

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE DOGMÁTICA JURÍDICA, CIÊNCIA DA LEGISLAÇÃO E TEORIA DA LEGISLAÇÃO

BRIEF CONSIDERATIONS ABOUT LEGAL DOGMATICS, SCIENCE LAW AND THEORY OF LAW

*Adalberto Narciso Hommerding¹
Ariele Dutra Lopes²*

Resumo: No contexto da pós-modernidade, o multiculturalismo, a diversidade e o pluralismo suscitam questões no âmbito jurídico que exigem uma compreensão do Direito que vai além do âmbito da aplicação judicial. O presente artigo pretende tecer breves considerações sobre Dogmática Jurídica, Ciência da Legislação e Teoria da Legislação considerando a ideia de que a Teoria do Direito deve voltar-se também para a produção de uma legislação racional decorrente de uma política legislativa adequada.

Palavras-chave: Dogmática Jurídica. Teoria da Legislação. Políticas legislativas.

Abstract: In the context of postmodernity, multiculturalism, diversity and pluralism rising legal issues under the law require an understanding the further on judicial application. This article intends to brief considerations on Dogmatic Legal, Legislation Science and Theory of Law considering the idea that legal theory must turn also to the production of legislation arising from a rational legislative policy properly.

Key words: Dogmatic Legal. Legislation Science. Legislative policies.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Uma boa aplicação do direito depende, consideravelmente, da existência de uma legislação racional produto de uma política legislativa adequada, e não só da “aptidão interpretativa dos juízes”. Dito de outro modo, como nem todos os juízes são “filósofos” ou “grandes hermeneutas” (aliás, diante da complexidade social contemporânea, parece que “tempo” para isso não mais existe, infelizmente), e como exigir dos juízes, quando decidem os casos, uma coerente e íntegra argumentação moral (no sentido dworkiniano, que vê o Direito imbricado cooriginariamente com a moral) quando nem as próprias partes conseguem invocar adequados argumentos morais (falamos aqui de moralidade política, e não da moral das partes ou do juiz) parece ser uma tarefa extremamente “complicada” “aplicar o direito”. Mais que levar em conta as “possibilidades hermenêuticas” dos juízes, passa, primeiramente, por produzi-lo (ele, o Direito, a lei) adequadamente, obedecendo a uma racionalidade legislativa que, como ensina Manuel Atienza³,

¹ Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Alicante, Espanha (2012), Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS (2005), Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC (2001), Magistrado na Comarca de Santa Rosa e Professor de Graduação, Pós-graduação e Mestrado na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, campus de Santo Ângelo-RS. Instituições: URI. Email: adanarhom@via-rs.net.

² Mestranda em Direito na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI, bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul – FAPERGS/CAPES, Pós-graduada em Direito Público pela UNIDERP - Universidade Anhanguera, Graduada em Direito pelo Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Angelo-RS – IESA. Instituição: Mestranda em Direito na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI. Email: ariadv@hotmail.com.

³ Sobretudo em ATIENZA, Manuel. *Contribución a una teoría de la legislación*. Madrid: Civitas, 1997.

não descuide dos diversos níveis pelos quais se poder mirar a racionalidade da lei (linguístico, jurídico-formal, pragmático, teleológico e ético).

Essa afirmação leva a que, no âmbito da Teoria do Direito, os juristas/filósofos do Direito, cada vez mais, tenham de se haver com uma maior preocupação com relação à chamada Teoria da Legislação. Não pode ser diferente! O ambiente multicultural, a diversidade e o pluralismo imperantes no contexto da pós-modernidade assim o pedem. Daí por que políticas legislativas, racionalidade legislativa e diversidade, por exemplo, devem andar de mãos dadas, devendo as duas primeiras se pautar pelo que de fato ocorre na sociedade multicultural e pelo que o Direito, considerado parte da moralidade política⁴, permite ou determina deva ser feito.

Atento a esse panorama, e sem entrar em maiores discussões sobre questões de diversidade, próprias do universo pós-moderno e multicultural, o presente artigo quer tecer algumas breves, embrionárias e preparatórias considerações (e, por outro lado, bastante “óbvias”, mas que por vezes passam despercebidas, ao menos no âmbito do Direito brasileiro) sobre Dogmática Jurídica, Ciência da Legislação e Teoria da Legislação, em especial em conformidade com o pensamento do Professor Manuel Atienza⁵, Catedrático de Filosofia do Direito na Universidade de Alicante, Espanha, buscando apontar alguns dos possíveis (e atuais) modos de vê-las. Assim, convidamos o leitor a visitar, a seguir, alguns desses possíveis “modos de ver” a Dogmática Jurídica, a Ciência da Legislação e a Teoria da Legislação, iniciando-se com algumas considerações acerca do produto das políticas e atividades legislativas, qual seja, a norma jurídica (não descuidando, é claro, de que também pode ser considerada um produto da atividade “judicial”), para, depois, adentrar propriamente no objeto temático a que o título faz referência.

1 A NORMA JURÍDICA COMO PRODUTO DA ATIVIDADE LEGISLATIVA

Falar de legislação e de política legislativa significa falar de “norma jurídica”, em um sentido tradicional, digamos assim. Cumpre, no entanto, elucidar aqui brevemente o que pode ser considerado “norma jurídica”, pois, se há um sentido mais “tradicional”, como dito, há sentidos que podem ser considerados “nem tão tradicionais” e que, em decorrência do tempo, da historicidade e da evolução, são produto de mutações inatacáveis (afinal, “o tempo é o nome do ser”, para lembrarmos um pouco de Martin Heidegger). Pois bem.

O termo “norma”, de acordo com algumas teorias da argumentação, pode ter vários sentidos⁶. Para alguns juristas, porém, a noção de norma está ligada à

⁴ Nesse sentido, consulte-se: DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs** Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

⁵ Em que pese a obra de Atienza sobre a temática já não poder ser considerada uma obra recente (“Contribución a una teoría de la legislación” é de 1997), a contribuição do professor espanhol continua atual, merecendo, por isso, ser valorizada como uma das condições de possibilidade para trabalhar a Teoria da Legislação e a problemática das políticas legislativas que não podem descurar da racionalidade na produção da lei. Ou seja, não pode haver políticas legislativas desvinculadas de uma boa Teoria da Legislação.

⁶ Confira-se: ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. **100 preguntas sobre conceptos básicos del derecho**. Alicante: Club Universitario, 1996.

ideia de “norma resultado”, noção decorrente de uma “metamorfose” ocorrida no próprio conceito de norma ao longo da história.

Nesse sentido, por exemplo, Antonio Enrique Pérez Luño:

se ha producido durante las últimas décadas una metamorfosis en el concepto de norma que tiene consecuencias inmediatas en la forma de concebir la función doctrinal. Hoy se tiende a sustituir la noción de norma jurídica como “norma dato”, es decir, las formulaciones promulgadas por el legislador, por la de ‘norma resultado’, que supone el momento completo y culminante de la elaboración normativa por los operadores jurídicos. De ello, se desprende que para las corrientes jurídicas metodológicas actuales la norma no es el presupuesto, sino el resultado de un proceso de elaboración e interpretación en el que a la doctrina le corresponde un protagonismo incuestionable⁷.

Para a Hermenêutica, por sua vez, a ideia central é a de que não há normas sem textos, pois estes constituem o pressuposto para a existência daquelas que, por conseguinte, são o produto da atribuição de sentido ao texto, que ocorre como um "evento" desde a intersubjetividade. Nessa perspectiva a norma é considerada como o resultado da atribuição de sentido ao texto, ou seja, o resultado da interpretação/aplicação de texto⁸.

Já a Teoria da Argumentação, em especial a sufragada por Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero, não nega o conceito de norma elaborado pela Hermenêutica, mas, como dito anteriormente, vislumbra significados diferentes quando se fala de norma, observando que, até dentro do mesmo sentido, pode assumir perspectivas muito diferentes⁹.

Uma dessas perspectivas, por exemplo, pode ser encontrada na ideia de norma como “ato de vontade”. De acordo com Isabel Lifante Vidal, não haveria

⁷ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **El desbordamiento de las fuentes del derecho**. Madrid: La Ley, 2011, p. 50.

⁸ Veja-se, na Alemanha, MÜLLER, Friedrich. **Direito, linguagem e violência**: elementos de uma teoria constitucional I. Tradução de Peter Naumann. Porto Alegre: Fabris, 1995. MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Porto Alegre: Síntese, 1999. No Brasil, sobretudo: STRECK, Lenio Luiz. **A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo) constitucionalismo**. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz et al (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005; STRECK, Lenio Luiz. **Constitucionalismo, jurisdição constitucional e estado democrático de direito**. In: **Anuário do programa de pós-graduação em direito. Mestrado e doutorado 2001**. Centro de ciências jurídicas. São Leopoldo: Unisinos, 2001; STRECK, Lenio Luiz. **Da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proibição deficiente (Untermassverbot): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais**. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, v. I n. 2, 2004; STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 3. Ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001; STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002; STRECK, Lenio Luiz. **Os meios de acesso do cidadão à jurisdição constitucional, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e a crise da eficácia da Constituição**. **Revista Ajuris**. Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, n. 81, XXVI, t. I, mar. 2001; STRECK, Lenio Luiz. **Quinze anos de Constituição – análise crítica da jurisdição constitucional e das possibilidades hermenêuticas de concretização dos direitos fundamentais sociais**. **Revista Ajuris**. Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, n. 92, a. XXX, dez. 2003; STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

⁹ Cfr. ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. **100 preguntas sobre conceptos básicos del derecho**, p. 9. Alicante: Club Universitario, 1996.

inconsistência em considerar a norma como o significado de um ato de vontade – aqui Isabel opera em um nível de interpretação autêntica de Kelsen – e que a interpretação – agora, Isabel tratará da interpretação não autêntica no sentido kelseniano – consiste em mostrar o quadro de significados que esta norma contém. Para Lifante Vidal, as normas, como entidades portadoras de significado, e não apenas texto, são objetos da interpretação, sendo possível falar da atividade de interpretação no sentido de que ela consiste em mostrar ou "perceber" esse significado. Assim, a partir da perspectiva da interpretação não autêntica, não seria a interpretação a atividade que "dá origem" à norma¹⁰.

Pretendemos trabalhar aqui com a ideia de norma como texto legal, ou seja, como produto legislativo, como lei, que, obviamente, possui diferentes possibilidades de apresentar diversas normas, embora a resposta (e a norma, portanto), também, obviamente, deva ser sempre "uma", fato do qual não há como escapar, logicamente. Como afirma Aulis Aarnio, "*o juiz tem [...] a obrigação de dar uma única resposta em cada caso*"¹¹. Assim, se interpretação é aplicação, como ensina Gadamer¹², na aplicação só haverá uma possibilidade e, para nós, deverá ser a mais correta possível, no sentido de que trata Ronald Dworkin¹³, aspecto acerca do qual não trataremos aqui¹⁴.

Em síntese, norma jurídica, do modo como aqui tratado, e tendo em vista os limites do presente artigo, é tida como sinônimo de lei, de produto da política e da atividade legislativa. Nesse sentido, falar de norma jurídica "como" lei é falar de um "produto" institucional que deveria decorrer de uma adequada Teoria da Legislação vinculada a uma adequada Ciência da Legislação e, por que não dizer, ligado a uma renovada Dogmática Jurídica capaz de abrigar o estudo das duas primeiras e (re)inserir, de uma vez por todas, a Teoria da Legislação no âmbito da Teoria do Direito. Sim, porque, se a Dogmática Jurídica está vinculada à Ciência do Direito e, por consequência, à Teoria do Direito, o fenômeno "norma jurídica", que constitui uma das preocupações centrais da Teoria do Direito, não pode ser analisado tão somente pelo prisma da "aplicação judicial do Direito", mas, também, pelo da "produção legislativa" que, assim como ocorre no âmbito da aplicação judicial, também deve pautar-se por modelos de racionalidade e pela ideia de Direito como moralidade institucionalizada.

¹⁰ Cfr. LIFANTE VIDAL, Isabel. **La interpretación jurídica en la teoría del derecho contemporánea**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, p. 64-65.

¹¹ AARNIO, Aulis. La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico. In: DOXA, **Cuadernos de Filosofía del Derecho**. Alicante: Centro de Estudios Constitucionales, n. 8, 1990.

¹² GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 3. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1999.

¹³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

¹⁴ Remetemos o leitor à leitura de: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002; DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Também: STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006; MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial**. Coleção Lenio Luiz Streck. Florianópolis: Conceito, 2010.

2 DOGMÁTICA JURÍDICA, CIÊNCIA DA LEGISLAÇÃO E TEORIA DA LEGISLAÇÃO

Feitas tais considerações, devemos seguir, então, para o que nos interessa: as considerações sobre Dogmática Jurídica, Ciência da Legislação e Teoria da Legislação, a partir dessa ideia de que a Teoria do Direito tem de voltar seus olhos para a racionalidade da produção legislativa, ou seja, para a produção da lei que, por sua vez e como consequência lógica, deve estar polarizada por uma adequada Teoria da Legislação. Vejamos.

A Dogmática Jurídica, segundo Manuel Atienza, pode ser considerada o "núcleo" da expressão "Ciência do Direito", que é mais ampla, englobando, também, a Sociologia do Direito, a Filosofia do Direito, a História do Direito, a Teoria Geral do Direito, etc. O mesmo acontece com a "Ciência da Legislação", cujo estudo admite variadas perspectivas, distinguindo-se de certa forma da Dogmática Jurídica¹⁵, já que esta parte das leis, normas legais, como uma realidade já dada, abordando os problemas relacionados com a interpretação/aplicação das normas jurídicas, enquanto aquela (que é geralmente chamada de "técnica" ou "teoria") se ocupa de uma atividade cujo resultado é a produção das leis e, portanto, num sentido tradicional, das normas jurídicas¹⁶.

Apesar de a Dogmática Jurídica partir das leis enquanto realidade já dada e a Ciência da Legislação ocupar-se de uma atividade cujo resultado é a produção de leis, há algo mais aí: a Dogmática Jurídica ocupa-se da interpretação do Direito enquanto resultado e também enquanto atividade; e a Ciência da Legislação se interessa também pela lei enquanto produto que deve conter certas características formais e produzir efeitos no sistema jurídico e social¹⁷.

Também a Dogmática Jurídica se interessa pelo "antes", porque o sentido de uma lei "às vezes" pode ser compreendido ao se remontar à fase anterior da promulgação. Por sua vez, a Ciência da Legislação não deixa de se interessar pelo "depois", porque a análise dos resultados produzidos pelas normas deve ser considerada como pressuposto essencial para enfrentar com êxito a tarefa de melhorar a legislação¹⁸.

Como dito, "às vezes" para compreender o sentido de uma lei deve-se voltar à fase anterior à sua promulgação. Na verdade, reconhecer que, para entender o sentido de uma lei, deva-se voltar à fase anterior à sua promulgação não implica que a "intenção do autor", no momento da aplicação da lei, deva jogar um "papel fundamental". Em outras palavras, a intenção do autor pode ser importante para o processo de interpretação, mas não essencial. Talvez possa ser dito que é necessária, mas nunca suficiente¹⁹.

¹⁵ Cfr. ATIENZA, Manuel. **Contribución a una teoría de la legislación**, p. 16-17.

¹⁶ *Idem*, p. 17.

¹⁷ *Idem*, p. 18.

¹⁸ *Idem*.

¹⁹ Sobre a temática consultar DWORKIN, Ronald. **La justicia con toga**. Tradução de Marisa Iglesias Vila e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2007; DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. Tradução de Jussara Simões. Revisão técnica e tradução de Cícero Araújo e Luiz Moreira. São Paulo: Martins Fontes, 2005; DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011; DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**: Response. Disponível em: <http://www.bu.edu/law/events/upcoming/documents/9.25.09.Ronald_Dworkin_Brochure_Panels.pdf>. Também: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002; DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a

Tanto a dogmática quanto a Ciência da Legislação incluem momentos descritivos e prescritivos. Assim, descarta-se a afirmação de que a Dogmática Jurídica só se ocupa do que "é" o Direito e a Ciência da Legislação, de como "deve ser" o Direito. Daí por que não há sentido em formular propostas sobre como deve ser o Direito se não se sabe antes "o que é" ou "como é". Vejamos, por exemplo, que a Dogmática Jurídica – e a lição aqui é de Manuel Atienza – é normativa quanto ao seu objeto, método e função, porque o jurista dogmático ajuda a moldar o material normativo que é seu próprio objeto de estudo. A Dogmática Jurídica parte das leis como "dados", ou seja, como "material preexistente" que deve ser usado para atingir melhor resultado da interpretação/aplicação do direito. Por isso se dirige aos aplicadores do Direito (Juízes, advogados, etc.). Já a técnica legislativa toma como dado as leis, normas jurídicas já existentes, juntamente com as necessidades sociais, as características especiais da linguagem do Direito e, a partir daí, pretende como resultado a otimização da produção das normas provenientes dos órgãos legislativos e administrativos. Por conseguinte, é dirigida aos políticos, aos membros do Legislativo e da Administração (altos órgãos e funcionários)²⁰. Por isso faz sentido falar, neste âmbito, das políticas, as *Policies*, de que trata Dworkin, enquanto que dos princípios cabe falar no âmbito do Poder Judiciário que é o "fórum do princípio".

As perspectivas pelas quais se pode olhar para o Direito levam a considerar também, segundo Atienza, que: a) a Dogmática Jurídica é orientada para a produção de novo Direito quando compreendido, por exemplo, que o Juiz estabelece uma nova norma, ou seja, quando se compreende que a sentença é uma norma, um ato de produção de Direito; b) a técnica legislativa tem a ver com a interpretação/aplicação do Direito porque, ao produzir-se uma nova lei, uma norma em termos gerais e abstratos, se está também interpretando/aplicando outras. Assim, as leis se distinguem das outras normas jurídicas pelo órgão e pelo procedimento de produção, sendo que os critérios de generalidade e abstração para distinguir os âmbitos da legislação e da jurisdição, em si, são muito relativos, uma vez que pode um Parlamento ditar regras específicas e concretas, e um tribunal proferir uma decisão com alcance geral e abstrato, como ocorre nas decisões dos tribunais constitucionais²¹.

Para Atienza, há, ainda, uma "proximidade" entre Dogmática Jurídica e ciência ou técnica da legislação no que diz respeito aos tipos de conhecimento ou habilidades que cada uma delas requer. Veja-se que o jurista dogmático assim como o "jurista prático" (com todos os problemas que esta expressão pode gerar, uma vez que, hermeneuticamente, não é possível cindir teoria e prática) deve ser um conhecedor das normas jurídicas do Direito vigente. Mas isso não é suficiente. O dogmático também tem que conhecer a "realidade social", os problemas de linguagem conectados com a interpretação de textos e também com sua redação.

leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. Revisão técnica de Alberto Alonso Muñoz. São Paulo: Martins Fontes, 2006; DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. 2. ed. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica de Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Martins Fontes, 2003; DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2. ed. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005. No Brasil, sobre o tema, ainda que o texto da obra tenha sido redigido em castelhano, uma vez que a distribuição do livro também é realizada na Espanha, sugerimos consultar: HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Teoría de la legislación y Derecho como integridad**. Curitiba: Juruá, 2012.

²⁰ Cfr. ATIENZA, Manuel. **Contribución a una teoría de la legislación**, p. 18-19.

²¹ *Idem*, p. 20.

Ocorre o mesmo com o técnico legislativo que, além de conhecer a realidade social, as necessidades sociais, a linguagem do Direito, deve também conhecer as normas e, em especial, o tratamento das normas “técnicas.

É o que afirma Maria Jesus Montoro Chiner:

En el plano jurídico dogmático y constitucional, la norma es la rectora de las conductas en el Estado de Derecho. Según las Constituciones modernas, el poder legislativo dirige la conducta de los individuos en función de los objetivos constitucionales y de las determinaciones de principios de cada Constitución. Para ello, las normas establecen unos supuestos de hecho que definen y ligan las consecuencias jurídicas queridas por el legislador. A la técnica legislativa y a la Ciencia de la legislación nunca se le ha planteado una cuestión tan apasionante como la del tratamiento de las normas técnicas²².

Outra coincidência entre a Dogmática Jurídica e a técnica legislativa reside no fato de que ambas têm pretensões de obter resultados práticos valendo-se de alguns conhecimentos e dados prévios, além de buscar conhecer e explicar a realidade das coisas²³. Em conclusão, dadas as aproximações entre uma e outra, e dadas as suas naturais distinções, que são, por tudo que foi dito, "muito relativas", é possível dizer que ambas constituem "técnicas" que se referem a momentos distintos de uma mesma realidade do Direito. Englobadas, constituem o que Atienza, com base em Albert²⁴, chama de "técnica jurídica"²⁵.

Agora, por que a técnica jurídica não se desenvolveu mais fortemente no contexto do Direito também como técnica legislativa? Bem, há algumas razões para isso. Veja-se que a Dogmática Jurídica é muito antiga. Surgiu em Roma com o aparecimento do jurista, o que levou à profissionalização da interpretação/aplicação do Direito²⁶. Os romanos, ao contrário dos gregos, eram pessoas muito práticas e pouco inclinadas à meditação e à especulação desinteressadas. Assim, não deram origem a sistemas filosóficos originais, mas, como ensina Guido Fassò, por terem essa vocação pela vida prática, surgiu um

²² MONTORO CHINER, María Jesús. **La evaluación de las normas**. Racionalidad y eficiencia. Barcelona: Atelier, 2001., p. 47-48.

²³ ATIENZA, Manuel. **Contribución a una teoría de la legislación**, p. 21.

²⁴ Consultar ALBERT, H. **Critical rationalism: the problem of method in social sciences and law**. Ratio Juris, 1, 1, p. 1-19.

²⁵ ATIENZA, Manuel. **Contribución a una teoría de la legislación**, p. 22.

²⁶ Idem, *ibidem*. Veja-se, por exemplo, a influência de Marco Tulio Cicerón e de Paulo. Consultar nesse aspecto: RODRÍGUEZ PANIAGUA, José María. **Historia del pensamiento jurídico**. I. De Heráclito a la Revolución francesa. Madrid: Universidad Complutense, 1988, p. 67-71. Nas palavras de Pablo Salvador Coderch, “El modelo tradicional de enseñanza del derecho que predomina todavía en nuestras facultades universitarias es el del jurista intérprete que lleva a cabo tareas de Dogmática Jurídica. Según este viejísimo modelo, que trae causa de una tradición cultural que sacraliza e idealiza la ley, y el texto, y que no ha cambiado mucho desde que Friedrich Karl von Savigny (1779-1861) definiera su versión contemporánea en el capítulo dedicado a la interpretación del tomo I de su *System des heutigen römischen Rechts* (1840), el objeto de la dogmática es la ley, y la ley considerada como un dato intangible que se ha de interpretar. Porque, y ésta es la segunda característica del modelo en cuestión, la actividad básica del jurista tradicional es la interpretación del texto legal, la averiguación del pensamiento contenido en ella pero no su establecimiento, modificación o supresión. Y, por último, el sujeto destinatario arquetípico de esa actividad es quien ha de aplicar el derecho existente, es decir, el juez o quienes operan en torno a la aplicación del derecho, como el abogado, o, en sentido amplio, el funcionario”. GRETEL (Grupo de Estudios de Técnica Legislativa). *La forma de las leyes*. 10 estudios de técnica legislativa. Barcelona: Bosch, 1986, p. 10.

interesse pelo Direito que os Gregos nunca tinham tido na mesma medida, e é por isso que se pode dizer que a própria ciência jurídica é criação romana²⁷. Já a técnica jurídica surgiu nos últimos tempos, levando à profissionalização da produção do Direito pelo Legislativo e pela Administração. Ela está ligada ao surgimento do "redator", o editor de normas²⁸. Assim, a Dogmática Jurídica tem mais tradição como saber social, razão pela qual é possível dizer que a técnica legislativa pode e deve ser utilizada como modelo, seja para evitar erros como os cometidos pela dogmática, seja para desenvolver-se de forma otimizada.

Tanto a Dogmática Jurídica quanto a técnica legislativa, portanto, conforme alerta Atienza, não podem perder-se em "especulações pseudocientíficas" do tipo da "busca de naturezas jurídicas" ou mesmo do formalismo que se desenvolveu "alheio ao saber social", erros esses cometidos pela dogmática. Devem, sim, utilizar o conhecimento científico e tecnológico disponíveis, desenvolvendo-se em conformidade com ciências como a Sociologia, por exemplo.

A conclusão do Professor Atienza é a de que um conhecimento sobre legislação pode ser estudado sob perspectivas científicas ou não científicas. Para ele, a "Teoria da Legislação" pode ser considerada uma reflexão sobre os problemas de natureza mais abstrata e conceitual, inclusive sem finalidade prática. Já a "Ciência da Legislação" pode ser objeto de análise em dois níveis: o da "técnica" e o da "teoria". Agora, conforme disse Atienza, "cómo estén relacionadas o deban relacionarse entre sí estas dos disciplinas, y cada una de ellas con otras como la sociología del Derecho, la filosofía del Derecho, la lógica jurídica, etc., es un problema importante y difícil de resolver"²⁹.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Teoria da Legislação deve ser capaz de fornecer as condições de possibilidade para uma boa prática da legislação. Ela não precisa tão somente descrever o que "é", mas prescrever o que "deve ser". Neste ponto, Atienza é muito claro ao tratar das perspectivas da Teoria da Legislação que deve necessariamente incorporar um modelo dinâmico, articulando aspectos descritivos e prescritivos da lei³⁰.

A Ciência da Legislação, por sua vez, há de cuidar das técnicas legislativas, ao lado da Teoria da Legislação, considerada um dos níveis pelos quais se pode analisar aquela. A Dogmática Jurídica, nesse sentido, volta-se para um maior comprometimento com o "saber social", mirando a realidade e as

²⁷ FASSÒ, Guido. **Historia de la filosofía del Derecho. Antigüedad y Edad Media**. Tradução de José F. Lorca Navarrete. Madrid: Pirámide, 1982. v. I, p. 89.

²⁸ ATIENZA, Manuel. **Contribución a una teoría de la legislación**, p. 22. A respeito da temática na década de 80, ver o que foi dito por Pablo Salvador Coderch: "la técnica legislativa se encuadra en el marco de estos saberes que desde hace poco más de una década son aludidos con las expresiones 'Ciencias o doctrinas de la legislación' (Gesetzgebungslehre)". GRETEL (Grupo de Estudios de Técnica Legislativa). *La forma de las leyes. 10 estudios de técnica legislativa*. Barcelona: Bosch, 1986. p. 10. Sobre o "duplo trabalho" do jurista, ou seja, estudo da formação dos textos e sua interpretação, consultar ainda: SALVADOR CODERCH, Pablo. **La compilación y su historia**. Estudios sobre la codificación y la interpretación de las leyes. Barcelona: Bosch, 1985.

²⁹ ATIENZA, Manuel. **Contribución a una teoría de la legislación**, p. 22-23.

³⁰ *Idem*, p.75.

necessidades sociais, sem descuidar de como o Direito “é”, mas levando em consideração o que o direito “deve ser”.

Destarte, a norma jurídica, como produto da atividade do legislador, deve ser informada por uma razão prática “abarcadora” de mundo e desse saber social, dependendo, porém, para sua eficácia, de uma Teoria da Legislação orientada ao que de fato ocorre no contexto social, sem descuidar daquilo que o Direito, como moralidade institucionalizada, permite ou determina fazer. Lembramos aqui que a Teoria da Legislação, para isso, pode voltar sua mirada à racionalidade legislativa em seus distintos âmbitos (linguístico, jurídico-formal, pragmático, teleológico e ético), como trata Manuel Atienza (e que não foi objeto do presente artigo) e à ideia de Direito como cooriginário da moral (e que também aqui não foi trabalhado em razão dos limites do texto), como apregoa Ronald Dworkin, por exemplo.

Sem uma Dogmática Jurídica atenta aos problemas da racionalidade da produção da lei e das políticas legislativas, e às possíveis dificuldades de aplicação da lei quando a Teoria do Direito não incorpora preocupações com a Teoria da Legislação e com a problemática do Direito como moral institucionalizada, a Ciência do Direito corre o risco de continuar “capenga” no que diz respeito à adequada aplicação do Direito. Numa frase: sem uma adequada Teoria da Legislação, falar em adequada aplicação do Direito pode tornar-se, se não impossível, algo extremamente difícil, mormente em se levando em consideração a complexidade com que se depara o aplicador do Direito no contexto das sociedades multiculturais.

REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico. *In: DOXA, Cuadernos de filosofía del derecho*. Alicante: Centro de Estudios Constitucionales, n. 8, 1990.

ALBERT, H. Critical rationalism: the problem of method in social sciences and law. *In: Ratio Juris*, 1, 1, p. 1-19.

ATIENZA, Manuel. **Contribución a una teoría de la legislación**. Madrid: Civitas, 1997.

_____; RUIZ MANERO, Juan. **100 preguntas sobre conceptos básicos del derecho**. Alicante: Club Universitario, 1996.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Tradução de Jussara Simões. Revisão técnica e tradução de Cícero Araújo e Luiz Moreira. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **Justice for hedgehogs**. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

_____. **Justice for Hedgehogs: Response**. Disponível em: <http://www.bu.edu/law/events/upcoming/documents/9.25.09RonaldDworkinBrochure_Panels.pdf>.

_____. **La justicia con toga**. Tradução de Marisa Iglesias Vila e Íñigo Ortiz de Urbina

Gimeno. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2007.

_____. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. Revisão técnica de Alberto Alonso Muñoz. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **O império do Direito**. 2. ed. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica de Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Uma questão de princípio**. 2. ed. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FASSÒ, Guido. **Historia de la filosofía del Derecho**. Antigüedad y Edad Media. Tradução de José F. Lorca Navarrete. Madrid: Pirámide, 1982. v. I.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1999.

GRETEL (Grupo de Estudios de Técnica Legislativa). **La forma de las leyes**. 10 estudios de técnica legislativa. Barcelona: Bosch, 1986.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Teoría de la legislación y Derecho como integridad**. Curitiba: Juruá, 2012.

LIFANTE VIDAL, Isabel. **La interpretación jurídica en la teoría del derecho contemporánea**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.

MONTORO CHINER, María Jesús. **La evaluación de las normas**. Racionalidad y eficiencia. Barcelona: Atelier, 2001

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério**: uma crítica hermenêutica aoprotagonismo judicial. Coleção Lenio Luiz Streck. Florianópolis: Conceito, 2010.

MÜLLER, Friedrich. **Direito, linguagem e violência**: elementos de uma teoria constitucional I. Tradução de Peter Naumann. Porto Alegre: Fabris, 1995.

_____. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Porto Alegre: Síntese, 1999. MUÑOZ MACHADO, S. Cinco estudios sobre el poder y la técnica de legislar. Madrid: Cívitas, 1986.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **El desbordamiento de las fuentes del derecho**. Madrid: La Ley, 2011.

RODRÍGUEZ PANIAGUA, José María. **Historia del pensamiento jurídico**. I. Del pensamiento a la revolución francesa. 6. ed. ampl. Madrid: Universidad Complutense, 1988.

SALVADOR CODERCH, Pablo. **La compilación y su historia**. Estudios sobre la codificación y la interpretación de las leyes. Barcelona: Bosch, 1985.

STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: ROCHA, Leonel Severo, STRECK, Lenio Luiz et al (Orgs.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. Constitucionalismo, jurisdição constitucional e estado democrático de direito. In: **Anuário do programa de pós-graduação em direito**. Mestrado e doutorado 2001. Centro de ciências jurídicas. São Leopoldo: Unisinos, 2001.

_____. Da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proibição deficiente (Untermassverbot): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, v. I, n. 2, 2004.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. Os meios de acesso do cidadão à jurisdição constitucional, a argüição de descumprimento de preceito fundamental e a crise da eficácia da constituição. **Revista Ajuris**. Porto Alegre: Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, n. 81, XXVI, t. I, mar. 2001.

_____. Quinze anos de Constituição – análise crítica da jurisdição constitucional e das possibilidades hermenêuticas de concretização dos direitos fundamentais sociais. **Revista Ajuris**. Porto Alegre: Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, n. 92, a.XXX, dez. 2003.

_____. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

Recebido em: 23 de outubro de 2010

Aceito em: 6 de junho de 2012

