidade, como afirmam Lyotard (2009) e Bittar (2008). Entretanto, autores como Touraine (1994), Giddens (1991) e Bauman (2001) negam que a modernidade tenha terminado e consideram que, na realidade, vivemos uma continuidade da modernidade.

Neste trabalho, opta-se por essa segunda perspectiva, visto que, para se falar em pós-modernidade, seria necessário demonstrar mudanças estruturais na forma como os sistemas sociais operavam na modernidade e operam hoje. Ocorre que parece que os sistemas continuam a operar da mesma forma que na modernidade, com os mesmos códigos, apresentando apenas *inputs* e *outputs* diferentes.

Destaca-se que, embora não haja consenso sobre a existência de uma efetiva pós-modernidade, há um entendimento generalizado de que vivemos uma crise de

paradigmas, conceitos, categorias de pensamento, comportamento, entre outros, o que, sem dúvida, reflete no próprio direito (OLIVEIRA; SANCHO, 2015).

Para compreender essa crise e como ela reverbera no direito, é necessário, antes, entender como se dava a modernidade e quais transformações ocorreram e ainda ocorrem na presente época, constituindo essa crise.

## 2.1 A DESCRIÇÃO DA MODERNIDADE

A modernidade pode ser conceituada, genericamente, como uma nova ordem social, que rompeu com os paradigmas medievais, principalmente com a ideia de centralização no espiritual, para se basear-se no racionalismo (OLIVEIRA; SANCHO, 2015, p. 06). Suas características marcantes seriam:

ordem, progresso, verdade, razão, objetividade, emancipação universal, sistemas únicos de leitura da realidade, grandes narrativas, teorias universalistas, fundamentos definitivos de explicação, fronteiras, barreiras, longo prazo, hierarquia, instituições sólidas, poder central, claras distinções entre público e privado etc. (COSTA, 2004, p. 83).

Entretanto, pensar a modernidade apenas a partir dessa perspectiva pode ser insuficiente. Touraine (1994, p. 18-19), por exemplo, defende que essa visão é uma *tábula rasa*, pois não corresponde à história real dos países ocidentais. Para além da razão, os movimentos religiosos, a defesa da família, o espírito de conquista, a especulação financeira e a crítica social também influenciaram a configuração da sociedade moderna (TOURAINÉ, 1994, p. 203).

Tendo isso em vista, é preciso ir além da *tábula rasa* para entender do que efetivamente se trata a modernidade e, a partir de então, compreender a estrutura e a dinâmica social da contemporaneidade. Para tanto, diversos pensadores buscaram entendê-la para além da base racional. Entre eles, apresentar-se-á o pensamento de Touraine (1994) e Bauman (2001, 2011), por se entender que são complementares e conseguem não só sintetizar o fenômeno da modernidade, como também o de sua crise.

Touraine propõe que a modernidade decorre da tensão entre razão e subjetividade. O que ocorreu no início da modernidade, segundo o autor, foi o triunfo da racionalidade em detrimento da subjetivação. Por meio da ênfase na racionalidade,

iniciou-se um processo libertário capaz de combinar razão e subjetividade, sem a presença da culpa religiosa. No entanto, o racionalismo moderno desviou-se desse princípio e suprimiu a subjetividade, fazendo com que os princípios morais perdessem espaço e, em seu lugar, surgisse a ideia de utilidade social, tornando o homem apenas um cidadão que deve respeito e consciência às leis. Fragilizou-se, assim, o conceito de sujeito, produzindo um sistema sem atores (TOURAINÉ, 1994, p. 202-203).

Mesmo com o triunfo da razão, para Touraine, a subjetividade continua a existir, apenas desapareceu dos discursos dominantes. A modernidade forma o *sujeito-no-mundo*, que é responsável por si mesmo. Tanto é que os indivíduos passam a buscar, em si próprios, as respostas para as inseguranças da vida, gerando um sofrimento coletivo (TOURAINÉ, 1994, p. 203).

Portanto, para Touraine (1994, p. 206), a modernidade triunfa com a ciência (razão), mas também com a consciência (subjetividade), ambas em uma relação de tensão, abandonando a conformidade a uma ordem no mundo, tal como ocorria no período medieval.

Destaca-se apenas que o autor não vê a modernidade sob uma perspectiva negativa, nem a reduz a uma ruptura, mas a compreende como um processo de mudança e transformação da sociedade. Inclusive, em razão dos fatores da racionalidade e da subjetividade, entende a modernidade como uma possibilidade de libertação e criação da humanidade.

Justamente por compreender a modernidade como um processo, Touraine a divide em três fases: alta, média e baixa (TOURAINÉ, 2007, p. 153-186).

A alta modernidade compreende os séculos XV e XVIII e foi caracterizada pela formação dos Estados nacionais e pela ordem imposta pela razão. As instituições rígidas (família, igreja e Estado) unificavam as divergências, a exemplo da racionalização do mundo e do individualismo moral. Nesse contexto, as leis e a educação funcionavam para conter o individualismo que fosse nocivo à sociedade (TOURAINÉ, 2007).

A média modernidade inicia-se no século XVIII, com a Revolução Industrial. A economia passa a exercer um papel importante na organização social, e a razão cede espaço aos ideários de desenvolvimento e progresso, os quais provocam mudanças no

universo moral. Também é nesse período que se acentua a separação entre razão e subjetividade (TOURAINÉ, 2007).

Por fim, a baixa modernidade inicia-se na década de 1970, com a crise do petróleo, e é marcada pela intensificação da dissociação entre razão e subjetividade (TOURAINÉ, 2007). Esse período é caracterizado pela crise da modernidade, tema que será abordado adiante.

Bauman (2001, p. 10, 13), por sua vez, entende a modernidade como um projeto para o estabelecimento de uma nova era, melhor em relação ao que existia nas sociedades pré-modernas. Esse projeto buscava a desintegração de tudo o que parecia rígido — em especial o tempo, o sagrado, os dogmas e a tradição — para construir um mundo ainda mais sólido e, assim, previsível e racional. Entretanto, na execução desse projeto, a modernidade tornou-se tão rígida quanto aquilo que existia nas sociedades pré-modernas.

## 2.2 DESCRIÇÃO DA CRISE

A modernidade inicia-se com o fim do período feudal e se estende até a atualidade. Com isso, não se pode dizer que ela se mantém a mesma. Diversos novos fatos ocorreram, afetando a forma como o ser humano age no mundo e desafiando os postulados de uma mentalidade moderna. Embora autores como Giddens (1991, p. 9) defendam que existe uma radicalização da modernidade, neste trabalho parte-se da concepção de que hoje há uma crise da modernidade, um momento de transição entre a modernidade e algo ainda indefinido.

Touraine descreve essa crise como uma fase da modernidade em que o indivíduo passa a buscar, por si só e por meio de suas próprias forças, meios de lidar com as inseguranças decorrentes das relações sociais, desde questões econômicas até ambientais. Essa busca individual se dá porque o projeto da modernidade, que prometia felicidade, bem-estar e organização social, não foi efetivo, e sua execução levou à fragmentação da vida social e à fragilização das tradições e das instituições sociais (como família e escola), responsáveis pela formação do indivíduo-sujeito e pelo ordenamento da sociedade (TOURAINÉ, 2007).

Bauman (2001, p. 6), ao descrever a crise da modernidade, utiliza a analogia do sólido e do líquido. Para ele, a modernidade foi um projeto de derretimento das estruturas sociais sólidas existentes para a construção de outras estruturas melhores e mais sólidas. Entretanto, atualmente não é isso que ocorre. Hoje, o mundo se tornou líquido, no sentido de que o líquido “jamais se imobiliza nem conserva sua forma por muito tempo” (BAUMAN, 2011, p. 7). Bauman quer dizer com isso que a crise da modernidade é marcada pelo fato de tudo ou quase tudo no mundo estar em constante mudança, inclusive o direito.

Com isso, na modernidade líquida, há sempre uma surpresa. O que hoje é apropriado, amanhã pode se tornar equivocado. As pessoas devem estar sempre prontas para se adaptar, ser flexíveis, pois todos e tudo são arrastados por essas mudanças, mesmo que não optem por isso (BAUMAN, 2011, p. 8).

### **3 O DIREITO MODERNO E O DIREITO NA CRISE DA MORDENIDADE**

O direito moderno nasce na Europa, em virtude da complexidade da sociedade, em razão do capitalismo e da formação do Estado-nação, com uma promessa de segurança social e proteção da liberdade (LUHMANN, 2016).

Na sociedade feudal, não havia tantos conflitos sociais se comparados com a sociedade capitalista. Cada feudo possuía suas próprias normas consuetudinárias, cujo conteúdo dependia da origem do senhor feudal (se celta ou germânico), mas também da religião e da moral. O direito romano era apenas supletivo. A característica central desse direito é que ele era determinado e aplicado pelo senhor feudal. O rei era apenas mais um senhor, entre outros (PALMA, 2011; GAVAZZONI, 2002). Esse direito era tipicamente pré-moderno, pois se fundamentava nas tradições.

Durante a transição do feudalismo para o capitalismo, houve o fortalecimento do mercantilismo, surgindo, com isso, a necessidade de um sistema político que fosse capaz de garantir segurança e aplicar uniformemente as leis, com a finalidade de possibilitar as trocas econômicas. A classe mercantil, detentora do poder econômico na época, vê no rei a figura ideal para concentrar o poder político e garantir o funcionamento dos negócios.

Surge, então, o Estado-nação, no qual o rei concentra em si o poder de legislar e aplicar o direito (LUHMANN, 2016).

Entretanto, com o decorrer do tempo, os conflitos sociais aumentaram em decorrência do desenvolvimento econômico proporcionado pelo capitalismo. Além disso, surgem demandas para que o rei estivesse mais presente em outros campos que não fossem o jurídico. O rei passa a não ter condições de resolver pessoalmente todas as disputas jurídicas. Irrrompe a necessidade de que delegasse o poder jurídico para outras pessoas (PALMA, 2011; GAVAZZONI, 2002), mas a justificativa dessa delegação não poderia ser a mesma do poder exercido pelo próprio rei, que possuía, inclusive, amparo religioso.

O rei justifica essa delegação por meio de uma norma, que não tem origem na política, na moral ou na religião, mas apenas na normatividade do próprio rei. Há, portanto, uma diferenciação entre direito e política, mas também entre direito e religião e entre direito e moral (LUHMANN, 2016). Surge aqui a principal característica do direito moderno: a autonomia em relação a outros sistemas sociais (ADEODATO, 1997, p. 14).

Essa característica se intensificou com o advento do Estado Liberal, visto que o poder deixou de ser concentrado no rei, ficando este responsável por gerir o interesse público, cabendo ao poder legislativo elaborar as leis e ao poder judiciário aplicá-las. Assim, a lei passa a ser um ato normativo geral e abstrato, com fonte no poder legislativo, validador e superior às normas estabelecidas entre indivíduos (NICÁCIO; OLIVEIRA, 2001, p. 60). Com isso, o direito moderno assume outras características: a monopolização pelo Estado e a prevalência da fonte estatal sobre as fontes extralegais, sobretudo sobre as fontes morais e religiosas (ADEODATO, 1997, p. 13). Também nessa época, como consequência do Estado Liberal, o direito moderno adquire novos paradigmas: a liberdade e a segurança.

As normas existentes visavam proteger e fomentar as liberdades clássicas, principalmente a liberdade econômica e, por consectário, o direito de propriedade, sem o qual a liberdade econômica nos moldes liberais não seria possível (BODNAR; CRUZ, 2011, p. 77).

A realização dessas liberdades ocorreria por meio de um direito que fosse seguro, isto é, através de um “sistema logicamente consistente que garantiria ao juiz aplicar, em

um presente-futuro, o direito que o legislador fez em um presente-passado. Um direito consistente que não se arrisca e não produz perigos” (CARNEIRO, 2020a, sem paginação).

Na busca por contribuir com a consistência do direito, o poder legislativo passa a condensar diversas leis sobre matérias afins em códigos, com a finalidade de submetê-las a um tratamento geral, visando tornar o direito mais sistemático, coerente e claro (NICÁCIO; OLIVEIRA, 2001, p. 59), como foi a proposta do Código Civil napoleônico na França.

Com o objetivo de dar mais coerência ao direito, surgem teorias gerais, por meio das quais o direito é concebido de maneira universal, uniforme, hermeticamente fechada, sem omissões, completo, coerente, afastado de outros saberes (principalmente da moral) e podendo ser apreendido por meio de técnicas de interpretação supostamente precisas (AQUINO, 2016, p. 203). O exemplo mais notório disso foi a Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen (1881-1973), que teve como objetivo libertar o direito da concepção da justiça, e cuja validade da norma jurídica não estava mais localizada na sociedade, mas sim na Constituição e, em último grau, em uma ficção que ele nomeou de norma hipotética fundamental (KELSEN, 1998, 2000).

Também nesse modelo de direito, a Constituição assume uma função central no sistema jurídico, não só porque determina qual norma integrará o sistema, mas também porque se torna um programa dirigente das realizações da sociedade (CANOTILHO, 1990).

Percebe-se que o direito moderno vê na lei uma solidificação maior do que a tradição, justamente porque pode ser melhor racionalizado e operacionalizado de forma previsível, o que reflete a sobreposição da racionalização sobre a subjetividade, conforme Touraine destaca como característica da modernidade.

Ocorre que esse direito, que buscava garantir a liberdade e a segurança de forma consistente, possibilitou a existência de Estados totalitários e violações de direitos humanos em nome da ciência e do holocausto (OLIVEIRA; SANCHO, 2015).

Paralelo a isso, surgem, em diferentes áreas do conhecimento, críticas ao paradigma científico da modernidade. Além disso, devido à globalização, ao

desenvolvimento da sociedade e ao avanço tecnológico, novos fatos impõem constantemente desafios ao direito. Ou seja, não há mais sólidos.

O pensamento científico moderno compreendia que o conhecimento era universal, neutro, objetivo, procedimental e descritivo (PEREIRA, 2014; SANTOS, 2008). Isso se refletia no direito de diversas formas, principalmente na hermenêutica, sob o mito de que era possível interpretar o direito de forma neutra. Assim, o método de interpretação utilizado era o dedutivo, no qual primeiro se analisava a lei como premissa maior, buscando aplicá-la ao fato, premissa menor, construindo, com isso, a solução jurídica. Diante das lacunas e falhas normativas, recorria-se à intenção do legislador ou à intenção presumida da lei, a partir do contexto histórico e social de sua elaboração (NICÁCIO; OLIVEIRA, 2001, p. 61). Exemplos de escolas jurídicas que compartilhavam essa visão são a Escola da Exegese, o Historicismo e o Positivismo Jurídico.

O paradigma científico na crise da modernidade passa a compreender o conhecimento como localizado, influenciado pela cultura, política e moral, plural e subjetivo (PEREIRA, 2014; SANTOS, 2008). Com isso, a hermenêutica jurídica passa a compreender o texto da lei como possuidor de uma textura aberta, cujo sentido não está somente no texto, mas é construído por meio da argumentação, podendo diferir e depender do caso concreto. Portanto, a norma não é mais estanque, mas mutável. Compreende-se que não há interpretação da norma sem subjetividade, e surgem diversas teorias que, diante disso, procuram justificar a racionalidade da decisão jurídica (BUSTAMANTE, 2013, p. 322).

A globalização, associada ao desenvolvimento tecnológico, interligou os países não apenas no aspecto econômico, mas também nos aspectos social, ambiental, científico, tecnológico e de saúde, surgindo, com isso, problemas em escala global que desafiam o direito a regulamentá-los. Diante desse contexto, o direito passa a assumir características diferentes.

A fonte do direito deixa de ser exclusivamente estatal, adotando-se outras fontes com capacidade jurídica. Exemplo disso é o transconstitucionalismo que ocorre nos países latino-americanos e africanos, ou ainda as normas de direito internacional privado, em que se tem admitido, cada vez mais, os costumes e as convenções privadas para

regulamentar determinadas situações fáticas. Há, portanto, uma *desoficialização* do direito.

Se antes os códigos legais eram vistos como instrumentos capazes de sistematizar, dar coerência e clareza ao direito, hoje percebe-se essa impossibilidade, diante dos diversos problemas complexos, incapazes de serem previstos pela codificação. Verifica-se que, no código, há o enclausuramento de um valor de determinado período histórico, que, por vezes, pode ser incompatível com os valores presentes (ALVES, 2009, p. 151). Surgem normas de caráter extralegal, capazes de resolver com mais eficiência os problemas entre os particulares, como ocorre com o ECAD (Escritório Central de Arrecadação e Distribuição), com a Justiça Desportiva e com as normas coletivas do trabalho. Dessa forma, o direito torna-se um direito *descodificado*.

Com isso, a lei diminui sua característica de ser um ato normativo geral, cuja fonte está no poder legislativo, para garantir e estabelecer diretrizes para a autorregulamentação das coletividades. Ou seja, o direito passa “a fixar o direito do jogo dos autores sociais, sem autoritariamente impor soluções substantivas” (CANOTILHO, 1990, p. 83), havendo, portanto, uma “*deslegalização*”.

A Constituição também passa a ser entendida sob outra perspectiva. O caráter dirigente diminui, enquanto aumenta o caráter reflexivo, na medida em que incentiva as autorregulações, a pluralidade político-social e a possibilidade de mudanças por meio de rupturas (CANOTILHO, 1990).

Além disso, o direito assume uma dimensão para além do público e do privado, surgindo os direitos transindividuais (BITTAR, 2008, p. 142), pois há o reconhecimento de que existem direitos que extrapolam o interesse do indivíduo, possuindo impacto social e coletivo, mas que não chegam a ter a natureza de um direito público, como, por exemplo, o direito ambiental e o direito do consumidor.

Entrelaçado a isso, agrega-se mais um paradigma: o da sustentabilidade. O direito passa a reconhecer a natureza como indispensável para a realização da humanidade e, em razão das crises ambientais, a norma jurídica procura preservar o meio ambiente como um espaço saudável para as próximas gerações (BODNAR; CRUZ, 2011). Acrescenta-se que o direito também começa a se inclinar para o entendimento de que a natureza não é apenas objeto do direito, mas também sujeito, assim como os animais

(CARNEIRO, 2022). Além disso, o paradigma da sustentabilidade se alarga para compreender não apenas o ambiente natural, mas a sociedade como um todo, de tal forma que o direito começa a se preocupar com os impactos que causa nos demais sistemas sociais (CARNEIRO, 2022).

Em suma, o direito na crise da modernidade é um direito no qual os indivíduos procuram não depender da normatividade estatal, pois esta se mostrou insuficiente para resolver várias demandas. Mas é um direito que passa a valorizar a subjetividade, na medida em que abandona os métodos mecânicos de interpretação. É uma forma de os indivíduos buscarem, por suas próprias forças, resolver seus problemas (TOURAINÉ, 1994). Esse direito, que se *desoficializa*, se *deslegaliza* e se *descodifica*, busca ser mais flexível e menos sólido, para dar conta da liquidez da sociedade moderna.

#### **4 A DOMÁTICA JURÍDICA NA MODERNIDADE**

Nos países de tradição românica o direito era visto como uma técnica por meio da qual se busca criar fórmulas generalizadoras para a solução de um problema, mas com fundamento inicial em uma decisão de uma autoridade. Na Idade Média, foi acrescida a essa técnica a vinculação da solução pensada a certos textos romanos, principalmente o Código Justiniano. Nos séculos XII e XVIII, em razão do racionalismo, a crença no texto romano foi substituída pelos princípios da razão, os quais deveriam ser investigados e aplicados de forma sistemática (FERRAZ JÚNIOR, 2015).

No século XIX, por meio dessas experiências, erigiu-se a Dogmática Jurídica, tal como se conhece hoje, como uma tentativa de construir uma teoria sistemática do direito positivo, de seus conceitos e princípios (WARAT, 1981).

O programa da dogmática jurídica nasceu inicialmente com o objetivo de sistematizar o direito moderno e, justamente por isso, está vinculado não somente à mentalidade moderna, mas também às próprias características do direito moderno. Adotou como seu modelo teórico o positivismo. Com isso, passou a ser confundida com a ciência do direito e buscou-se desenvolver de forma objetiva, sem qualquer elemento de subjetividade (AMSELEK, 2006). O seu método fundamenta-se no dogma da unidade,

coerência e completude do ordenamento jurídico, mas também na construção de conceitos dogmáticos e na aceitação de dogmas (VAQUERO, 2014).

Esses dogmas encontram-se numa conhecida sistematização na obra *Teoria do Ordenamento Jurídico* de Bobbio (1995). Para este autor, a unidade do direito se dá em razão de suas fontes. Isto é, o ordenamento jurídico, por meio de suas fontes, regula a própria produção de suas normas. Como consequência disso, o direito é coerente, não possui antinomias (os conflitos entre normas são aparentes, pois sempre haverá uma solução). Também, para Bobbio (1995), o direito é completo, não possui lacunas; aos problemas sociais, sempre poderá ser aplicada alguma norma jurídica.

A dogmática jurídica, diante desses fundamentos, é utilizada para pensar soluções para os conflitos entre normas e para preencher as lacunas existentes, mas sempre dentro das fontes do direito, a fim de manter a unidade e a completude do direito.

A construção dos conceitos jurídicos realizados pela dogmática jurídica tem por finalidade realizar a sistematização do direito posto, visto que tais conceitos funcionam como instrumentos que fazem referência, de forma abreviada, a um conjunto de disposições normativas (VAQUERO, 2014).

O fundamento da dogmática jurídica moderna é que as normas jurídicas são verdades inquestionáveis. Não cabe ao estudioso pensar em métodos que tornem a norma mais efetiva socialmente, pois o direito e a justiça são coisas distintas. Cabe ao estudioso do direito a reflexão das relações intrassistêmicas da norma jurídica. Para Warat (1981):

La dogmática jurídica requiere un trabajo de lógica y de técnica jurídica, por cuyo intermedio se realizarían operaciones de análisis y síntesis, de deducción y de inducción, que darían como resultado una serie de conceptos y principios, mediante los cuales se lograría una clara interpretación de las reglas legales integrantes del derecho positivo (WARAT, 1981, p.34)

Dessa forma, a dogmática jurídica na modernidade reduz-se, assim, a uma reflexão de como se opera a lógica jurídica (WARAT, 1981). Isso reflete no instrumentário da dogmática jurídica moderna: a realização da subsunção do fato à norma. Esse modelo dogmático, que é positivista, está bastante presente nos cursos de bacharelado em direito, sendo ensinado de forma difusa em todas as disciplinas, mas estudado

especificamente nas disciplinas de Introdução ao Estudo do Direito e Teoria Geral do Direito, estando presente em diversos manuais (a exemplo de DIMOULIS, 2011; GARCIA, 2015; NUNES, 2017). Inclusive, possui doutrinadores que ainda a sustentam, dando novas releituras (a exemplo de VILANOVA, 2005; CARVALHO, 2009; ALMEIDA, 2012).

Todavia, como será abordado adiante, com o advento do paradigma pós-positivista, a dogmática jurídica tem se aliado à hermenêutica para realizar uma adequação da norma ao fato, levando em consideração as referências de caráter sociológico, antropológico e político (AMSELEK, 2006).

## **5 A CRISE DA MODERNIDADE E SUAS IMPLICAÇÕES NA DOGMÁTICA JURÍDICA**

O direito moderno não cumpriu sua promessa de segurança, igualdade e liberdade. Assim, os indivíduos procuraram resolver parte de seus problemas por meio da autorregulamentação. Paralelamente, os tempos tornaram-se líquidos. As constantes mudanças no mundo dos fatos e dos valores desafiam o direito a dar soluções efetivas, pois a normatização do passado recente não é compatível com os fatos de hoje e, em alguns casos, força o próprio direito a se reinventar.

O século XX, com o advento das sociedades de massas, os excessos de informações, a velocidade das transformações, a virtualização das relações sociais, os impactos da tecnologia no comportamento humano, a superação dos paradigmas científicos da modernidade, entre outros motivos, associados às novas definições axiológicas, causaram um abalo, ainda não solucionado, na metódica da dogmática jurídica moderna (FERRAZ JÚNIOR, 2015; BITTAR, 2008).

As mudanças nas relações sociais desafiam os institutos jurídicos existentes, e até mesmo a própria lógica jurídica. Por exemplo, o conceito jurídico de família atualizou-se em relação ao que era adotado na década de 2000, mas ainda não reflete a família contemporânea; a legislação trabalhista foi modificada em 2018, buscando uma atualização, positivando novas modalidades de emprego, como o teletrabalho, mas continua sendo insuficiente para reger as relações trabalhistas em empresas com estruturas não tradicionais, como as startups de base tecnológica; apesar de existirem

leis como o Marco Civil da Internet, a Lei Geral de Proteção de Dados e o avanço na jurisprudência, o direito está longe de oferecer soluções para os problemas relacionados à internet, problemas inclusive complexos, que envolvem não só o conflito de liberdade, mas os impactos neurais da informação sobre os indivíduos (conforme busca refletir o direito neural), entre vários outros exemplos.

Também as transformações existentes no próprio sistema do direito demonstram como a dogmática jurídica não tem dado soluções efetivas. Apesar da autorregulamentação, pouco se tem desenvolvido uma hermenêutica contratual. Aos negócios jurídicos, ainda se aplicam os mesmos pressupostos que se utilizam para interpretar a legislação, quando não se aplicam os mesmos métodos para contratos com naturezas distintas (por exemplo: aplicam-se os mesmos princípios do contrato entre pessoas físicas nos contratos empresariais). Apesar da desoficialização do direito, existe uma dificuldade do Judiciário em reconhecer outras ordens normativas ou novas soluções sociais. Por exemplo: ainda há discussão sobre se novas tecnologias de assinatura de contrato virtual, que possibilitam verificar a legitimação das assinaturas, possuem validade jurídica.

Outro exemplo é a dificuldade da dogmática jurídica em realizar conceitos que ela própria elaborou, como é o caso do transconstitucionalismo. Ilustra-se isso com a ausência de respostas concretas sobre como harmonizar a ordem jurídica brasileira (que preserva o direito à vida) com o direito consuetudinário de algumas tribos no Brasil, em que é obrigatória a morte de recém-nascidos com deficiência física ou com problemas de saúde (NEVES, 2014).

Em virtude dessas transformações e dessas dificuldades o sistema jurídico, inevitavelmente, buscou ajustar seu paradigma dogmático, anteriormente fundamentado no positivismo. Surge, assim, o que no Brasil ficou conhecido como pós-positivismo.

Este novo paradigma é caracterizado pelo neoconstitucionalismo, que, ao procurar superar as teses do positivismo, sustenta, entre outras proposições, que o sistema jurídico deve ser avaliado de maneira aberta do ponto de vista valorativo, especialmente em relação à Constituição. Além disso, concebe a norma jurídica como composta por regras e princípios, considera a Constituição como o repertório principiológico e atribui ao Poder Judiciário a função criativa do direito (MAIA, 2009, p. 07).

Deste modo, a dogmática jurídica preocupa-se com a prática, afastando-se de sua natureza sistemática e classificatória, para inserir, como elemento do método de superação de antinomia e integração da norma jurídica, o caso concreto. Assim, a ciência "normativa" cede lugar para uma ciência "concretizadora" (CANEIRO, 2014).

Embora o pós-positivismo tenha sido uma das alternativas pensadas para corrigir eventuais injustiças que poderiam ser cometidas através da aplicação da lei de modo positivista (como a justificativa jurídica para o holocausto), ele possui uma propensão ao panprincipiologismo, no qual os princípios são empregados não apenas para promover a justiça almejada, mas também para validar os valores morais individuais dos juízes. Nesse contexto, o panprincipiologismo permite que juízes ou tribunais façam uso excessivo dos princípios jurídicos, inclusive "criando" novos princípios para corroborar suas convicções morais (solipsismo), burlando assim as diretrizes estabelecidas pela produção democrática do direito, tanto legislativa quanto jurisprudencial (STRECK, 2012).

Dessa forma, essa abordagem compromete as possibilidades de controle democrático das decisões, uma vez que estas não estão rigidamente vinculadas a normas preexistentes ou jurisprudência consolidada (CARNEIRO, 2020a, p. 32). Além disso, pode ser incapaz de proporcionar a segurança, coerência e consistência necessárias ao sistema social, uma vez que as decisões passam a refletir não apenas a autonomia do sistema jurídico, mas também razões morais, econômicas, políticas, religiosas etc., tornando difícil estabelecer precedentes claros e previsíveis, essenciais para a estabilidade do sistema legal (LUHMANN, 1983).

É possível falar em outros paradigmas dogmáticos, como o culturalismo ou a teoria crítica do direito como alternativas "pós-modernas" à crise do direito. Entretanto, eles parecem não conseguir influenciar os caminhos da dogmática jurídica, tal como o positivismo e o pós-positivismo o fazem.

O culturalismo, como paradigma dogmático, destaca a importância dos aspectos culturais na construção e interpretação do direito. Nessa perspectiva, as normas e instituições jurídicas são moldadas pelos valores, tradições e contextos culturais de uma sociedade (REALE, 2005). O entendimento do direito, portanto, não pode ser dissociado do ambiente cultural no qual está inserido. Contudo, apesar de sua relevância conceitual,

o culturalismo ainda não conquistou um espaço dominante na academia jurídica ou na prática jurídica.

Por sua vez, a teoria crítica do direito, com raízes no pensamento frankfurtiano, busca analisar e questionar as relações de poder presentes no sistema jurídico. Enfatizando a dimensão social e política do direito, essa abordagem destaca as desigualdades e injustiças inerentes ao sistema jurídico. No entanto, apesar de seu potencial para promover mudanças substanciais e de possuir espaço significativo na academia, enfrenta obstáculos para sua implementação prática, devido à resistência institucional, mas também à falta de consistência metodológica.

Do exposto, percebe-se que a dogmática jurídica atualmente não é a mesma do século XIX. Ela não busca apenas ser uma reflexão de como se opera a lógica jurídica. Ela tenta dar soluções para os diversos problemas sociais oriundos das constantes mudanças. Ocorre que tais soluções não são assertivas, carecem de consistência e/ou de formas de controle. Além disso, ainda há uma herança muito forte dos pressupostos da mentalidade moderna, o que promove sua deficiência em ajudar o direito nos desafios apresentados pelas relações sociais líquidas. Ou seja, assim como a modernidade está em crise, a dogmática jurídica também está.

Essa crise da dogmática jurídica não se dá apenas pela crise de paradigmas, conforme exposto acima, mas também pode ser observada nos seguintes institutos que são nucleares a ela: métodos de integração da norma jurídica, fontes do direito e ensino jurídico.

#### 4. CRISE NA TEORIA DAS FONTES DO DIREITO

As fontes do direito na dogmática jurídica moderna emanam do Estado e obedecem a uma hierarquia rígida, em que as normas que estão no topo conferem validade às normas inferiores. A norma máxima seria a Constituição, que determina materialmente qual norma entra ou sai do sistema jurídico. Abaixo dela, estariam as leis, e abaixo das leis, os atos administrativos.

Entretanto, as transformações sociais têm desafiado esse modelo. O Brasil teve de lidar com isso, justamente em razão do desafio colocado pela transnacionalização do

direito e da globalização. O fato trata-se da análise da recepção dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico nacional. O problema posto foi: qual seria a posição dessa norma dentro do ordenamento jurídico pátrio? Teria a mesma hierarquia que a Constituição? Estaria abaixo da Constituição? Estaria abaixo das Emendas Constitucionais? Seria superior às leis?

A solução encontrada pelo Superior Tribunal Federal foi asseverar que tais tratados são infraconstitucionais, mas supralegais, possuindo a mesma hierarquia que uma emenda constitucional. Com isso, surgiu, paralelo ao controle de constitucionalidade, o controle de convencionalidade das leis (PIOVESAN, 2015).

Observa-se que foi necessário repensar a teoria para adequá-la ao problema colocado. Contudo, isso foi realizado dentro do paradigma da dogmática jurídica moderna, mantendo o critério de hierarquia. Embora existissem outras propostas, como a teoria do bloco de constitucionalidade, segundo a qual a Constituição não se trata apenas do texto de uma carta política, mas possui normas espalhadas em diversos outros códigos, que seriam os blocos que edificam a Constituição (PIOVESAN, 2015).

A atual configuração do direito internacional público também desafia a clássica teoria das fontes do direito. Isso porque outras fontes de caráter transnacional, além dos tratados, têm sido utilizadas com força supralegal, a exemplo da jurisprudência das cortes universais (GOMES; OLIVEIRA, 2010).

Também no contexto interno, a jurisprudência tem sido utilizada como fonte do direito, a exemplo das súmulas vinculantes, da obrigação do Código de Processo Civil que impõe aos magistrados o dever de seguir o entendimento dos tribunais superiores, e ainda dos precedentes judiciais do Superior Tribunal de Justiça e do Superior Tribunal Federal com repercussão geral, que acabam por ter força vinculante em todo o Judiciário.

Na teoria das fontes, a jurisprudência jamais seria uma fonte do direito, pois a jurisprudência seria uma interpretação da lei, jamais uma inovação da legislação, sobre o pretexto de interpretar (REALE, 2002). Contudo, no mundo dos fatos, essa não é a realidade. A jurisprudência não só tem sido utilizada para suprimir as omissões do texto legal, como também para atualizá-lo ao contexto atual, atribuindo-lhe um sentido diverso do original e, não poucas vezes, inovando em relação à legislação (SOUZA, 2014). Exemplo famigerado disso é o ativismo judicial, em que o Judiciário, diante da omissão e

ineficiência dos poderes Legislativo e Executivo, quando provocado, dá solução ao problema, mesmo havendo uma previsão normativa específica, realizando aquilo que seria originalmente a competência dos demais poderes.

Atualmente, por se compreender que o direito possui um caráter argumentativo e que o intérprete participa na construção do sentido da norma jurídica, há uma ruptura com os pressupostos do positivismo em geral e, portanto, com a dogmática jurídica moderna, existindo autores que buscam dar um novo sentido ao conceito de fonte jurídica, determinando-a “como as razões que podem ser empregadas pelos juristas na formulação das normas gerais e individuais que são construídas na aplicação do direito” (BUSTAMANTE, 2013, p. 322).

Além disso, aponta-se também que a nova formatação do direito na contemporaneidade se coloca como um desafio para a clássica teoria das fontes. Isso porque o direito tem se descodificado e desoficializado. Em outros termos, o direito não é mais aquele apenas produzido pelo Estado, por meio de lei e de códigos, mas o direito tem sido produzido de forma autônoma por meio de agentes sociais não estatais, em que algumas dessas normas podem, inclusive, ser contrárias à própria legislação. Exemplo disso são os acordos e convenções coletivas do trabalho.

Na contemporaneidade, o direito tem reconhecido o fenômeno da coexistência de dois ou mais sistemas jurídicos no mesmo território, em que o ordenamento consuetudinário de povos tradicionais mantém uma coexistência com o ordenamento estatal. Com isso, não é mais possível falar em uma hierarquização das fontes jurídicas ou de sua oficialização pelo Estado, pois o que existe é um verdadeiro pluralismo de fontes do direito de forma heterarquica (KANDINGI et al., 2014).

Demonstra-se, com tudo isso, que a teoria tradicional das fontes do direito está em crise, por não corresponder às exigências oriundas das transformações do direito e da sociedade. Conseqüentemente, métodos que buscavam manter a integridade e coerência do direito, como os relacionados aos conflitos de antinomia e de lacuna jurídica, também se mostram insuficientes.

#### 4.1 A CRISE NOS MÉTODOS DE ANTINOMIA E INTEGRAÇÃO DO DIREITO

Um dos dogmas do ordenamento jurídico é o de que não existem conflitos entre normas, e que esses conflitos são aparentes, sendo suficientes os métodos de solução de antinomia: a utilização dos critérios da hierarquia, cronologia e especialidade (BOBBIO, 1995). No caso da lacuna normativa, existe o dogma de que o direito não é omissivo; a omissão pode ocorrer com o texto normativo, cuja integração deve ser feita por meio da analogia, costume e princípios gerais do direito (BETIOLI, 2018). Essas técnicas refletem-se em várias decisões judiciais. Todas elas são uma criação da dogmática moderna ao conceber um direito sem falhas.

Entretanto, no plano fático do direito há situações de conflito de normas e de lacunas normativas que são insuficientes para serem solucionadas por tais técnicas. Nos conflitos entre os princípios jurídicos, a superação não se dá por meio do critério da hierarquia, cronologia ou especialidade; a solução se dá por meio da argumentação jurídica, buscando identificar quais são as justificativas pelas quais deve-se aplicar um princípio e não o outro que lhe é oposto (DWORKIN, 2002).

Diante do reconhecimento dos múltiplos sistemas jurídicos existentes em uma sociedade, como, por exemplo: o direito positivo estatal, o direito consuetudinário das comunidades tradicionais, o direito canônico das religiões e o direito negocial das coletividades, os referidos critérios não são suficientes para ajudar na relação harmônica desses sistemas. Por exemplo, como seria resolvido um suposto conflito entre uma prática de comunidade tradicional, fundamentada em seu direito consuetudinário, e uma lei do Estado? O método de superação de antinomia não dá resposta para isso, pois os referidos ordenamentos estão em lugares epistemológicos diferentes.

No âmbito do direito internacional público, o critério da hierarquia, consubstanciado no princípio da supremacia da Constituição, tem perdido espaço em matéria de direitos humanos, para a busca da norma mais favorável ao ser humano (GOMES; OLIVEIRA, 2010). Exemplo disso foi a incorporação pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica, que proibia a prisão civil, enquanto a Constituição Federal de 1988 permitia.

No âmbito do direito internacional privado, o referido critério se mostra insuficiente, visto que o conflito se dá por meio de dois sistemas nacionais e soberanos, e, portanto, não hierarquizados. Não existe um programa que possibilite antever todos os conflitos

existentes no âmbito do direito internacional, tanto público quanto privado. Com isso, para cada caso, pensa-se em uma solução diferente.

Na seara dos direitos humanos, e na articulação entre o direito civil e o do consumidor, há uma nova perspectiva em relação aos conflitos entre normas. Tem-se entendido que as normas jurídicas não necessariamente se excluem, mas se completam, devendo existir um diálogo entre as fontes (GOMES; OLIVEIRA, 2010).

Quanto às formas de integração do direito, ainda há autores que discutem, ao interpretar o art. 4º da Lei de Introdução ao Estudo do Direito Brasileiro, se a integração deve obedecer à ordem prevista na lei (isto é, primeiro procura-se aplicar a analogia; não sendo possível, parte-se para os costumes; inexistindo estes, parte-se para os princípios gerais do direito), como há aqueles que advogam que não há qualquer mandamento para se aplicar esse procedimento (BETIOLI, 2018). Também há aqueles que confundem os princípios gerais do direito com os princípios jurídicos, defendendo que estes só devem ser aplicados em casos de lacuna jurídica, reproduzindo ideias do positivismo clássico (STRECK, 2011b, p. 56).

Percebe-se, com essas ilustrações, que há uma concomitância e tensão de paradigmas de uma dogmática estritamente moderna, com paradigmas de uma dogmática que busca se adequar às transformações sociais, o que demonstra parte da crise da dogmática jurídica na contemporaneidade.

#### 4.4 CRISE NO ENSINO JURÍDICO

Apesar de todas as transformações ocorridas no direito e na sociedade, bem como dos novos paradigmas jurídicos que têm possibilitado ao direito uma caracterização diferente daquela projetada nos séculos XIX e XX, em regra geral, os programas dos cursos de direito e os manuais de ensino jurídico continuam a ensinar dentro da mentalidade moderna.

Tanto os cursos gerais quanto os manuais de introdução ao estudo do direito mantêm a doutrinação dos dogmas jurídicos da completeza, continuam a reproduzir a clássica teoria das fontes e os métodos de integração do direito, e muitas vezes nem sequer mencionam outras possibilidades existentes.

Os programas de ensino são organizados da seguinte forma: primeiro, conta-se a história relacionada ao direito que se pretende estudar; para, após, informar quais são as suas fontes; em seguida, apresentam-se os seus princípios gerais; para então classificar, a partir desses princípios, os institutos jurídicos e apresentar a forma como esse direito está regulamentado. Ao final ou durante a exposição da parte central do conteúdo, são abordados casos excepcionais que fogem à regra de tudo o que foi exposto, sendo esses classificados como "*sui generis*".

O "*sui generis*" é exatamente a incoerência do que está sendo ensinado com a realidade. Incoerência porque não é possível haver uma compatibilização entre a solução dada ao problema em particular e a lógica jurídica do que foi ensinado.

Com isso, o raciocínio jurídico dos futuros operadores do direito continua a ser formatado dentro de uma perspectiva de uma dogmática jurídica que não mais corresponde aos atuais fenômenos sociais e do direito.

A base desse raciocínio é uma lógica de subsunção, em que o operador do direito deve submeter o fato à prescrição normativa (NICACIO; OLIVEIRA, 2001), jamais questionando a aplicação da norma ou propondo soluções a partir de métodos de interpretação que possibilitem soluções melhores que a prescrita. Quer dizer, a base desse raciocínio não é o direito como uma argumentação jurídica, mas como algo empírico e analítico, cuja aplicação deve seguir certos comandos.

A subsunção é necessária porque o direito válido, nessa compreensão, é aquele que é oriundo do Estado. As demais normas são apenas normas suplementares. Logo, formas alternativas de solução do problema, como a autocomposição, só são fomentadas no plano do discurso, mas não na prática do ensino. Tanto é que, nos currículos das faculdades de direito, de modo geral, o tema da Conciliação, Mediação e Arbitragem resume-se à disciplina de Processo Civil ou trata-se de uma disciplina isolada. A temática não é analisada dentro dos programas de cada uma das disciplinas. E, mesmo quando se trata de uma disciplina isolada, esses temas são tratados dentro do paradigma do direito moderno, como se todas as soluções pudessem ser formatadas anteriormente ao problema.

Esse raciocínio limita a criatividade do direito e dificulta que o jurista utilize a dogmática jurídica para fazer com que o direito satisfaça as necessidades hodiernas da

sociedade. Para todo o problema, o jurista procura na lei e na jurisprudência a solução anterior dada para casos análogos. O jurista não é educado a pensar o problema numa perspectiva sistêmica e interdisciplinar, para que, dentro do direito, possa pensar em uma solução mais efetiva para o caso.

Ou seja, o direito ainda é visto como universal, com soluções prescritas para todos os problemas. Assim, o caminho é sempre da norma ao fato, e não do fato em direção à norma. Os juristas não são treinados a, primeiro, entender o fato para, a partir dele, elaborar a solução jurídica adequada. Parte-se imediatamente para a legislação, em busca do instrumento positivado que tutela a situação. Isso contribui para a judicialização dos problemas sociais e, conseqüentemente, para a redução da eficiência do sistema jurídico.

Esse raciocínio reflete nas práticas de extensão do curso de direito, sobretudo nos serviços prestados pelos núcleos de prática jurídica das faculdades, visto que esses mantêm um caráter meramente assistencialista, buscando resolver apenas o problema individual pelo qual é demandado. Não imergem na vida da comunidade, buscando desenvolver tecnologias sociais que minoram os problemas existentes, sem a obrigatoriedade da figura do Estado como garantidor da ordem e da justiça.

Não há como afastar a dogmática jurídica do ensino jurídico, pois aquela determina como esta será realizada. A dogmática jurídica determina como o direito será aplicado. No ensino jurídico, os operadores do direito aprendem como equacionar a dogmática jurídica. Com isso, os efeitos da crise na dogmática jurídica reverberam no ensino jurídico. Assim, uma dogmática jurídica relevante para a contemporaneidade implica um ensino jurídico adequado a essa realidade.

## **5 UMA DOGMÁTICA JURÍDICA RELEVANTE PARA A CRISE DA MODERNIDADE**

Uma das principais características da crise da modernidade é a constante mudança e intensas inovações, além do desapego com o passado, isto é, com as tradições e costumes. Com isso, poderia-se imaginar que uma dogmática jurídica relevante seria uma dogmática orientada para o futuro. Entretanto, uma dogmática assim,

como denunciado por Luhmann (1983b), é uma dogmática que possui dois riscos: o da incerteza e o da complexidade.

Esse tipo de dogmática, a exemplo da pós-positivista, é comum na crise da modernidade, ao menos dentro da prática dos tribunais brasileiros, quando estes decidem apenas com base em princípios. As decisões inovam no âmbito legal e jurisprudencial, o que reúne não poucas críticas a essa prática, justamente por não serem previsíveis e gerarem um sentimento de insegurança jurídica.

Inclusive, o poder legislativo, influenciado por cientistas do direito pátrio, buscando diminuir essa insegurança, mas ainda mantendo uma orientação para o futuro, editou a Lei nº 13.655, de 2018, que adicionou o art. 20 à Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, o qual dispõe: “(...) não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.” Observa-se que esse dispositivo legal, na tentativa de diminuir decisões imprevisíveis fundamentadas apenas em princípios, positivou o consequencialismo jurídico, que é uma reflexão dogmática orientada para o futuro. Isso porque o consequencialismo propaga uma técnica que consiste em primeiro identificar e individualizar todas as decisões possíveis do ponto de vista jurídico, assim como as consequências relacionadas a cada uma, para então valorizá-las e classificá-las, elegendo a mais desejável (ARAÚJO; FERREIRA; MONTENEGRO, 2020). Ou seja, o foco trata-se das consequências práticas da decisão (futuro) e não do sentido da norma jurídica. Diante disso, é que críticos alertam que o consequencialismo produz o mesmo erro que busca combater: decisões imprevisíveis. Esse fato ressalta o que Luhmann (1983) identificou: uma dogmática orientada para o futuro aumenta a insegurança do sistema jurídico.

O outro risco apontado por Luhmann (1983) para uma dogmática orientada para o futuro é a elevação do nível de complexidade do sistema jurídico, vez que seria necessário criar técnicas que justificassem as decisões. Numa dogmática orientada para o passado, as decisões seriam justificadas pelas normas ou pela jurisprudência, mas numa dogmática orientada para o futuro, a justificação da decisão se daria por técnicas a serem desenvolvidas.

Uma dogmática orientada para o passado, como é o caso da dogmática tipicamente moderna (positivismo), também não é capaz de ser relevante para a crise da

modernidade, justamente por estar presa ao passado, possuir lentidão para atualizar-se e responder aos desafios das constantes transformações. Para Atienza (1980), a dogmática jurídica não deve ser orientada apenas para a segurança, pois ela é maior que a segurança; deve estar aberta para a espontaneidade e para o risco.

Um dos caminhos para que a dogmática jurídica seja assertiva frente aos desafios impostos pela crise da modernidade é que ela desenvolva a capacidade de observar os impactos das suas operações nos demais sistemas sociais e, a partir disso, venha se reformular. Isso é dito porque a grande dificuldade que a dogmática jurídica possui, tanto no paradigma positivista quanto no paradigma pós-positivista, é o fato de ser fechada em si mesma, e com isso acreditar que a forma que opera é capaz de gerar a segurança, igualdade e sustentabilidade que o sistema social necessita, quando, na verdade, embora ofereça uma resposta dentro da racionalidade jurídica, a resposta por vezes não resolve o problema social, quando não o intensifica.

Exemplo disso são os casos envolvendo a judicialização da saúde, especificamente nas situações em que uma pessoa necessite de intervenção cirúrgica de urgência e o Estado é moroso nessa prestação. Dentro de uma dogmática positivista, a lógica seria aplicar as regras existentes. Assim, a pessoa que necessita da referida cirurgia deveria aguardar na fila de espera. Caso viesse a óbito ou tivesse a situação agravada, isso seria uma consequência da situação fática e não do direito, visto que este cumpriu a sua finalidade. Já na perspectiva da dogmática pós-positivista, aplicam-se princípios constitucionais como a dignidade da pessoa humana e o acesso universal à saúde para forçar o Estado a realizar o procedimento. No primeiro caso, a prestação jurídica é negada e o Estado continuará com sua prática. Logo, a referida decisão não contribui com a sustentabilidade social. Já no segundo caso, embora se acredite que esteja fazendo justiça, pesquisas demonstram que o Estado, diante de tais decisões, em vez de aumentar os recursos financeiros para a saúde pública, opta por redirecionar os recursos do próprio orçamento já destinado à saúde para o indivíduo que buscou a judicialização. Isso compromete também a isonomia e a sustentabilidade que o sistema social precisa, visto que “a judicialização da saúde tira do orçamento da saúde os recursos originalmente destinados à própria saúde” (CARNEIRO, 2020b, p. 13).

Uma das abordagens que pode orientar a dogmática jurídica para a sustentabilidade social é a Análise Ecológica do Direito (AEcoD). Ao contrário dos paradigmas apresentados, a AEcoD busca, através da ciência, sobretudo através do conhecimento transdisciplinar, analisar os impactos da comunicação jurídica nos sistemas sociais e converter os resultados dessa análise numa sensibilização do sistema do direito, para que este se torne consciente dos seus impactos e readapte a sua comunicação (CARNEIRO, 2020c).

Nesse contexto, uma dogmática jurídica ecologicamente sensibilizada realizaria a leitura e crítica da jurisprudência, revisando e atualizando conceitos jurídicos e técnicas de aplicação do direito, a fim de influenciar que haja novas decisões que contribuam com a sustentabilidade do sistema social e novos meios de controle de decisões que sejam insustentáveis ecologicamente (CARNEIRO, 2022).

Essa perspectiva certamente é capaz de concretizar aquilo que Warat (1981) chamou de papel encoberto da dogmática jurídica: “a importante função de reformular o direito positivo, sem causar uma preocupação suspeita de que está fazendo esta tarefa”. E justamente por isso, trata-se de uma dogmática relevante para a crise da modernidade.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A crise da modernidade afeta todos os sistemas sociais, incluindo o direito. Esses efeitos geram irritações no sistema jurídico, e a dogmática jurídica é responsável por determinar como ele reage a essas irritações.

O direito tem se esforçado para se adaptar às mudanças da era moderna, refletindo o esforço da dogmática jurídica em permanecer relevante e eficiente. Contudo, há uma forte herança da mentalidade moderna, que ainda influencia negativamente a dogmática jurídica, tornando suas respostas ineficazes para a sociedade atual. Porém, a ruptura total com essa mentalidade não é a solução, pois a dogmática jurídica ainda oferece soluções importantes para vários desafios do direito.

Para ser relevante durante a crise da modernidade a dogmática jurídica não deve se restringir ao passado nem se apegar a um futuro incerto. Ela precisa ser cognitivamente aberta, observando os impactos de suas decisões no sistema social. Isso

permitirá que a dogmática jurídica se sensibilize ecologicamente e contribua para a adaptação do direito às novas transformações, sem causar insegurança.

## REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. Modernidade e direito. **Revista da Esmape**. Recife, 1997, disponível em:

[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/SRC%2004\\_11.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/SRC%2004_11.pdf). Acesso em 25 de jul. 2022.

ALMEIDA, Bruno Torrano Amorim de. Contra o pós-positivismo: breve ensaio sobre o conteúdo e a importância teórica do positivismo jurídico. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro, Lisboa, ano**, v. 1, p. 6455-6506, 2012.

ALVES, Geovane Machado. Diálogo e superação: da necessária transposição da dogmática jurídica em virtude da reflexão crítica do direito civil. **Revista Eletrônica Direito e Política**, 2009, 4.1: 141-159. DOI: <https://doi.org/10.14210/rdp.v4n1.p141-159>

ATIENZA, Manuel. El futuro de la dogmática jurídica. **El Basilisco**, 1980. Disponível em:

[https://www.academia.edu/download/60966076/Lectura\\_1\\_El\\_Futuro\\_de\\_la\\_Dogmatica\\_Juridica220191020-8707-17cd40y.pdf](https://www.academia.edu/download/60966076/Lectura_1_El_Futuro_de_la_Dogmatica_Juridica220191020-8707-17cd40y.pdf). Acesso em 26 de jul. 2022.

AMSELEK, Paul. El paradigma positivista de la dogmática jurídica. **Anuario de Derechos Humanos**. Nueva Época, 2006. Disponível em:

<https://revistas.ucm.es/index.php/ANDH/article/download/ANDH0606120017A/20812>. Acesso em: 25 de jul. 2022.

ARAUJO, Thiago Cardoso; FERREIRA JR, Fernando; MONTENEGRO, Lucas Dos Reis. Consequencialismo, pragmatismo e análise econômica do direito: semelhanças, diferenças e alguns equívocos. **REVISTA QUAESTIO IURIS**, 2021. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/59004>. Acesso em 25 de jul. 2022

AQUINO, Sergio Ricardo Fernandes de. **As raízes do direito na pós-modernidade**. Itajaí: Ed. da UNIVALI, 2016.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. **44 cartas do mundo líquido moderno**. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. O direito na pós-modernidade. **Revista Seqüência**, no 57, p. 131-152, dez. 2008. DOI:10.5007/2177-7055.2008v29n57p131.

BETIOLI, Antônio Bento. **Introdução ao estudo do direito: lições de propedêutica jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2018

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: UNB, 1995.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. O direito e a incerteza de suas fontes: um problema em aberto para a dogmática jurídica contemporânea. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Número Especial: Jornadas Jurídicas Brasil-Canadá, pp. 299 - 325, 2013. DOI: 10.12818/P.0304-2340.2013vJJp300

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; O direito constitucional entre o moderno e o pós-moderno. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, 1990.

CARNEIRO, Wálber Araujo. A autonomia do direito e o ponto cego de seus macromodelos teóricos. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. – RIHJ. 2014, ano 12, n. 15, p. 169-182, Belo Horizonte. Disponível em: [https://www.researchgate.net/profile/Walber-Carneiro-2/publication/350646474\\_A\\_autonomia\\_do\\_direito\\_e\\_o\\_ponto\\_cego\\_de\\_seus\\_macromodelos\\_teoricos/links/606bbfaf299bf1252e2fd892/A-autonomia-do-direito-e-o-ponto-cego-de-seus-macromodelos-teoricos.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Walber-Carneiro-2/publication/350646474_A_autonomia_do_direito_e_o_ponto_cego_de_seus_macromodelos_teoricos/links/606bbfaf299bf1252e2fd892/A-autonomia-do-direito-e-o-ponto-cego-de-seus-macromodelos-teoricos.pdf). Acesso em 03 de abr. 2024.

CARNEIRO, Wálber Araujo. Os Princípios do Direito: entre Hermes e Hades *in*: TEIXEIRA, João Paulo Allain; LIZIERO, Leonam (orgs.). **Direito e Sociedade – Volume 4: Marcelo Neves como intérprete da sociedade global**. Andradina: Meraki, 2020a.

CARNEIRO, Wálber Araujo. Análise ecológica do direito fundamental à saúde: da judicialização simbólica ao silêncio eloquente do sistema e das organizações jurídicas. **Revista Direito Mackenzie**, 2020b, 14.2: 41-41. Disponível em: <https://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/14045/10705>. Acesso em 03 de abr. 2024.

CARNEIRO, Wálber Araújo. Teorias ecológicas do direito: por uma reconstrução crítica das teorias jurídicas. **R. do Instituto de Hermenêutica Jur – RIHJ**. Belo Horizonte, v. 18, n. 28, jul./dez. 2020c. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/39952>

CARNEIRO, Wálber Araujo. Análise Ecológica do Direito e construção transubjetiva de direitos da natureza e dos animais: aspectos estruturais e metodológicos. **Revista Brasileira de Direito Animal**, v. 15, n. 2, 2022. DOI: <https://doi.org/10.9771/rbda.v17i0.36312>

CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Teoria Geral do Direito: o Constructivismo Lógico-Semântico**. 2009. 622 fls. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

COSTA, Ana Maria Nicolaci da. A passagem interna da modernidade para a pós-modernidade. **Psicologia: Ciência e Profissão [online]**. 2004, v. 24, n. 1., pp. 82-93. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1414-98932004000100010>.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. O novo paradigma do direito na pós-modernidade. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, 2011. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5007537>. Acesso em 25 de jul. 2022.

DIMOULIS, Dimitri. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Levando o direito a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Atlas, 2015.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Introdução ao estudo do direito: teoria geral do direito**. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉTODO, 2015.

GAVAZZONI, Aluisio. **História do direito: dos sumérios até a nossa era**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

GOMES, Luiz Flávio; OLIVEIRA Valerio Mazzuoli de. Características gerais do direito (especialmente do direito internacional) na pós-modernidade. **Revista de Direito, 2010**. Disponível em: <https://revista.pgsskroton.com/index.php/rdire/article/view/1903>. Acesso em: 25 de jul. 2022.

KANDINGI, Luis Domingos Francisco, et al. Estado de direito consuetudinário. Os problemas jusfilosóficos do pluralismo jurídico e das fontes do direito. 2014. PhD Thesis.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes: 2000.

LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. Rio de Janeiro: José Olímpio, 2009.

LUHMANN, Niklas. **Sistema Jurídico y Dogmatica Juridica**. Madrid: Centro de Estudos Constitucionais, 1983.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MAIA, Antônio Cavalcanti. As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (Org.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NEVES, Marcelo. (Não) Solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, 2014, n. 93, pp. 201-232. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-64452014000300008>.

NICÁCIO, Camila Silva; OLIVEIRA, Renata Camilo de. Os paradigmas da interpretação do Direito na Modernidade. **Revista do Centro Acadêmico Afonso Pena**, 2001. Disponível em: <https://revistadoacaap.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/119>. Acesso em 25 de jul. 2022.

NUNES, Rizzatto. **Manual de introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Saraiva, 2017.

OLIVEIRA, Leandro Corrêa; SANCHO, Filipe Augusto Caetano. A crise da modernidade e os reflexos no direito contemporâneo. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Volume 87, número 2, jul./dez. 2015. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/1683>

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. Paulo: Saraiva, 2002.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. São Paulo: Saraiva, 2005.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre a ciência**. São Paulo: Cortez Editora, 2008.

SOUZA, Rogerio Soares de. A jurisprudência como fonte de Direito. **Projeção, Direito e Sociedade**, 2014. Disponível em: <http://revista.faculdadeprojecao.edu.br/index.php/Projecao2/article/viewFile/411/368>. Acesso em 25 de jul. 2022.

PALMA, Rodrigo Freitas. **História do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2011.

PEREIRA, Elisabete Monteiro de Aguiar. A construção do conhecimento na modernidade e na pós-modernidade: Implicações para a universidade. **Revista Ensino Superior Unicamp**, 2014. Disponível em: <https://www.revistaensinosuperior.gr.unicamp.br/artigos/a-construcao-do-conhecimento-na-modernidade-e-na-pos-modernidade-implicacoes-para-a-universidade>

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo, Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. Do pamprinciologismo à concepção hipossuficiente de princípio. Revista de informação legislativa. **Revista de Informação Legislativa**, 2012.

Disponível em:

<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496574/000952675.pdf>. Acesso em 01 de abr. 2024

TOURAINÉ, Alain. **Crítica de la modernidade**. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1994.

TOURAINÉ, Alain. **Um novo paradigma. Para compreender o Mundo de hoje**. Petrópolis: Vozes, 2007.

VAQUERO, Álvaro Núñez. Dogmática Jurídica. Eunomía. **Revista en Cultura de la Legalidad**, Nº 6, marzo – agosto 2014, pp. 245-260. Disponível:

[https://www.academia.edu/download/60262993/Dogmatica\\_Juridica20190811-105553-1xozu95.pdf](https://www.academia.edu/download/60262993/Dogmatica_Juridica20190811-105553-1xozu95.pdf). Acesso em: 25 de jul. 2022.

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. Editora Noeses, 2005

WARAT, Luis Alberto. Sobre la dogmática jurídica. **Seqüência: estudos jurídicos e políticos**, 1981, 2.2: 33-55. Disponível em:

<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4818191.pdf>. Acesso em 25 de jul. 2020