

## INTRODUÇÃO

É perceptível a preocupação com argumentação jurídica no processo de interpretação/aplicação do direito; no entanto, pouca atenção se dá à argumentação legislativa no processo de construção e produção do direito. O desenvolvimento do presente trabalho quer ressaltar a importância de compreender a racionalidade do processo legislativo analisando a influência da dogmática jurídica e de disciplinas extradogmáticas por trás da elaboração da lei.

Conceitualmente, considera-se o processo legislativo como um conjunto de normas que regulam a criação de outras normas. No Brasil, o desenvolvimento deste processo não se forma com a justificação científica na produção legislativa, bastando a sua adequação aos procedimentos constitucionais e ao disposto nos regimentos internos dos parlamentos que são de cunho meramente procedimentais.

Dando ênfase a questão, o Professor Manuel Atienza, Catedrático de Filosofia do Direito na Universidade de Alicante, Espanha, propõe seis níveis de racionalidade a serem desenvolvidos quando da elaboração dos textos legislativos, os quais podem atuar também como “modelos” ideais normativos, além de servir para avaliar a qualidade final do produto legislativo. No primeiro momento da produção científica de Atienza, os níveis a serem considerados eram o linguístico, o jurídico-formal, o pragmático, o teleológico e o ético. Posteriormente, Atienza inclui um sexto nível: a razoabilidade. O objetivo, então, do presente trabalho é o de apresentar os desenvolvimentos teóricos de Manuel Atienza na elaboração de uma teoria da argumentação legislativa, descrever a ciência do direito e a ciência da legislação, elencando, na sequência, os níveis de racionalidade. Importa salientar, que o conhecimento do sexto nível de racionalidade é o ponto central da pesquisa, tendo em vista que a atualização da teoria constitui um elemento essencial para a análise e avaliação das decisões legislativas e das argumentações respectivas, o que conseqüentemente tende a resultar na construção de leis racionais.

Além disso, o autor em sua Teoria da Legislação expõe a ideia de que a legislação é composta por cinco elementos bases. São eles: editores, destinatários, sistema jurídico, fins e valores. A lei, então, deve obedecer a uma racionalidade mínima. De modo bastante abstrato, pode-se dizer que os editores são os autores das leis; os destinatários das leis são considerados, respectivamente, emissores e receptores das informações que estão organizadas em um sistema (o sistema jurídico); o sistema jurídico, o conjunto do qual a nova lei se torna parte; os fins, os objetivos ou metas que se buscam no estabelecimento das leis; e os valores, as ideias que servem para justificar esses fins. O produto de tais interações são as leis. Elas são o ponto de partida

para novos processos (a interpretação e a aplicação) sobre os quais a dogmática jurídica se debruça, mas, ao mesmo tempo, não podem ser ignoradas caso se queira entender, e intervir, na produção legislativa.

A fim de desenvolver a temática proposta, a pesquisa restou basicamente bibliográfica, advindas das obras referenciadas ao final do texto. O método utilizado para tanto, foi o hipotético-dedutivo, de modo a analisar brevemente os conceitos e distinções entre ciência do direito e ciência da legislação, bem como a teoria da argumentação legislativa apresentada por Atienza. Percorre-se então, seus elementos bases, os cinco níveis de racionalidade e posteriormente, a razoabilidade como sexto nível com o propósito de atualizar a teoria, reconstruir e sistematizar suas ideias sobre o tema.

## **1. "CIÊNCIA DO DIREITO" E "CIÊNCIA DA LEGISLAÇÃO"**

A presente pesquisa volta-se inicialmente para a discussão acerca das nomenclaturas “ciência do direito” e “ciência da legislação”. O uso da expressão "ciência do Direito" corresponde a uma grande variedade de perspectivas a partir das quais o fenômeno jurídico pode ser estudado. Assim, por exemplo, o Direito pode ser estudado a partir de um ponto de vista interno ou externo, normativo ou social, descritivo ou valorativo, particular ou geral, entre outras inúmeras possibilidades. Trata-se aqui de uma dogmática jurídica e de uma técnica legislativa. A Dogmática Jurídica, conforme explica Manuel Atienza, é o “núcleo” da expressão “Ciência do Direito”, vista de modo mais amplo, englobando também a Sociologia do Direito, a Filosofia do Direito, a História do Direito, a Teoria Geral do Direito, etc.

Um ponto relevante a ser considerado, a que Atienza faz questão de dar ênfase diz com a necessidade de se estar ciente de que, quando se fala de "ciência do Direito", a expressão "ciência" está sendo usada em um sentido verdadeiramente lato. O mesmo ocorre com o termo "ciência da legislação".

O estudo da legislação, por sua vez, também admite uma grande pluralidade de perspectivas. Em um primeiro momento, parece ser necessário diferenciar a chamada "ciência da legislação" da dogmática jurídica, uma vez que, como disciplina, esta última também tem a lei como seu principal objeto de estudo.

Segundo Atienza, é possível afirmar que a dogmática jurídica tradicional parte das leis, das normas jurídicas, como uma realidade dada para, a partir dessa base, resolver problemas ligados à interpretação e aplicação. A ciência, técnica, doutrina ou teoria da legislação trata do processo ou atividade cujo resultado é a produção de normas jurídicas ou, mais especificamente,

de um tipo de normas jurídicas. Tal conceituação se apresenta de forma clara e compreensível, no entanto ainda muito abstrata, podendo ser melhor definida tanto em um sentido positivo quanto em um sentido negativo.

A dogmática jurídica trata basicamente da interpretação do Direito, não apenas como resultado, mas também como atividade. A ciência da legislação, por sua vez, obviamente também se interessa pela lei como um produto que deve possuir certas características formais e produzir certos efeitos no sistema jurídico e no sistema social.

Ressalta Atienza, todavia, que tal distinção não é uma distinção de caráter temporal. Ou seja, não se poderia afirmar, por exemplo, que uma disciplina trata da legislação em uma fase que termina com a promulgação, e a outra se dedica a uma fase que vai de promulgação a interpretação e aplicação. Certo é que a dogmática jurídica também se interessa pelo momento anterior, pois é somente remontando à fase anterior à promulgação que o significado das leis pode ser compreendido e, conseqüentemente, se podem desenvolver critérios de interpretação e aplicação adequados. E, dentro de tal contexto, a ciência da legislação, preocupa-se com o momento posterior a promulgação da lei, pois faz a análise dos resultados produzidos pelas normas.

Atienza apresenta ainda outra possibilidade a ser analisada. É a concepção que considera que a dogmática jurídica trata do que é o Direito, e a ciência da legislação trata de como ou do que deveria ser o Direito. À vista disso, a dogmática jurídica seria, portanto, uma disciplina descritiva (que apenas descreve normas), e, a outra, uma disciplina prescritiva (que prescreve ou propõe normas). Ocorre que apesar de possuir relevância histórica, tal concepção seria insustentável, levando em consideração que ambas as disciplinas parecem incluir momentos descritivos e prescritivos.

Dito de outro modo, a Dogmática Jurídica leva em consideração a interpretação do Direito também enquanto resultado e enquanto atividade, preocupando-se com o momento anterior a produção da norma, buscando entender o sentido desta, analisando a fase anterior da promulgação. Já a Ciência da Legislação trata da lei enquanto produto com características formais estabelecidas e com a finalidade de produzir efeitos no sistema jurídico e social. Contrariamente à Dogmática Jurídica, a Ciência da Legislação interessa-se pelo momento posterior a norma, com intento de analisar os resultados produzidos como pressuposto essencial para enfrentar a tarefa de melhorar a legislação.

No que se refere aos destinatários tanto da Dogmática Jurídica como da Ciência da Legislação, também tratada como Técnica Legislativa, Manuel Atienza (1997, pg. 18-19) explica que “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, tais como os Juízes, os advogados, entre outros. 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”.

Atienza afirma ser possível dizer que a dogmática jurídica parte das leis, das normas jurídicas como dados que devem ser utilizados como uma base para tentar otimizar a interpretação e a aplicação do Direito. Já a técnica legislativa (não apontando mais o termo "ciência") também toma como dados as normas jurídicas já existentes, juntamente com as necessidades sociais, as peculiaridades da linguagem jurídica etc., e, a partir desses elementos, tenta obter, como resultado, a otimização da produção de normas oriundas da legislatura e de certos órgãos administrativos.

Desse modo, a primeira se dirige basicamente aos intérpretes e aplicadores do Direito (juízes, advogados, funcionários públicos etc.), e, a outra, aos políticos (membros do Legislativo e de órgãos superiores do governo) e técnicos (geralmente funcionários do governo) que aconselham ou redigem diretamente essas normas.

Por um lado, é certo que a dogmática jurídica também está orientada para a produção de novo Direito, quando se entende que o juiz (e os funcionários que "aplicam" o Direito) estabelece novas normas; ou seja, quando se aceita que as sentenças e decisões administrativas também são normas, também são atos de produção de Direito. Por outro lado, a técnica legislativa também diz respeito à interpretação e à aplicação do Direito, pois, quando uma nova lei é produzida, é possível afirmar que outras leis também estão sendo interpretadas e aplicadas.

As conceituação e diferenciações aqui tratadas também apresentam mais um ponto de semelhança, no sentido de que nenhuma delas obedece ao modelo do agir científico, mas, sim, ao do agir técnico que trata de chegar a um resultado sob determinadas condições. Assim sendo, Atienza explica que estamos tratando de técnicas que se concentram em diferentes momentos ou aspectos de uma mesma realidade: o Direito.

Para completar, o autor sugere na construção da técnica que o formalismo deve ser evitado, afirmando que a técnica legislativa que se está desenvolvendo agora não deve seguir os passos da dogmática, no sentido de que a dogmática teria deixado de considerar para o seu desenvolvimento, o conhecimento social, em particular a sociologia cujo conhecimento é extradogmático, e o mesmo não deve ocorrer com o desdobramento da técnica legislativa.

A existência ou desenvolvimento de um saber técnico sobre legislação por certo não exclui que o mesmo fenômeno possa ser estudado a partir de outras perspectivas, científicas ou não. Assim, a reflexão sobre problemas de natureza mais abstrata e conceitual que não têm, ao menos a curto prazo, uma finalidade prática pode ser chamada de teoria da legislação. Portanto, naquilo que foi denominado "ciência da legislação" no início do tópico, dois níveis diferentes de análise poderiam ser identificados: o da técnica e o da teoria da legislação.

O objetivo da presente pesquisa é analisar a Teoria da Legislação como uma ferramenta essencial capaz de fornecer as condições e possibilidades para uma boa prática da legislação. É na busca da correta aplicação do direito que se busca também a existência de uma legislação racional produto de uma política legislativa adequada. Dentro deste contexto, apresenta-se a metodologia ensinada por Atienza, que trata o processo legislativo como um processo de decisão. Para este procedimento, além dos níveis de racionalidade que devem ser observados, o referido professor formulou um modelo composto de três fases: pré-legislativa, legislativa e pós-legislativa. Este processo funcionaria de forma circular, retro-alimentado, na medida em que o resultado de cada fase leva a uma operação posterior, mas que repercute na fase legislativa anterior até a edição da norma (ATIENZA, 1997), assunto que será tratado tópico seguinte.

## **2. TEORIA DA LEGISLAÇÃO E OS NÍVEIS DE RACIONALIDADE LEGISLATIVA**

Consoante o modelo proposto por Manuel Atienza (1997), composto de três fases, que são a pré-legislativa, legislativa e pós-legislativa, primeiro o surgimento de uma demanda social atua como marco inicial para a fase pré-legislativa, e a apresentação de um projeto de lei é o seu marco final. A recepção do projeto de lei pela burocracia legislativa dá início a fase legislativa, que possui seu encerramento representado pela sanção da lei. E, por fim, a fase pós-legislativa tem início com a vigência formal da lei e se encerra somente quando há proposta de uma nova lei que a altera ou revoga.

Ao tratar da aplicação do Direito é imprescindível ressaltar que isso não depende somente da aptidão interpretativa dos juízes. Interpretar/aplicar o direito deve basear-se também nas possibilidades hermenêuticas dos juízes, o que passa, primeiramente, por produzi-lo adequadamente o legislador, obedecendo a uma racionalidade legislativa que, conseqüentemente, deve considerar os diversos níveis pelos quais se pode alcançar a racionalidade da lei linguístico, jurídico-formal, pragmático, teleológico, ético e razoável.

A Teoria da Legislação geralmente parte das normas já consagradas pelo legislador e se dispõe ao estudo das necessidades sociais, das peculiaridades linguístico-comunicacionais do

discurso jurídico, da adequação das leis ao ordenamento jurídico e aos princípios morais/constitucionais, à observância aos fins declarados etc., para assim otimizar a produção das normas. Neste aspecto, a Teoria da Legislação dirige-se, prioritariamente, aos políticos e técnicos da administração envolvidos diretamente com a questão da redação das normas.

Antes de adentrar especificamente nos níveis de racionalidade, Atienza explica que é possível fazer dois tipos de análise distintos. O primeiro, é da análise de caráter interno: cada modelo ou ideia de racionalidade constrói os elementos da atividade legislativa de uma certa maneira; permite distinguir certas disciplinas que cumprem um papel norteador de outras que possuem um caráter meramente auxiliar; define uma noção de irracionalidade e sugere quais técnicas utilizar para ampliar a racionalidade. O segundo é de caráter externo, que relaciona a aproximação dos níveis entre eles. Essa temática, porém, abre possibilidade para uma produção científica diversa e, portanto, não será tratada no presente artigo.

A Teoria da Legislação, tal qual originalmente desenvolvida por Manuel Atienza, faz a distinção entre cinco níveis de racionalidade a serem observados no processo de legislação. Para Atienza é irracional toda lei que não satisfaça os níveis de racionalidade propostos. É necessário, então, distinguir cinco modelos, ideias ou níveis de racionalidade: a) racionalidade comunicativa ou linguística (R1), neste nível o emissor (editor) deve ser capaz de transmitir uma mensagem de forma clara ao receptor (o destinatário); b) racionalidade jurídico-formal (R2), neste nível a nova lei deve ser inserida em um sistema jurídico buscando harmonia com as demais leis existentes; c) racionalidade pragmática (R3), neste nível a conduta dos destinatários deve se adequar ao que está disposto na lei; d) racionalidade teleológica (R4), neste nível a lei deve alcançar os fins sociais almejados; e) racionalidade ética (R5), neste nível as condutas prescritas e as finalidades das leis pressupõem valores que deveriam ser suscetíveis de justificação ética (ATIENZA,1997).

Vejamos o que dispõe cada um dos níveis apresentados, salientando que breve a exposição em virtude do limite academicamente estipulado para a presente forma de pesquisa, qual seja, um artigo.

No nível R1, que apresenta a racionalidade comunicativa ou linguística o editor e o destinatário das leis são considerados, respectivamente, emissores e receptores de certos tipos de informação que estão organizados em um sistema (o sistema jurídico é visto essencialmente como um sistema de informação). Portanto, o editor aqui não é tanto o editor formal, mas, sobretudo, o redator da mensagem. O sistema jurídico será constituído por uma série de enunciados linguísticos organizados a partir de um código comum ao emissor e ao receptor

(uma linguagem) e pelos canais que garantem a transmissão das mensagens através das leis (ATIENZA,1997)

Ou seja, a racionalidade linguística ou comunicativa pressupõe que, em toda lei racional, o legislador, também chamado de emissor, deve ser capaz de transmitir a mensagem da lei ao destinatário final também chamado de receptor de maneira clara e fluída.

No nível R1, pode-se dizer que uma lei é irracional (ou não racional, ou não totalmente racional) se mostra uma falha como ato de comunicação. Como há muitas oportunidades para que um ato fracasse como ato comunicativo, as leis tendem a não ser totalmente racionais já nesse primeiro nível. Elas podem apresentar defeitos sintáticos ou opacidade semântica; os meios de comunicação responsáveis pela transmissão da mensagem podem não ter funcionado adequadamente; é possível que os destinatários não tenham um nível de preparação adequado para compreender a mensagem, entre outros fatores. Um caso extremo de irracionalidade em R1 ocorre quando a mensagem transmitida é exatamente o oposto do que se pretendia transmitir (ATIENZA,1997).

No nível da racionalidade jurídico-formal (R2), o editor e o destinatário das leis são os órgãos e indivíduos designados como tais pelo ordenamento jurídico. O sistema jurídico é entendido aqui como um conjunto de normas apropriadamente estabelecidas e estruturadas em um sistema. O fim da atividade legislativa é a sistematicidade, isto é, que as leis formem um todo sem lacunas, contradições ou redundâncias, de modo que o Direito possa ser visto como um mecanismo para prever a conduta humana e suas consequências, em outras palavras, como um sistema de segurança (ATIENZA,1997).

Dessa forma, cabe ao legislador observar critérios e normas validamente estabelecidas e estruturadas como um conjunto de normas do ordenamento jurídico de que a legislação irá fazer parte. No Brasil, as instâncias de controle legislativo previstas na Constituição Federal limitam-se, basicamente, a considerações formalmente técnicas.

Outrossim, estar-se-á diante de uma irracionalidade quando a legislação de alguma forma contribuir para provocar erosões legislativas, não atendendo aos critérios estabelecidos no ordenamento jurídico ou apresentando lacunas e contradições, afetando negativamente o sistema do Direito. A evolução da técnica legislativa, por meio do aprimoramento das redações textuais mostra-se como alternativa para evitar tal irracionalidade no nível jurídico-formal (ATIENZA, 1997).

Por sua vez, a racionalidade pragmática (R3) indica que toda conduta prescrita em lei deva ser passível de cumprimento por seus destinatários. Na perspectiva de ATIENZA (1997), a racionalidade pragmática é medida pela adesão dos destinatários a lei imposta pelo Estado. A

finalidade é garantir que as leis sejam obedecidas ou, talvez de modo mais geral, que as leis não sejam apenas declarações linguísticas, mas, também, "Direito em ação"<sup>1</sup>.

Sendo assim, o sistema jurídico é visto como um sistema de normas comportamentais e o objetivo é conseguir que as leis sejam obedecidas pelos indivíduos. No Brasil, essa racionalidade é resumida informalmente como a "lei que pega ou não". Diversas são as razões que levam ao fracasso de uma norma, podendo ser referidas questões subjetivas, como falta de motivação dos destinatários (por ausência de uma sanção adequada, por exemplo), e as questões objetivas, como a ausência de meios adequados para o cumprimento da lei (KURY, 2015).

Uma lei se mostra irracional, entretanto, quando se revela incapaz de influir no comportamento humano, não cumprindo com o cunho de motivar ou assegurar expectativas normativas, podendo culminar na desorganização legislativa. Entretanto, uma nova perspectiva se identifica no combate a essa irracionalidade, uma alternativa que apresenta o diálogo interdisciplinar com a ciência política, psicologia e também com a sociologia (HOMMERDING, 2012).

Para o nível da racionalidade teleológica (R4), os editores são os portadores de interesses sociais, sejam eles particulares ou gerais, que garantem a tradução desses interesses em leis. Os destinatários das leis não são apenas os indivíduos ou órgãos administrativos aos quais as disposições legais são destinadas. Assim, para Atienza (1997), o sistema jurídico é visto como um meio para atingir fins; portanto, não parte da perspectiva do jurista, mas da perspectiva do cientista social. A finalidade pode ser a eficiência econômica, o aumento do nível educacional da população, a melhoria das condições de saúde, a redistribuição da riqueza, a redução do desemprego, a preservação de conquistas políticas ou econômicas, entre outras.

No nível R4, uma lei é irracional se não produz efeitos, ou produz efeitos não previstos e que tampouco possam ser considerados desejados ou desejáveis (ATIENZA, 1997). Para evitar essas situações, será necessário recorrer à Sociologia da Organização, à Análise

---

<sup>1</sup> A distância entre o "Direito nos livros" e o "Direito em ação" foi apresentada pela primeira vez por Roscoe Pound em 1910 no artigo seminal *Law in books and law in action* (publicado na *American Law Review*, n. 44, pp. 12-36). Com essa imagem, Pound quis chamar a atenção para a diferença que há entre as regras que abstratamente normatizam as relações (o direito que está nos livros) e as normas que efetivamente governam os homens, o direito que se desdobra na vida real (o direito em ação). Em outra metáfora, Pound exemplifica que o direito distante da vida real lembra o escritor a quem se encomendou que escrevesse sobre metafísica chinesa e que recolheu material para o seu texto lendo na Enciclopédia Britânica os verbetes "China" e "metafísica". Sustenta que não é possível construir uma Ciência do Direito sem essa conexão com a realidade concreta, com como o Direito vem sendo aplicado e como funciona atualmente. Defende que alcançar a justiça passa por suprimir (ou ao menos reduzir) a distância entre "Direito nos livros" e o "Direito em ação". Essas ilustrações se encaixam perfeitamente para explicar qual deve ser a preocupação da atividade legislativa: harmonizar o "Direito nos livros" e o "Direito em ação", promover o ajuste do Direito às circunstâncias concretas, reais, para efetivamente promover os interesses sociais.

Econômica do Direito, à Sociologia do Direito, às teorias de implementação, entre outros exemplos que não serão trabalhadas no presente.

Para o nível da racionalidade ética (R5), os valores éticos são ideias que permitem justificar os fins de uma medida legislativa. O sistema jurídico é visto aqui como um conjunto de normas ou comportamentos que podem ser avaliados a partir de um determinado sistema ético. Os fins considerados válidos irão, naturalmente, variar de acordo com o sistema ético tomado como referência, embora abstratamente seja possível dizer que os fins são a liberdade, a igualdade e a justiça (ATIENZA, 1997).

Com isso, é possível afirmar que no nível R5 uma lei é irracional se não estiver justificada eticamente, seja por que tenha sido promulgada por alguém sem legitimidade ética, porque prescreva comportamentos imorais ou também porque não prescreve o que seria moralmente obrigatório prescrever. Ademais, a lei é considerada irracional se pretende perseguir fins ilegítimos. Para Atienza (1997), no estudo dos problemas da racionalidade ética, o papel principal deve ser cumprido pela Filosofia do Direito, da moral e da política, mas existem muitas outras disciplinas (por exemplo, a Sociologia) que cumprem um papel auxiliar, mas indispensável.

O nível de racionalidade ética (R5) desempenha uma função mais negativa do que construtiva. Diferentemente dos outros níveis de racionalidade, a racionalidade ética não produz nenhuma técnica legislativa específica: não há nenhum procedimento para alcançar a liberdade, a igualdade e a justiça por meio das leis, fora das técnicas produzidas pela racionalidade R1-R4. Atienza (1997) preceitua que o único "instrumento" que a ética tem à sua disposição é o discurso moral, entretanto, trata-se justamente de um instrumento que se desnaturalizaria caso fosse utilizado para atingir fins que extrapolassem o próprio discurso.

Por fim, na obra Curso de argumentação jurídica, sua publicação mais recente sobre o tema, Atienza apresenta o sexto nível de racionalidade legislativa, que é o da razoabilidade. Para Atienza, dentro deste contexto já apresentado, a racionalidade da argumentação jurídica, na interpretação e aplicação do Direito, exige um mínimo de racionalidade legislativa. Assim, pode-se compreender que a jurisdição e a legislação são dois momentos de um mesmo processo. A racionalidade jurídica, dessa forma, teria caráter unitário e se aplicaria tanto à produção quanto à aplicação do Direito. Especificamente sobre a legislação, sua preocupação é com a construção de uma teoria que tenha o propósito não só de descrever, mas, também, de explicar e propor procedimentos que incrementem a racionalidade da prática legislativa existente (caráter descritivo e prescritivo ao mesmo tempo).

Em resumo, originalmente, seriam, inicialmente, cinco os níveis de racionalidade legislativa apresentados a partir da Teoria da Legislação de Manuel Atienza. Nesse sentido, o processo de elaboração das leis é composto por interações entre os editores, os destinatários, o sistema jurídico, os fins e os valores. Deve-se, então, a partir dessa interação ser observados os cinco níveis de racionalidade, constituídos pela racionalidade linguística (R1); a racionalidade jurídico-formal (R2); a racionalidade pragmática (R3); a racionalidade teleológica (R4); a racionalidade ética (R5).

De acordo com o estudado até o presente momento, a argumentação legislativa poderia ser base para a realização de uma atividade voltada a dar resposta aos questionamentos que surgem ao passar por cada um dos níveis de racionalidade. Se assim ocorresse, o processo legislativo poderia ser norteado pelas seguintes perguntas: A lei em questão tem forma linguisticamente adequada? Análise referente ao R1; b) É sistemática? Passa-se ao R2; c) É eficaz? Avança-se ao R3; d) É efetiva? Analisa-se o R4; e) É axiologicamente adequada? Responde a racionalidade atribuída ao R5; é eficiente? (Alcança os objetivos anteriores a um custo satisfatório?).

Posteriormente, como se viu, a esses cinco níveis de racionalidade, o autor acrescentou um nível de meta-racionalidade, que poderia ser referido por “R6” (embora o próprio autor não o tenha especificado em seu modelo), qual seja, a “razoabilidade”.

A razoabilidade estudada como um nível de racionalidade pode ser entendida como a exigência de que exista um equilíbrio na concretização das racionalidades analisadas anteriormente, de maneira que o eventual sacrifício a algum dos fins deveria ser feito a um “custo razoável” (ATIENZA, 2013). Embora guarde alguma aproximação, deve-se registrar que a razoabilidade legislativa referida pelo autor não se confunde com a noção de eficiência. Na verdade, assemelha-se mais a uma ideia de proporcionalidade (NASCIMENTO, 2019).

A partir desse contexto, o pensamento de Manuel Atienza sobre a legislação foi completado no artigo *Argumentación y legislación*, de 2004. A inovação trazida e apresentada no referido estudo, concebe a racionalidade legislativa como uma estrutura articulada em cinco níveis de racionalidade, que servem tanto como ideais normativos quanto como critérios para a avaliação do produto da atividade legislativa (NASCIMENTO, 2019).

Com o desenvolvimento deste estudo mais recente, Atienza (2004) acrescenta o nível de meta-racionalidade, a “razoabilidade”, apontado como condutor a permear todos os demais níveis de racionalidade e também as etapas do processo legislativo. No que diz respeito ao sexto nível de racionalidade, atualizando a teoria de Atienza, a razoabilidade como tal enfatiza a eficiência como uma dimensão transversal, funcionando como uma qualidade exigida de cada

uma das racionalidades, para prevenir que a priorização de certos aspectos em detrimento de outros não chegue a afetar a relação adequada de custo-benefício (ATIENZA, 2004).

Importa salientar, para fins de complementação do estudo e atingimento do objetivo proposto, que Manuel Atienza ensaia diferenciar “racionalidade” e “razoabilidade”, explicando que ambas têm “conteúdo variável”. No entanto, sobre tais digressões acerca destes conceitos nada mais concreto ou específico é encontrado nos seus escritos.

Nesse sentido, o que se pode afirmar sobre a racionalidade legislativa analisada como um todo é que o autor entende que uma decisão jurídica é “racional” se (e somente se): 1) respeita as regras da lógica dedutiva; 2) respeita os princípios da racionalidade prática; 3) é adotada sem eludir a utilização de alguma fonte do direito de caráter vinculante; e 4) não é tomada sobre a base de critérios éticos, políticos, etc., não previstos especificamente (embora possam estar genericamente) no ordenamento jurídico (ATIENZA, 2004).

Ademais, quanto ao nível de razoabilidade, Atienza entende que uma decisão jurídica é “razoável” (e somente se): 1) é tomada em situações em que não seria aceitável (ou não se podia) adotar uma decisão estritamente racional; 2) alcança um equilíbrio entre exigências contrapostas, mas que necessariamente tinham que ser consideradas na decisão; e 3) é aceitável pela comunidade (ATIENZA, 2004).

Dentro desse contexto, Roberta Simões Nascimento (2019), apresenta importante contribuição sobre a temática expondo que seria preciso fazer uma releitura desses conceitos no âmbito legislativo. Para Nascimento, a racionalidade na atividade legislativa não é a da filosofia tradicional, de uma racionalidade lógico-matemática, formal, dedutiva. No âmbito legislativo, portanto, a racionalidade provém sobretudo da “lógica prática”, pragmática, estratégica, argumentativa, o que muitas vezes faz com que se confundam as noções de racionalidade e razoabilidade. Dessa forma, pode ser mais difícil diferenciar o razoável e o racional. A elaboração da lei seria uma atividade essencialmente cooperativa, existindo uma racionalidade específica nos empreendimentos coletivos. Sendo assim, como as ações independentes dificilmente levam ao resultado que se deseja alcançar, são necessárias adaptações de cada um dos participantes para a aproximação à obra global. Essa dinâmica se traduz nas emendas parlamentares e nos acordos políticos.

Neste ponto da teoria da legislação é necessário dar continuidade aos estudos, de modo a melhor definir e aplicar tais conceitos. Para fins de compreensão deste e também buscando arredondar o texto para finalizar o presente estudo, no que diz respeito à apresentação dos níveis de racionalidade, é possível concluir que o autor se propõe a refletir sobre os parâmetros para

analisar e avaliar uma argumentação legislativa e, sobre como argumentar no contexto da elaboração legislativa.

Atienza, a partir da apresentação da referida construção, expõe ideias sofisticadas, o que representa até então uma das teorias mais completas sobre a racionalidade da atividade legislativa e talvez a única teoria dedicada ao estudo da legislação a partir do enfoque argumentativo. Nesse sentido, sua teoria poderia ser inserida no âmbito da argumentação material, uma vez que, para que uma lei seja considerada justificada do ponto de vista argumentativo, teria que apresentar fundamentos para cada uma das racionalidades por ele indicadas (NASCIMENTO, 2019).

Com isso, a importância dos aportes teóricos de Manuel Atienza está no fato de ter alçado a argumentação legislativa a um tema de interesse jurídico e, normativamente, ter estabelecido os níveis de racionalidade como critérios de correção, ou seja, ideais normativos a serem seguidos, além de servir para avaliar a qualidade do produto legislativo. Daí se concorda com Roberta Simões Nascimento (2019), para que

Deve-se reconhecer que a teoria de Atienza é muito mais analítica do que normativa, na medida em que não se detém em refletir sobre o que deve ser feito concretamente para alcançar uma legislação melhor, mais racional. (NASCIMENTO, 2019).

O grande valor da contribuição de Atienza estaria, assim, no fato de que ele desenvolveu uma teoria que permite um controle ético da legislação (o nível R5, de racionalidade ética), em um momento em que essa discussão era incipiente. Depois, em segundo momento, tratou de reforçar o nível da racionalidade ética, com o artigo *Argumentación y legislación*, de 2004, quando integrou os níveis de racionalidade propostos com sua teoria da argumentação jurídica, consolidando uma teoria da argumentação legislativa, também concebida nos planos formal, material e pragmático, incluindo parâmetros para analisar e avaliar a argumentação no âmbito do Legislativo (NASCIMENTO, 2019).

Em síntese, a teoria de Manuel Atienza oferece uma das balizas mais importantes para responder a seguinte pergunta: Como deveriam argumentar os legisladores? De fato, em um Estado Constitucional, a prática de dar razões deve ser incluída nas atividades legislativas, não se detendo ante as portas do parlamento.

A construção de um Estado Constitucional pressupõe, sobretudo, a motivação das decisões não somente no âmbito das decisões judiciais, como ocorre usualmente, mas, também, no âmbito da elaboração legislativa, para tanto, necessário o fomento à cultura de legisladores argumentadores. Diante desta análise, em termos gerais é possível apontar ainda que o aporte

de Manuel Atienza à racionalidade legislativa é um dos mais importantes de que se tem conhecimento.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Após o breve estudo desenvolvido, pode-se afirmar que é de suma importância compreender o processo legislativo, em especial no Brasil, como deve ocorrer a criação e edição de uma norma, incluindo também as formas que uma lei deve ser editada, entendendo a dogmática jurídica, e lançando mão de diligências extradogmáticas, presente na sua execução.

A aplicação de uma Teoria da Legislação da maneira pensada por Manuel Atienza expõe a ideia de que a legislação é composta por cinco elementos bases. Sendo eles: editores, destinatários, sistema jurídico, fins e valores. A lei, então, deve obedecer a uma racionalidade mínima. Além disso, o autor propunha, inicialmente, cinco níveis de racionalidade para os textos legislativos, os quais podem atuar também como “modelos” ideais normativos, além de servir para avaliar a qualidade final do produto legislativo.

Conforme o exposto, inicialmente os níveis a serem considerados compõem-se em linguístico, jurídico-formal, pragmático, teleológico e ético. Posteriormente, Atienza inclui um sexto nível: o da razoabilidade.

Dentro deste contexto, o objetivo do presente trabalho foi o de apresentar os desenvolvimentos teóricos de Manuel Atienza na elaboração de uma teoria da argumentação legislativa, descrever a ciência do direito e a ciência da legislação, elencando na sequência, os níveis de racionalidade.

Para tanto, analisou-se brevemente o conceito e as diferenças entre a ciência do direito, ciência da legislação, e, posteriormente a teoria da legislação apresentada por Atienza. Após, percorreu-se, então, seus elementos bases constituintes da referida teoria, bem como os cinco níveis de racionalidade propostos, chegando à discussão final com foco na apresentação e no conhecimento do sexto nível de racionalidade como ponto central da pesquisa.

Tratar sobre a razoabilidade, considerada como sexto nível de racionalidade, ainda que de forma breve, levando em consideração que poucos escritos são encontrados sobre o tema, tem por finalidade atualizar a teoria da legislação, reconstruir e sistematizar suas ideias sobre o tema. Desse modo, com o desenvolvimento deste estudo mais recente, Atienza (2004) acrescenta o nível de meta-racionalidade, a razoabilidade, apontado como condutor a permear todos os demais níveis de racionalidade e também as etapas do processo legislativo.

Assim, para o autor estudado, a razoabilidade inserida dentro do contexto da teoria da legislação pode ser entendida como a exigência de que exista um equilíbrio na concretização das demais racionalidades já apresentadas, de maneira que o eventual sacrifício a algum dos fins deveria ser feito a um “custo razoável”. Dessa forma, a razoabilidade como tal enfatiza a eficiência como uma dimensão transversal, funcionando como uma qualidade exigida de cada uma das racionalidades, para prevenir que a priorização de certos aspectos em detrimento de outros não chegasse a afetar a relação adequada de custo-benefício.

Importa salientar que a exposição e o conhecimento do sexto nível de racionalidade foi o ponto central da pesquisa, tendo em vista que a atualização da teoria constitui um elemento essencial para a análise e avaliação das decisões legislativas e das argumentações respectivas, o que conseqüentemente tende a resultar na construção de leis mais racionais.

Por fim, explicitados cada um dos níveis de racionalidade propostos pelo modelo desenvolvido por Atienza (1997), é possível analisar e afirmar se determinado projeto de lei, ou uma determinada lei aprovada e sancionada, cumpre com os requisitos de racionalidade, ao mesmo passo que se pode identificar as prováveis irracionalidades nela contida.

Assim sendo, uma lei será racional quando transmitir uma mensagem fluída e objetiva, destacando seus fins, com sanções passíveis de serem cumpridas pelos seus destinatários, integrando-se harmoniosamente ao ordenamento jurídico, sendo fundamentada ética e razoavelmente na Constituição da República. A aplicação de uma adequada Teoria da Legislação pode representar grande contribuição para o desempenho dos legisladores na elaboração das leis, perfazendo a finalidade de tutelar os direitos fundamentais positivados e produzir efeitos no âmbito das demandas sociais.

## REFERÊNCIAS

- ATIENZA, Manuel. **Para una teoría de la argumentación jurídica**. *Doxa*, n. 08, 1990,
- ATIENZA, Manuel. **Contribución a una teoría de la legislación**. Madrid: Civitas, 1997.
- ATIENZA, Manuel. Argumentación y legislación. In: MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio (Dir.). **La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho**. Madrid: Civitas, 2004, pp. 89-112.
- ATIENZA, Manuel. **El derecho como argumentación**. Barcelona: Ariel, 2006.
- ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. Madrid: Trotta, 2013.
- HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Teoría de la legislación y derecho como integridad**. Curitiba: Juruá, 2012.
- HOMMERDING, Adalberto Narciso; LYRA, José Francisco da Costa. **Racionalidade das leis penais e legislação penal simbólica**. 1. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2014.
- KURY, P. A Racionalidade Legislativa na Lei 7.492/86: Uma análise crítica no âmbito dos efeitos e das garantias dos Direitos Humanos. **Amazon's Research and Environmental Law**, v. 3, n. 1, 28 jan. 2015. Disponível em: <<http://www.faar.edu.br/portal/revistas/ojs/index.php/arel-faar/article/view/149>>. Acesso em: 11 jun 2023.
- NASCIMENTO, Roberta Simões. **Teoria da legislação e argumentação legislativa na Espanha e no Brasil: análise dos cenários das leis sobre a violência contra a mulher**. 2018. 699 f., il. Tese (Doutorado em Direito) - Universidad de Alicante, Universidade de Brasília, Alicante – Brasília, 2018.
- NASCIMENTO, Roberta Simões. Teoria da legislação e argumentação legislativa: a contribuição de Manuel Atienza à racionalidade legislativa. **Teoria Jurídica Contemporânea**, v. 2, pág. 157-193.