



Rua Henrique Schauman, 270, Cerqueira César – São Paulo – SP
 CEP 05413-909
 PBX: (11) 3613 3000
 SAC: 0800 011 7875
 De 2ª a 6ª, das 8:30 às 19:30
 www.editorasaraiva.com.br/contato

ISBN 978-85-02-62506-8

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
 (Centro Brasileiro de Livro, SP, Brasil)

Vesting, Thomas
 Teoria do direito : uma introdução / Thomas Vesting. – São Paulo : Saraiva, 2015. – (Série IDP : linha direito comparado)

I. Direito - Filosofia 2. Direito - Teoria I. Título. II. Série.

14-13491 CDU:340.11

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito : Teoria 340.11
 2. Teoria geral do direito 340.11

Data de fechamento da edição: 13-2-2015

Dúvidas?

Acesse www.editorasaraiva.com.br/direito

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva. A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo art. 184 do Código Penal.

139.586.001.001

Produção gráfica Marli Rampini
Impressão Gráfica Pym
Achamento Gráfica Pym

Capa Mayara Enahão
Talhão dos Santos Romão

Serviços editoriais Elaine Cristina do Silva

Kelli Priscila Pinto

Séssio Aoki

Ara Beatriz Fraga Moreira (cooks.)

Amélia Kassis Wind e

Jessica Siqueira

Ana Cristina Garcia (cooks.)

Cláudia Boreachi Maia

Maia Izabel Boreachi Bressan e

Cláudia Boreachi Bressan e

Cláudia Boreachi Bressan e

Cláudia Boreachi Bressan e

Cláudia Boreachi Bressan e

Cláudia Boreachi Bressan e

Cláudia Boreachi Bressan e

Cláudia Boreachi Bressan e

Cláudia Boreachi Bressan e

Cláudia Boreachi Bressan e

Cláudia Boreachi Bressan e

Cláudia Boreachi Bressan e

Cláudia Boreachi Bressan e

Cláudia Boreachi Bressan e

Cláudia Boreachi Bressan e

Cláudia Boreachi Bressan e

Cláudia Boreachi Bressan e

Cláudia Boreachi Bressan e

Cláudia Boreachi Bressan e

Cláudia Boreachi Bressan e

Cláudia Boreachi Bressan e

Cláudia Boreachi Bressan e

Cláudia Boreachi Bressan e

Cláudia Boreachi Bressan e

Cláudia Boreachi Bressan e

Cláudia Boreachi Bressan e

Cláudia Boreachi Bressan e

Cláudia Boreachi Bressan e

Cláudia Boreachi Bressan e

Cláudia Boreachi Bressan e

Cláudia Boreachi Bressan e

Cláudia Boreachi Bressan e

Cláudia Boreachi Bressan e

Cláudia Boreachi Bressan e

Cláudia Boreachi Bressan e

Índice de matérias

Prefácio à edição alemã..... 9
Prefácio à edição brasileira 13
Apresentação..... 23

Local e função

I. Emergência de uma fórmula de autodescrição 27
 1. Como teoria da norma 27
 2. A antiga sociologia do Direito 29
 3. Desenvolvidos recentes (teoria dos sistemas) 32
 II. Entre o interesse teórico e a orientação para a prática 36
 1. Observação de segunda ordem 36
 2. A teoria como forma de vida (Aristóteles) 40
 3. Da função da teoria do Direito 42
 III. Delimitações e imbricações 46
 1. Da dogmática do Direito 46
 2. Filosofia do Direito 52

Normas

I. Fundamentos 57

Wolfe com uma plasticidade praticamente insuperável: como diferença entre sede de conhecimento de um lado e consumo pemma-mente de outro, como tentativa de dar lugar à *bios theoretikos* também hoje, em oposição à vida de um *frat boy* como Hoyt Thorpe, cujo interesse pela universidade e pela ciência esgota-se em bebedeiras e na "carne fresca".

III. DELIMITAÇÕES E IMBRICAÇÕES

1. Da dogmática do Direito

(19) O emprego da fórmula de autodescrição "dogmática do Direito" em um sentido delimitado pela ciência do Direito é um fenômeno relativamente recente. A dogmática do Direito, assim como a teoria do Direito, é um efeito da divergência de perspectivas de observadores no sistema jurídico, resultado da diferenciação da *expertise* jurídica no nível da observação de segunda ordem. Enquanto, desde os anos 1920, a necessidade de uma reflexão teórica do sistema jurídico independente da solução de casos concretos e problemas jurídicos (nos respectivos ordenamentos jurídicos nacionais) começou a articular-se com a teoria do Direito, surgiu em contrapartida, na segunda metade desse século, a necessidade da autoverificação disciplinar de enunciados sobre o Direito praticado. A trajetória da dogmática do Direito foi lançada principalmente pelas necessidades de um ensino universitário orientado para a prática judiciária⁴⁷, sobretudo no Direito privado, enquanto o Direito público continua sendo fortemente orientado pela interdisciplinaridade. Em todo caso, o Direito público, por estar orientado até hoje, permanentemente, pelas ciências estatais, nunca desenvolveu um cânone uniformemente dogmático semelhante ao Direito Privado.

47 Trabalhos importantes sobre esse tema são, entre outros, F. Wieacker, *Zur praktischen Leistung der Rechtsdogmatik*, 1970, p. 311 e s.; W. Brohm, *Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung*, VVDStRL 30 (1972), p. 245 e s.; N. Luhmann, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, 1974.

(20) Enquanto prevaleceu, durante longo tempo, o entendimento de que os juristas retomaram o conceito de uma dogmática – transmitido por Christian Wolff – dos teólogos, desde um trabalho da autoria de Herberger, vem-se evidenciando a proximidade da dogmática jurídica com a "teoria das ciências médicas" e com os aspectos reflexivos nela baseados⁴⁸. Essa polêmica pode ser deixada de lado em uma introdução à teoria do Direito. Ainda que a palavra grego-latina *dogma* (doutrina ou teoria) ou seu plural, *dogmata*, possa encontrar referência em uma ou outra fonte da ciência do Direito romano, elas nunca empregam designações tais como "dogmática do Direito" ou "dogmática jurídica" com um significado diverso de ciência do Direito. O Direito romano dos juristas descrevia a si mesmo como *iuris prudentia*, Cicero fala, eventualmente, de *praecepta*. O Direito romano da Idade Média tampouco conhecia uma semântica exata, um saber expressamente compilado sob o nome de "dogmática do Direito" e considerado digno de conservação⁴⁹. O século XIX também não fazia nenhuma distinção digna de menção no emprego das fórmulas de autodescrição, tais como ciência do Direito e dogmática do Direito. Quando von Gerber, por exemplo, no prefácio de seu *Grundzügen eines Systems des deutschen Staatsrechts* [Fundamentos de um sistema do Direito público alemão], de 1865, cobrou a "necessidade de uma indicação mais precisa e correta dos conceitos dogmáticos fundamentais"⁵⁰, ele também poderia ter falado de conceitos fundamentais da ciência do Direito sem que isso tivesse alterado algo na matéria. Também para Laband, a dogmática do Direito era um sinônimo de ciência

48 A esse respeito, cf. a entrada "dogmática do Direito" em: *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, v. 8, 1992.

49 Por isso, F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 1996, p. 49, por exemplo, fala de um espírito da dogmática, que estaria fundado em uma "associação entre crença de autoridade e formalismo intelectual" (54), em um "processo de conhecimento, cujas condições e princípios fundamentais são previamente definidos por uma autoridade".

50 C.F. von Gerber, *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts*, 1865, VIII.

do Direito (positivista)⁵¹. Em 1932, Radbruch ainda situava a dogmática do Direito em uma "lógica da ciência do Direito" global⁵².

(21) Grosso modo, é possível distinguir dois significados de dogmática do Direito, ainda que, atualmente, a autopercepção da dogmática do Direito seja tudo menos clara⁵³. A dogmática do Direito pode, por um lado, estar orientada para a solução de problemas casuísticos e, por conseguinte, trabalhar na formulação escrita, na indicação precisa e no aperfeiçoamento de regras e conceitos do Direito, como, e.g., na delimitação recíproca e na definição de conceitos, tais como propriedade e posse, contrato e ato ilícito, ato administrativo e ato real, discricionariedade e margem de apreciação; para tanto, a dogmática do Direito é auxiliada principalmente pela capacidade, desenvolvida na tradição do Direito romano, de um pensamento guiado pela diferenciação (diacrítico). O objetivo da dogmática é, portanto, registrar por escrito o significado das regras e conceitos obtidos a partir de casos, de modo que eles necessitem da mínima problematização possível quando aplicados novamente a outros casos (e contextos). Se a avaliação do desempenho da candidatura Stegner no exame de Estado para conclusão do curso de Direito em 13 de outubro de 2006 demonstra ser apenas limitadamente suscetível de verificação judicial, isso também se aplica aos desempenhos de todos os outros candidatos que prestaram o exame nessa data e para o exame de Estado para conclusão do curso de Direito aplicado no dia seguinte. A dogmática do Direito gera repetidamente, a partir de soluções corretas de problemas, conceitos e regras manejáveis, assegurando-os, através de rotinas interpretativas o mais estáveis possível, contra questionamentos infundáveis. Ela reduz experiências, como uma função matemática ou uma integral, "de modo que elas não precisam ser novamente calculadas a cada vez"⁵⁴.

51 P. Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, v. 1 (1911), 1964, prefácio, IX; id., *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, v. 2 (1911), 1964, 178.

52 G. Radbruch, *Rechtsphilosophie* (1932), 2003, p. 106.

53 A esse respeito, cf. os inventários recentes em Pöcker (nota 39), *manuscripto*, p. 136 e s.; Schulte (nota 33), p. 767 e s., 770 e s.

54 F. Wieacker, *Diskussionsbeitrag*, 1989, p. 83, 84; em outro momento, Wieacker também fala de uma "arte de solucionar problemas jurídicos".

Acompanhando Esser, poder-se-ia também formular que a dogmática do Direito constrói regras de parada para o raciocínio que busca justificativas⁵⁵. Partindo-se desse tipo, é possível designar a dogmática do Direito como expressão global da necessidade de argumentação conceitual no Direito⁵⁶.

(22) Na Alemanha, contudo, o conceito de dogmática do Direito está configurado de modo muito mais rigoroso. A dogmática do Direito não se estende apenas ao aprendizado orientado para o caso, como acontecia, por exemplo, no Direito romano, onde esta era a orientação primordial, e como acontece até hoje no *Common Law*. Desde a Escola Histórica do Direito, a dogmática do Direito está indissociavelmente ligada ao conceito de sistema da visão mecanicista do mundo, i. e., da ideia de que todo o material jurídico pode ser hierarquicamente dividido, sistematizado segundo aspectos lógicos e atribuído a um rudimento, um princípio. O ponto de referência aqui é uma "referência de sentido racionalista"⁵⁷, a ideia da produção de vinculatoriedade jurídica através de aplicação do Direito e de subsunção. Para tanto, primeiramente, constrói-se um nexo ordenador (sem lacunas) para a interpretação de princípios singulares do Direito, para, então, ser possível deduzir do sistema soluções de casos através de determinados métodos interpretativos (procedimentos), como, e.g., a conclusão por analogia. Trata-se mais aqui da necessidade de argumentação sistemática no Direito. Ambos os aspectos da dogmática do Direito, tanto a argumentação conceitual quanto a sistemática, constituem o núcleo da cultura jurídica ocidental (europeia); suas capacidades de armazenamento devem estar pressupostas nas operações cotidianas, mas a riqueza de informações da dogmática do Direito não poderia ser substituída pela teoria do Direito, cuja aplicação é muito mais abstrata. Essa reflexão também mostra, mais uma vez, por que a teoria do Direito não reina sobre

55 J. Esser, *Juristisches Argumentieren im Wandel des Rechtsfindungskonzepts unseres Jahrhunderts*, 1979, p. 20 e s.

56 Luhmann (nota 18), p. 387.

57 Pöcker (nota 39), *manuscripto*, p. 48 e s. ("ideia da aplicação racionalista da regra do Direito").

a dogmática do Direito, mas sim se comunica e concorre com ela em um mesmo nível.

(23) A formação de regras ao longo da flutuação dos casos e das experiências por eles alimentadas constitui o núcleo real da dogmática do Direito. Nisso a dogmática do Direito também se distingue da teoria metodológica jurídica, cuja finalidade é a busca por procedimentos abstratos, pelo caminho correto (gr. *hodos*) para o Direito vigente. A dogmática do Direito enfatiza o caráter local da racionalidade jurídica, o aprendizado caso a caso e age de modo bastante comedido em relação à formação de regras abstratas, e, g., os procedimentos gerais da interpretação de textos. *Non ex regula ius sumatur, sed ex iure, quod est, regula fiat.* Não se extrai o Direito da regra, mas sim a regra do Direito, tal como ele é – diz uma marcante expressão do Direito romano⁵⁸. A Escola Histórica do Direito foi a primeira a transformar o pensamento jurídico casuístico do Direito romano em um procedimento sistemático universal para a interpretação de textos jurídicos, tal como Savigny o apresentou, mais tarde, no âmbito da teoria das fontes do Direito, como “elementos da interpretação”⁵⁹. A hermenêutica também busca um asseguramento da interpretação (autêntica) de textos jurídicos, embora não mais no sentido de um entendimento baseado na unidade e na coerência de um sistema previamente construído de forma lógica, mas sim tomando como referência de todo e qualquer ato interpretativo uma “pré-compreensão comum”, que, como o sistema do positivismo jurídico, pressupõe-se autossustentável (sistema como sujeito portador de suas próprias operações).

O tipo europeu continental da dogmática sistematizadora do Direito funciona sem nenhum problema, enquanto a dogmática tiver consciência de sua própria força criadora do Direito. Assim ocorreu com toda certeza até o final do século XIX. Como as transformações dentro e fora do sistema jurídico, tal qual, e, g., o cresci-

58 *Digestos* 50. 17. 1 (tradução de S. Lepsius); a esse respeito, P. Stein, *Regulae iuris*, 1966.
59 Savigny (nota 1), p. 213.

mento atual da atividade judiciária e legislativa, enorme se comparado ao século XIX, não são mais submetidas a uma reflexão suficiente na dogmática do Direito atual, esta corre o risco de desviar a ciência do Direito para uma linha desativada. Pelo menos, recentemente, multiplicam-se os sinais da dificuldade, para a dogmática do Direito convencional, de refletir de modo suficiente o maior controle externo do Direito pela jurisdição estatal e pelo sistema político; algumas vezes, a dogmática chega até mesmo a passar a impressão de pretender simplesmente devolver à jurisprudência ou ao legislador suas próprias contribuições em termos de argumentação conceitual e sistemática. As insuficiências da *expertise* resultante dessa postura tornam-se visíveis, hoje, por exemplo, no Direito público, no trato com a jurisprudência casuística do Tribunal Constitucional Alemão e do Tribunal Europeu. A jurisprudência relativa aos direitos fundamentais do Tribunal Constitucional Alemão, que acaba resultando numa desvalorização dos direitos fundamentais através da ponderação ilimitada, é tratada pela dogmática dos direitos fundamentais, muitas vezes, com uma crítica acerba, mas raramente com reflexões metodológicas próprias⁶⁰. E, no Direito Europeu, pode-se observar um “glosarismo do Tribunal Europeu”⁶¹, cuja autonomia resume-se em reproduzir e esperar decisões do Tribunal Europeu para saber se os problemas que aguardam solução serão resolvidos na próxima decisão. Tampouco nesses contextos, a teoria do Direito é capaz de deslindar todos os problemas. Mas ela pode ajudar a criar uma distância em relação à dogmática e a tornar claras as defasagens fundamentais na arquitetura do sistema jurídico, i.e., a lembrar à dogmática jurídica as premissas implícitas de suas rotinas comunicativas, as condicionalidades sociais e históricas de seus conceitos e representações.

60 Ladeur, *Der Staat gegen die Gesellschaft*, 2006, p. 343 e s.; id., *Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik*, 2004, p. 80 e s. (com remissão a exceções – trabalhos recentes de C. Möllers, O. Lepsius e C. Engel).
61 R. Wahl, *Erklären staatsrechtliche Leitbegriffe die Europäische Union?*, JZ 19 (2005), p. 916, 917.

2. Filosofia do Direito

(24) Na Alemanha, a Filosofia do Direito estabeleceu-se como disciplina especializada a partir de uma concorrência com a ciência do Direito, que surgiu aproximadamente ao mesmo tempo. Enquanto o emprego do termo “ciência do Direito” já estava em voga no fim do século XVIII, o termo “filosofia do Direito” [Rechtsphilosophie] somente passou a ser usado perto da virada do século, na realidade, na segunda metade do século XIX⁶². Por volta de 1800, Kant ainda falava de “teoria do Direito” [Rechtslehre], Hegel, vinte anos depois, falou de “filosofia do Direito” [Philosophie des Rechts] ou – em oposição a Hugo (e Savigny) – de “ciência filosófica do Direito”⁶³. A teoria do Direito kantiana e a filosofia do Direito hegeliana eram, por sua vez, parte da formação discursiva oriunda do Direito natural moderno (formal) dos séculos XVII e XVIII, que está associada à teoria do contrato social e a nomes como Hobbes, Locke, Smith e Rousseau, entre outros. Por isso, a filosofia do Direito não pode ser dissociada da questão, retomada do Direito natural, sobre o correto ordenamento estatal ou social. A teoria do Direito kantiana e a filosofia do Direito hegeliana são empreendimentos intelectuais no processo da imposição dos princípios liberais contra a sociedade nobiliárquica tradicional (estamental). É isso que distingue a filosofia do Direito da teoria do Direito, que somente surgiu após a consolidação da sociedade moderna (liberal) e conseguiu pressupor o Direito desde o início como um sistema autônomo com liberdade de propriedade e de contrato, direitos fundamentais, reserva legal, constituição etc.

(25) Em razão das condições históricas de seu surgimento, a filosofia do Direito até hoje está fortemente programada para a realização global de uma sociedade justa através do Direito correto. Isso a distingue, por exemplo, dos tipos descritivos de menor ênfase, tais como eles são mantidos em escritórios de advocacia, tribunais, de-

partamentos jurídicos de empresas e órgãos da administração pública, órgãos legislativos e também na teoria do Direito. Com efeito, a filosofia do Direito, em seu período de formação, tinha seu interesse totalmente voltado para o Direito codificado e institutos jurídicos singulares, como propriedade, contrato, Direito matrimonial, jurisprudentia etc. Contudo, autores como Kant e Hegel desenvolveram seus conhecimentos não a partir dos casos da experiência, mas sim de princípios gerais, de “rudimentos metafísicos” (Kant) ou a partir de uma “ideia” (Hegel) que se realiza através dos níveis do Direito abstrato, da moralidade e dos costumes. Aqui, Direito e moral nem sempre estavam claramente dissociados, e ainda hoje, a filosofia do Direito tem como objetivo uma fundamentação filosófico-estatal ou filosófico-moral do Direito vigente, para que este, por sua vez, possa ser elevado – com a ajuda da filosofia do Direito – ao nível da racionalidade substancial. O ponto de fuga da filosofia do Direito é, afinal, uma sociedade realizadora da justiça.

(26) Esse ênfático excedente de justiça tem repercussões, principalmente, sobre a relação da filosofia do Direito com a ciência do Direito. A filosofia do Direito vê a si mesma como parte da filosofia. Radbruch, que propôs a última filosofia do Direito clássica, ainda parte muito naturalmente do princípio de que “a filosofia do Direito é uma parte da filosofia”⁶⁴. Isso também é lógico, pois era justamente na filosofia idealista alemã que a filosofia era responsável pela formação da unidade e do caráter absoluto do conhecimento e de seus princípios sustentadores. Esta é uma diferença importante em relação à teoria do Direito, na medida em que esta deve ser relacionada com as formas da autodescrição (mas não de descrição externa) do sistema jurídico e, por conseguinte – sob o aspecto institucional –, pertence às faculdades jurídicas e não filosóficas. Nós, em todo caso, relacionaríamos a teoria do Direito, institucionalmente, à ciência do Direito. O ponto de referência da teoria do Direito é o Direito praticado, ainda que a teoria do Direito, como forma de *expertise* jurídica altamente enriquecida pela ciência, comunique-se mais intimamente com as disciplinas humanas e naturais análogas do que,

62 Cf. a entrada “filosofia do Direito”, in: *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, v. 8, 1992.

63 G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (1821), Obras Completas, v. 7, 1970, § 1; sobre a relação Hegel/Hugo, cf. os comentários de J. Ritter, *Metaphysik und Politik*, 1969, p. 262, nota 6.

64 Radbruch (nota 52), p. 8.

por exemplo, com a dogmática do Direito; como metateoria, a teoria do Direito atua sempre em um meio “policontextual”, entre as ciências do Direito e as ciências análogas.⁶⁵

(27) Hoje, a filosofia do Direito é praticada, primariamente, em duas variantes. Primeiramente, a filosofia do Direito entende-se como “filosofia do Direito e do Estado”. Por trás desse autoentendimento está, afinal, a ideia do “Estado de Direito”, originária do século XIX e segundo a qual o Direito e o Estado nacional estão estreitamente associados em um sistema jurídico-político, que em contra sua unidade no constitucionalismo do Estado moderno, no Estado constitucional. Enquanto, para a teoria do Direito, a unidade e a capacidade de coesão do sistema jurídico são o produto de uma práxis jurídica recursiva (e de seu outro aspecto, a formação de convenções sociais – cf. parágrafos 182 e s.), o Direito da filosofia do Direito e do Estado está apoiado em um suporte político. Esse suporte repousa na forma do poder, concebido como poder político ou como meio legítimo de coerção estatal, ou seja, e.g., na existência de um aparelho de execução estatal que garante a imposição de uma preensão de pagamento controversa entre duas partes privadas. Essa ligação entre poder e Direito também é conhecida na teoria do Direito anglo-americana através da influência de Hobbes e Austin⁶⁶, mas foi somente na tradição alemã – sob influência da divinização hegeliana do Estado prussiano (o Estado como “realidade da ideia moral”⁶⁷) – que ela deu origem a uma filosofia do Direito e do Estado própria. Hoje, a filosofia do Direito e do Estado é defendida proeminentemente por Böckenförde e Hofmann.⁶⁸ Ambos os autores inserem a

65 Sobre o pano de fundo do conceito de policontextualidade, cf. Luhmann (nota 28), p. 666 e s.

66 Cf. apenas Hart (nota 5), p. 20 e s. (*Law as coercive orders*).

67 Hegel (nota 63), § 257, Estado = “realidade da liberdade concreta”, a “unidade substancial” (§ 260), em que o Direito encontra seu nível mais alto e – neutralizando elementos subjetivos e objetivos do Direito moderno nos outros – manifesta-se como expressão da certeza da razão-concreta, como “o razoável em si” (§ 258).

68 E.-W. Böckenförde, *Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie*, 2002; H. Hofmann, *Einführung in die Rechts- und Staatsphilosophie*, 2000.

reflexão do Direito no contexto da história das ideias políticas e limitam os contatos interdisciplinares da filosofia do Direito aos contatos com a filosofia política.⁶⁹

(28) Na segunda variante da filosofia do Direito, a teoria discursiva do Direito, a dependência do Direito de processos deliberativos (do latim, *deliberatio*, consulta, reflexão) ocupa o centro do interesse de pesquisa. Aqui, a filosofia do Direito é metamorfoseada em uma ciência de justificação do Direito, que intensifica a questão lançada já na sociologia da dominação de Weber sobre a “legitimidade” do “Direito estatuído”, transformando-a em um discurso constante orientado para o consenso. O Direito é reduzido à legitimação ou aos processos democráticos de sua produção, e a própria teoria discursiva, por assim dizer, é condicionada – antiteticamente – ao Estado e à política. Em vez de invalidar toda e qualquer justificação do Direito orientada para uma unidade substancial última, a teoria discursiva parte do princípio de que o ato comunicativo orientado para o consenso fornece uma base empírica para que se possam encontrar enunciados científicos definitivos sobre a validade ou a legitimidade de procedimentos de produção do Direito e recomendá-los como práxis. Isso resulta em um louvor da “sociedade civil”, expressão que faz referência não tanto às instituições da democracia representativa, do Estado de partidos e associações, mas a movimentos sociais de todo tipo (movimento antiatômico, movimento feminista, opositores da globalização etc.), que são considerados como o correto necessário em relação às instituições convencionais.

(29) O pai intelectual da teoria discursiva do Direito é Habermas. No contexto da teoria da ação comunicativa (orientada para o consenso) por ele elaborada nos anos 1980, Habermas esboçou uma filosofia do Direito que encontrou sua formulação quicá mais concludente em *Faktizität und Geltung [Faticidade e Validade]* – traduzido para o português como *Direito e Democracia* (1992). Em Habermas, trata-se de nada menos que uma abordagem abrangente sobre a fundação da obstinação tanto do Direito moderno quanto do Estado constitucional democrático em um conceito de justiça

69 Wahl (nota 61), p. 916, 917 (em uma apreciação da obra de H. Hofmann).

procedimental ou no discurso público. Também em Habermas existe a pressuposição de uma estreita ligação entre Direito e política, a diferença entre filosofia do Direito e filosofia do Estado consiste apenas no fato de a pretensão de unidade não ser mais dirigida ao Estado de modo direto, mas sim desviada através da ideia de uma comunidade linguística que pode ser entendida como “associação voluntária de juriconsortes livres e iguais”⁷⁰. O paradoxo de fundamentação do Direito moderno acaba por chegar à “esfera pública democrática”, onde é permanentemente processado, enquanto, por exemplo, o ambiente econômico do sistema jurídico e os modelos de conduta espontâneos da “sociedade de Direito privado” (Böhm) são percebidos, mais, como cenário ameaçador⁷¹.

Na filosofia do Direito, os trabalhos de Alexy, por exemplo, tocam como referência os trabalhos preliminares de Habermas. Alexy tenta atualizar a herança jurídico-filosófica de uma garantia substancial de correção do Direito, transformando-a em um rudimento metafísico com a ajuda de uma teoria do discurso racional (prático) e convertê-la em uma teoria da justificação jurídica. Além da distinção – baseada, entre outros, em Dworkin – entre princípios (*principles*) e regras (*rules*), Alexy desenvolveu a noção de princípios jurídicos como mandamentos de otimização suscetíveis de ponderação recíproca e aplicou a teoria do discurso racional (prático) à jurisprudência ponderadora do Tribunal Constitucional alemão⁷². Outros autores, como, e.g., Günther, aproveitam a teoria discursiva do Direito para uma remodelação de normas colidentes no momento da heurística jurídica (sentido de adequação)⁷³. Frankenberg tenta tornar os teoremas da teoria discursiva úteis à solução de problemas do Estado constitucional e da democracia global⁷⁴.

70 J. Habermas, *Faktizität und Geltung*, 1992, p. 143.

71 Sobre a crítica, cf. apenas Ladeur (nota 28), p. 137 e s.; id., *Discursive Ethics as Constitutional Theory*, *Ratio Juris* 13 (2000), p. 95 e s.

72 R. Alexy, *Theorie der Juristischen Argumentation*, 1983, p. 75 e s., 498 e s.; a esse respeito, análise crítica de M. Jestaedt, *Grundrechtsentfaltung im Gesetz*, 1999, p. 206 e s.

73 K. Günther, *Der Sinn für Angemessenheit*, 1988, especialmente p. 335 e s.
74 P. ex., G. Frankenberg, *Autorität und Integration*, 2003.

2

Normas

I. FUNDAMENTOS

1. Tipos e conceitos

(30) As normas jurídicas pressupõem o meio da escrita e suas formas, especialmente o enunciado (escrito). Por isso, também se fala de “*enunciados jurídicos*”, em vez de “normas jurídicas” ou “regras jurídicas”; no século XIX, o emprego desse conceito (enunciado jurídico) era até mesmo dominante. Os três conceitos são empregados aqui como sinônimos, e talvez possamos distinguir quatro tipos de enunciados jurídicos: cláusulas contratuais, regras jurídicas, normas decisórias judiciais e leis. São designadas como “cláusulas contratuais” as normas relativas aos negócios jurídicos, como, e.g., aquelas sobre a modalidade de pagamento em um contrato de locação. “Regras jurídicas” (*regulae iuris*) é o nome dado àquelas normas jurídicas cuja origem pode ser diretamente atribuída à *expertise* jurídico-científica, como, e.g., a construção do contrato informal ao Direito romano dos juristas.¹ “Normas decisórias judiciais” (*case law*) são os enunciados jurídicos sustentados pela juris-

1 Cf. apenas K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 1991, p. 250 e s. (teoria do enunciado jurídico).

2 *Digest* 2. 14. 7; 50. 16. 19; a esse respeito, M. Th. Fögen, *Fälle und Formeln*, RG 6 (2005), p. 84 e s.