

A TEORIA DA LEGISLAÇÃO SOB A ÓTICA DE MANUEL ATIENZA

LEGISLATION THEORY FROM THE PERSPECTIVE OF MANUEL ATIENZA

Diego Marafiga Cordeiro¹

Luziana Colombo Lunardi²

DOI: <https://doi.org/10.46550/ilustracao.v7i9.807>

Aceito em: 09.09.2026

Resumo: O presente artigo analisa a Teoria da Legislação sob a perspectiva de Manuel Atienza, destacando a importância da racionalidade no processo de elaboração das leis. Parte-se da compreensão de que a atividade legislativa não deve ser observada apenas sob o aspecto formal, pois a qualidade da norma também depende de sua clareza, coerência com o ordenamento jurídico, capacidade de orientar comportamentos, alcance dos fins sociais e justificação ética. O estudo apresenta os níveis de racionalidade legislativa propostos por Atienza — linguístico, jurídico-formal, pragmático, teleológico e ético — e aborda a razoabilidade como elemento complementar para a avaliação das decisões jurídicas e legislativas. A pesquisa possui caráter teórico e bibliográfico, com abordagem qualitativa, e demonstra que a Teoria da Legislação oferece critérios relevantes para avaliar e aperfeiçoar a produção normativa. Conclui-se que a racionalidade legislativa contribui para uma atuação mais responsável do legislador e para a elaboração de leis mais adequadas às necessidades sociais e aos valores do Estado de Direito.

Palavras-chave: Teoria da legislação; Manuel Atienza; racionalidade legislativa; argumentação jurídica; produção normativa.

Abstract: This article analyzes Legislation Theory from the perspective of Manuel Atienza, highlighting the importance of rationality in the law-making process. It proceeds from the understanding that legislative activity should not be viewed solely from a formal standpoint, as the quality of a legal norm also depends on its clarity, coherence with the legal system, capacity to guide behavior, achievement of social goals, and ethical justification. The study presents the levels of legislative rationality proposed by Atienza—linguistic, formal-legal, pragmatic, teleological, and ethical—

- 1 Mestre em Direitos Especiais pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito – pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, campus Santo Ângelo. Pós Graduado em Direito. Direito Previdenciário, Direito do Trabalho e Ciências Criminais. Graduado em Direito – pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, campus Santo Ângelo. Coordenador e Professor do Curso de Direito da Faculdade de Santo Ângelo - FASA. E-mail: diego.marafiga@hotmail.com.
- 2 Doutoranda do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito – pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, campus Santo Ângelo. Bolsista Capes. Mestre em Direitos Especiais pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito – pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, campus Santo Ângelo. Pós Graduada em Direito Imobiliário, Contratos e Responsabilidade Civil pelo Instituto de Desenvolvimento Cultural (IDC). Pós Graduada em Direito Previdenciário (IMED). Graduada em Direito pelo Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo – IESA. E-mail: luzilunardi@hotmail.com.



and addresses reasonableness as a complementary element for evaluating legal and legislative decisions. The research is theoretical and bibliographic in nature, employing a qualitative approach, and demonstrates that Legislation Theory offers relevant criteria for evaluating and improving normative production. It concludes that legislative rationality contributes to more responsible conduct by the legislator and to the drafting of laws that are better suited to social needs and the values of the Rule of Law.

Keywords: Legislation theory; Manuel Atienza; legislative rationality; legal argumentation; normative production.

1 Introdução

A legislação ocupa posição central na organização da vida em sociedade, uma vez que, por meio dela, o Estado estabelece direitos, deveres e parâmetros destinados a orientar as relações sociais.

À medida que essas relações se tornam mais complexas, também aumentam as demandas dirigidas ao Poder Legislativo, que passa a ser constantemente provocado a oferecer respostas para novos problemas e necessidades. Nesse cenário, não basta que a lei seja formalmente válida ou resulte de um procedimento legislativo regular, sendo necessário refletir também sobre a qualidade das normas produzidas, sua clareza, coerência, eficácia e capacidade de alcançar os objetivos para os quais foram criadas.

O processo de elaboração legislativa deve levar em consideração a forma como determinada demanda social é identificada, discutida e transformada em norma e isso influencia diretamente os resultados que essa legislação poderá produzir. Por essa razão, compreender o Direito exige ampliar o olhar para o momento de produção das leis e para as razões que justificam as escolhas realizadas pelo legislador.

É nesse contexto que a Teoria da Legislação assume especial relevância, pois mais do que se preocupar exclusivamente com aspectos formais de redação normativa, ela permite analisar a atividade legislativa de maneira mais ampla, considerando a relação entre o legislador, os destinatários da norma, o sistema jurídico, os objetivos pretendidos e os valores que fundamentam determinada escolha legislativa.

Assim, diante dessa abordagem é possível questionar não apenas como uma lei deve ser redigida, mas também por que ela deve ser criada, quais problemas pretende solucionar e se os meios escolhidos são adequados para alcançar os resultados esperados.

Entre os autores que se dedicaram ao desenvolvimento dessa perspectiva destaca-se Manuel Atienza, cuja contribuição permite compreender a produção legislativa a partir da racionalidade e da argumentação jurídica. Em sua proposta, a qualidade de uma lei pode ser examinada por diferentes níveis de racionalidade, relacionados à comunicação da mensagem normativa, à sua integração ao ordenamento jurídico, à capacidade de orientar comportamentos, ao alcance das finalidades sociais pretendidas e à justificação ética das escolhas realizadas.

Diante disso, o presente estudo tem como objetivo analisar a Teoria da Legislação a partir das contribuições de Manuel Atienza, com especial atenção aos níveis de racionalidade legislativa e à sua importância para a construção de leis mais adequadas às necessidades sociais.

A problemática que orienta a análise consiste em compreender em que medida a Teoria da Legislação proposta por Manuel Atienza pode oferecer critérios capazes de contribuir para uma produção legislativa mais racional, coerente e comprometida com os fins sociais e os valores que justificam a existência da própria norma. Para tanto, o estudo desenvolve-se a partir de pesquisa teórica e bibliográfica, de abordagem qualitativa, examinando inicialmente a importância da Teoria da Legislação e, posteriormente, os diferentes níveis de racionalidade apresentados por Atienza, bem como a relação existente entre eles e a ideia de razoabilidade.

A reflexão mostra-se relevante porque a qualidade da legislação interfere diretamente na segurança jurídica e na capacidade do Direito de responder aos problemas concretos da sociedade. Pensar a lei desde o momento de sua formação significa reconhecer que o legislador também deve atuar de maneira fundamentada e responsável, avaliando os possíveis efeitos de suas escolhas. Nesse sentido, estudar a racionalidade legislativa representa não apenas compreender melhor o processo de produção normativa, mas também buscar caminhos para que as leis possam cumprir, de forma mais adequada, a função social para a qual foram concebidas.

2 Desenvolvimento

O Direito acompanha a evolução da sociedade desde os tempos mais antigos, adaptando-se às transformações das relações humanas e às necessidades de cada época. Com a convivência em sociedade, surgiram conflitos de interesses, tornando necessária a criação de normas para organizar as relações entre as pessoas e promover a ordem e a paz social. Assim, as condutas passaram a ser orientadas por regras de natureza moral, religiosa e jurídica.

Nesse contexto, os costumes, que até então orientavam comportamentos, atitudes e tomadas de decisão, foram perdendo importância e passaram a dar lugar à elaboração de normas estatais, sob uma formatação escrita. Com o surgimento do Estado moderno, ocorreu a necessidade do crescimento quantitativo de edições de novas regras para a organização do Estado e para a regulamentação das relações sociais na sociedade mercantilista que se formava.

Desde o mercantilismo até o capitalismo, a sociedade passou por profundas transformações econômicas, políticas e culturais. A expansão das nações e o contato entre diferentes povos contribuíram para a formação da sociedade atual, marcada pela diversidade e por diferentes realidades sociais e culturais.

E nesse contexto, a sociedade moderna encontra-se cada vez mais moldada pela presença do Estado, junto à afirmação do individualismo, da liberdade e dos direitos, na busca da autonomia do sujeito, liberdade da sociedade civil e fortalecimento do espaço público. Desse modo, a sociedade passou a ser regida cada vez mais pelas legislações, havendo em consequência disso o enfraquecimento das convicções religiosas e morais.

No Estado Democrático brasileiro, a Lei se apresenta como um dos principais instrumentos de expressão do Direito, pois a legislação surge de procedimento realizado em órgão constitucionalmente competente para representar a vontade dos cidadãos. O Estado de Direito objetiva subordinar as relações ao regime das Leis, pois é da essência da democracia que as decisões fundamentais para a vida em sociedade sejam tomadas pelo Poder Legislativo.

Dessa forma, o comportamento humano em sociedade é regulado pelo direito no que é valorado como juridicamente relevante pelo legislador. A vida humana é conduzida pelo direito e pelos atos que dele emanam, principalmente em face da complexidade.

E é nesse contexto que amplas e variadas demandas por novas normas chegam ao legislador a qualquer momento, que é a quem compete a atividade de legislar, consequentemente imputando uma responsabilidade e impondo ao legislador a obrigação de empreender as providências essenciais reclamadas, além de corrigir as lacunas ou os defeitos identificados na legislação em vigor.

As demandas da vida moderna acabam por impor ao legislador um dever de agir, induzindo a respostas rápidas e eficazes aos problemas que se colocam. É essa formulação com certa urgência de atos normativos que acaba por resultar em suas maiores deficiências, ou seja, a incompletude, a incompatibilidade com a sistemática vigente, incongruência, inconstitucionalidade, por isso, impera a importância de estudar a elaboração legislativa desde sua essência.

Dessa maneira, a teoria da legislação emerge como uma teoria necessária para o controle e a segurança da sociedade, ao passo que apresenta características tanto para o aperfeiçoamento das Leis, quanto para a avaliação de sua qualidade.

A produção do Direito no caso concreto constituiu-se no momento em que o ser humano iniciou a relação entre indivíduos, com o ambiente, na sociedade, por motivos ou finalidades diversas, desenvolvendo um compilado de princípios e razões que servem de base para um sistema jurídico, em que “el Derecho, en todas sus instancias - legislativa, jurisdiccional, doctrial, puede considerarse como un entramado muy complejo de decisiones - vinculadas con la resolución de ciertos problemas prácticos”. (Atienza, 2013, p. 20).

Assim, o Direito institui normas, regras e Leis que recaem sobre situações presentes na sociedade e que produzam ou venham a produzir efeitos jurídicos. As legislações são entendidas como o fruto da vontade, da decisão política do legislador e, por estarem intimamente reservadas ao intérprete, elas não precisam ser justificadas, nem necessariamente racionais.

Os intérpretes das normas “son los jueces (los aplicadores en general) los dogmáticos o los simples particulares, pero no el legislador; el legislador no emite enunciados interpretativos, sino definiciones y normas” (Atienza, 2016, p. 24). E o aplicador do direito - possuidor da capacidade técnica, jurídica e moral para corrigir eventuais defeitos deixados pelo legislador se vale do direito positivo, dos princípios universais do direito e das normas constitucionais.

E, o “crescente papel del Derecho em la sociedade va acompanhado de una cada vez más flerte especialización de los juristas” (Atienza, 2001, p. 17), tendo em vista que, como intérprete, acaba por obter uma responsabilidade que deveria recair absolutamente sobre quem a elabora.

Desde a ascensão do positivismo, o cuidado com a racionalidade foi transferido da fase da criação para a fase da aplicação do direito. Anteriormente a atividade do legislador detinha de presunção de racionalidade, com a elaboração de legislações plenamente racionais, dado que na antiguidade era exibida uma ideia de legislador racional, de um ordenamento absoluto, da ideologia da Lei e da dogmática jurídica, vindo a caracterizar o entendimento de completude do direito com segurança e certeza jurídica (Amado, 2000, p. 304).

À vista disso, há a presunção de uma atividade legisladora racional tanto formalmente quanto materialmente, enfim, a razão suprema do legislador. E o jurista no momento da aplicação deve promover a interpretação dessa racionalidade legislativa:

Por una parte, que el peso de la racionalidad legislativa en el razonamiento judicial y dogmático podría justificar la necesidad de completar la teoría de la argumentación jurídica con el estudio de la legislación. Por otra, que los incipientes trabajos de teoría y técnica legislativa deberían tener en cuenta cuáles han sido las dificultades y los resultados de los estudios sobre el razonamiento jurídico, pues en el fondo el proceso de legislación tiene como objetivo alcanzar decisiones racionales siguiendo un procedimiento institucionalizado, igual que ocurre en los procesos judiciales. Ambas ideas, por lo demás, podrían considerarse una buena razón para avanzar hacia una concepción globalizadora del fenómeno jurídico y de la “lógica” que caracteriza tanto a la producción de las leyes como a la interpretación y aplicación de las mismas (Gema, 1999, p. 186).

Destarte, ainda se atribui ao juiz o direito de fazer ajustes e correções dos atos do legislador no ato de promover a justiça em casos concretos. Parte-se da concepção de que a Lei presumidamente nasce insculpida de racionalidade e que o jurista, a partir de uma visão centrada no dogmatismo, seria um mero desbravador de sentidos e conformidade já existentes nas Leis que está aplicando, sem demonstrar preocupação no momento de sua aplicação.

O operador da atividade jurisdicional é conhecido como um intermediário entre a situação concreta e o direito prévio que ele, enquanto tal, não produziu “em conformidade com o direito. O juiz atua, em todos os casos, com a vontade de lei preexistente e se faz obra da especialização da Lei, é tão só no sentido de que formula, caso por caso, a vontade de Lei concretizada antes do processo” (Chiovenda, 1969, p. 349-350).

O juiz não atua apenas como transmissor da lei, pois sua aplicação também exige interpretação e escolhas diante das possibilidades do texto normativo. Nesse sentido, Atienza critica a formação jurídica tradicional por dar pouca atenção ao processo de produção das normas (Atienza, 2005, p. 6), destacando a participação ativa do intérprete na aplicação do Direito.

A normatização surge com o fato social que acaba por levar o Congresso a legislar, partindo-se das demandas e reivindicações dos cidadãos, grupos sociais, partidos políticos, mídia,

criando-se uma espécie de “situação problema” que chega ao legislador para ser resolvido através da elaboração de uma nova Lei que possa resolver a problemática apresentada.

As normas de conduta sempre moldaram a sociedade em seus mais diversos ápices de desenvolvimento, logo, a história se apresenta como um complexo de ordenamentos normativos que se sucedem, contrapõem-se e se integram. Mas esse assunto, mais precisamente todo o aspecto de elaboração e de aplicação das Leis, por muito tempo recebeu um tratamento mais omissivo, sem muito interesse, tanto por parte dos legisladores quanto da política (Nascimento, 2019, p. 21).

Nesse contexto de reduzido interesse em relação às técnicas legislativas importante pontuação e que realmente chama atenção é que, em nosso país, a matéria de elaboração normativa é um assunto pouco observado, pois no Brasil

não há qualquer tradição doutrinária de estudos sobre legislação. A afirmação pode soar radical (ou demasiado absoluta), mas é a verdade. Somente para ilustrar a afirmação, as escassas publicações sobre técnica legislativa ao longo do tempo – com anos e intervalo entre uma e outra, e cujas principais características são o enfoque exclusivamente formal e a abordagem como ferramenta auxiliar no contexto do processo legislativo – não chegaram a criar propriamente um movimento que resultasse no aprofundamento dos estudos para uma teoria da legislação voltada para os aspectos mais materiais da legislação, ou sequer o desenvolvimento de uma linha de pensamento nacional autêntica sobre o tema (Nascimento, 2019, p. 187).

Então, observa-se uma falta de tradição no Brasil quanto ao estudo da legislação que, se aprofundado, só trará melhorias ao ordenamento brasileiro:

Por seu turno, como visto a produção brasileira se encontra em estágio embrionário, com a maior parte das obras voltadas para a mera reprodução acrítica dos procedimentos legislativos, por um lado, ou para o diagnóstico dos problemas legislativos, por outro, em ambos os casos sem o desejável enfoque argumentativo – no Brasil as teorias da legislação e da argumentação ainda vinham separadas, sem propostas de solução ou do que pode ser feito para melhorar a situação. Ainda predomina muita reflexão estéril, sem prejuízo de algumas exceções. (...) Aos poucos, vêm sendo incorporadas as dimensões além da linguística e jurídico-formal, com análises sobre a avaliação de impacto e da qualidade legislativa. Mas, como visto, ainda são poucos os trabalhos mais voltados para as práticas reais por ocasião da elaboração das leis, os contextos e constrangimentos institucionais, especialmente dentro do próprio Poder Legislativo como melhorá-las (Nascimento, 2019, p. 543).

Assim, a preocupação recai sobre as regras com um olhar voltado para a dogmática, em que bem pontua o autor Manuel Arienza, pois, “enquanto a Dogmática Jurídica está para os intérpretes e aplicadores do Direito, a Teoria da Legislação se dirige, prioritariamente, aos políticos e técnicos da administração envolvidos diretamente com a questão da redação das normas (Hommerding e Lyra, 2014, p. 35 e 36), descritivas em uma análise das disposições normativas que regem as práticas justificadas:

Lo que suele llamarse “dogmática jurídica” – es una disciplina normativa, pero no únicamente em el sentido óbvio em que su objeto son normas, sino también em otros dos sentidos (probablemente igual de óbvios, aunque no siempre se haya así), a saber: em cuanto que utiliza um método normativo (el punto de vista de la dogmática no es el punto de vista externo em relación com las normas) y em cuanto cumple uma función que podría llamarse “normativa”, puesto que el dogmático no se limita a describir las normas vigentes, sino que propone o sugere critérios para la resolución de problemas jurídicos. Para la dogmática, em nuestra opinión, la sistematización de um certo material normativo es uma tares central, pero que constituye un fin em sí misma, sino um médio para realizar lo que constituye su función social más relevante: suministrar criterios para la aplicación, interpretación y modificación del Derecho. Em definitiva, lo que caracteriza a la dogmática no es tanto – o, al menos, no es sólo – su función explicativa, sino su función de justificación (Atienza e Manero, 1991, p. 115).

De forma geral, não é feita uma reflexão sociológica da elaboração das normas para constatar se as mesmas são realmente cumpridas, se há real efetividade da normatização, assim como poucos são os estudos que se desenvolvem em detrimento de valores, natureza e finalidades da atividade legislativa, e “na experiência brasileira, a avaliação legislativa segue desacompanhada de estudos que se proponham a polemizar e difundir o tema da elaboração e revisão das Leis” (Nascimento, 2019, p. 219).

Nesse sentido, pode-se dizer que, apesar de nascerem dos homens e para os homens na sociedade, as normas de conduta se adaptam, se modificam, crescem ou diminuem em número aparente.

O Poder Judiciário, como um dos poderes do Estado, é único e sua estruturação básica encontra-se em nível de Constituição Federal, levando à conclusão de que há algo comum a toda atividade jurisdicional e consequente compreensão unitária do direito processual.

Com o decorrer dos anos, as relações jurídicas foram ficando cada vez mais complexas, reunindo-se assim as normas jurídicas com princípios próprios em sistemas próprios em detrimento à predominância dos interesses, à repercussão social dos fatos e à posição do Estado ou dos detentores do poder perante eles:

Já a técnica legislativa toma como dado às 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) (Hommeriding e Lyra, 2014, p. 13).

Assim, a legislação ganhou importância quando o Estado assumiu a criação e a aplicação do Direito, fortalecendo a proteção dos direitos e o equilíbrio social. Nesse contexto, a elaboração das leis parte da identificação de demandas sociais e envolve todo o processo até sua publicação, demonstrando a importância de uma Teoria da Legislação que dialogue com a hermenêutica, a filosofia e a sociologia.

E a teoria da legislação fornece subsídios úteis à melhoria da qualidade legislativa e auxilia a verificação no tocante a se houve uma correta apreensão dos fatos da realidade considerados e se a solução que se pretende adotar realmente se presta a resolver o problema:

A Teoria da Legislação, diversamente da Dogmática Jurídica que, de regra, parte das normas já assentadas pelo legislador, debruça-se sobre o estudo das necessidades sociais, das peculiaridades linguístico-comunicacionais do discurso jurídico e aos princípios morais, à observância aos fins declarados etc., almejando a otimização da produção das normas, seja pelo Legislativo, seja por certos órgãos administrativos e, derradeiramente, pelo Poder Judiciário (Hommerding e Lyra, 2014, p. 35 e 36).

Então, a teoria da legislação não é somente a técnica legislativa, pois ela abarca o momento da decisão legislativa, oferecendo um mapa de questões a serem formuladas antes mesmo da redação do projeto de lei, propondo modelos para a tomada de decisão racional. Igualmente, engloba preocupações como as consequências de se nada for feito e se é realmente importante a sua criação,

Destarte, a norma jurídica, como produto à 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. (Hommerding e Lyra, 2014, p. 17 e 18).

Sob esse prisma, no campo da teoria da legislação, destaca-se o estudo do professor Manuel Atienza, também jurista e filósofo do direito espanhol, um dos primeiros autores a dar atenção ao tema. Foi ele que introduziu pela primeira vez a temática na Espanha, dedicando-se a contribuir para o desenvolvimento de uma teoria da legislação mais substantiva nos artigos *Sociología Jurídica y ciencia de la legislación* e *Contribución para una teoría de la legislación*. Atienza apresenta-se como referência sobre o estudo da teoria da legislação, ensinando que “el Derecho puede estudiarse, por ejemplo, desde un punto de vista interno o externo, normativo o social, descriptivo o valorativo, síncrono o diacrónico, particular o general” (Atienza, 1997, p. 150), como distinções que geralmente são empregadas para contrastar a dogmática jurídica com as outras disciplinas que também cuidam da legislação como a sociologia do direito, as ciências sociais, etc...,

Por otro lado, el estudio de la legislación admite también una gran pluralidad de perspectivas. Para empezar, la denominada << ciencia de la legislación >> parece que tiene que ser distinguida de la dogmática jurídica, en cuanto disciplina esta última que también tiene a la ley como objeto principal de estudio. Es posible, además, que ésta sea una buena manera de aproximarse al concepto de ciencia de la legislación (Atienza, 1997, p. 17).

A abordagem aos diversos estudos da legislação, incluindo suas limitações e problemas, induz à conclusão de Manuel Atienza sobre a necessidade de articular os instrumentos da

técnica legislativa *stricto sensu* com os outros objetivos do ordenamento jurídico, buscando como finalidade assegurar a elaboração de leis mais racionais,

Para Atienza, a racionalidade, a argumentação jurídica – na interpretação e aplicação do Direito – exige um mínimo de racionalidade legislativa. Seu pensamento é o de que a jurisdição e a legislação são dois momentos de um mesmo processo. A racionalidade jurídica, assim, teria caráter unitário, e se aplica 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-prescritivo ao mesmo tempo) (Nascimento, 2019, p. 55).

Ainda, Manuel Atienza diferencia os contextos institucionais da aplicação judicial do direito e da produção legislativa, em que de um lado “coloca os primeiros como funcionários independentes, sem responsabilidade política, que desenvolvem suas funções de maneira estável e especialistas em Direito” (Nascimento, 2019, p.55), e de outro lado, “situa os legisladores como representantes de algum setor, classe social ou ideologia, (...) Para ele, os legisladores desenvolvem suas funções de modo ocasional, sem que lhes seja exigida qualquer formação específica (não precisam ser juristas)” (Nascimento, 2019, p.55).

Os deveres sociais que esses profissionais detêm são diferentes, sendo que os juízes estão sujeitos a princípios (imparcialidade, independência e a obrigação da motivação de suas decisões) ao passo que aos legisladores não se impõem esses princípios e obrigações.

É de suma importância que as legislações, desde o momento inicial de sua elaboração, estejam incrustadas de valores, finalidades, corroborando, assim, com o caráter instrumental do ordenamento jurídico e com resultados positivos:

Para tratar devidamente tal temática, não basta um paradigma de caráter puramente normativista (a concepção do Direito como um sistema de normas já dado), sendo necessário abraçar o Direito como uma prática social dirigida a obter certos fins e valores, de modo que se torna imprescindível argumentar nesses sentidos (para alcançá-los), inclusive no momento anterior à aplicação das normas, ou seja, ainda durante a gestação, explicando as escolhas legislativas feitas. A decisão legislativa também envolve ponderações realizadas e verificar se as escolhas foram acertadas. (Nascimento, 2019, p. 24).

O conhecimento sobre a legislação engloba tanto a perspectiva científica como a não científica, sendo objeto de análise da teoria da legislação realizada em dois níveis: técnica e teórica. A dogmática jurídica tem como ponto de partida as normas jurídicas - entendidas como uma realidade já existente - para, com base nesse pressuposto, promover uma abordagem dos problemas existentes relativos à interpretação e à devida aplicação, ou seja, a ciência – envolvendo tanto a teoria como a técnica da legislação – observando todo o processo de produção da legislação:

Y a la ciencia de la legislación, el <<después>>: el análisis de los resultados producidos por las normas, es decir, lo que ocurre con las normas – con las leyes – después de que son promulgadas, no puede dejar de considerarse como um pressupuesto essencial para poder encarar com alguna posibilidad de éxito la tarea

de mejorar la legislación (Atienza, 1997, p. 18).

A elaboração da legislação tem uma finalidade clara, “a de materializar a vontade político-deliberativa e promover outras virtudes e valores democráticos e, sobretudo, de expandir a racionalidade para o momento legislador do Direito” (Nascimento, 2019, p. 27). O processo de produção de leis compreende os seguintes elementos: editores, destinatários, sistema jurídico, fins e valores, isto é, esse conjunto de elementos é conhecido como leis, as quais constituem o ponto de partida para a interpretação e aplicação do direito:

Se ha dicho ya que la técnica legislativa se plantea como objetivo la optimización de la producción de las leyes, y la teoría de la legislación, la explicación del fenómeno de la legislación desde una perspectiva general. Pues bien, el proceso de producción de la leyes – la legislación – puede verse como una serie de interacciones que tienen lugar entre elementos distintos: editores, destinatários, sistema jurídico, fines y valores. Desde una perspectiva muy abstracta, puede decirse que los editores son los autores de las normas; los destinatários, aquellos a quienes éstas se dirigen; el sistema jurídico, el conjunto del que pasa a formar parte de la nueva ley; los fines, los objetivos o metas (entendidos em el sentido más amplio) que se persiguen al establecer las leyes; y los valores, las ideas que sirven para justificar dichos fines. El producto de tales interacciones son las leyes. Estas constituyen, al mismo tiempo, el punto de partida para nuevos procesos (la interpretación y aplicación) em los que se centra la dogmática jurídica y que no pueden dejar de tomarse en consideración si se desea comprender, e intervenir em, la producción legislativa (Atienza, 1997, p. 24).

A produção das normas passa por um nível pouco esclarecido no tocante à distinção dos momentos em que ela se estabelece (produção, interpretação até chegar ao momento de sua aplicação). Ademais, a dogmática jurídica compreende na produção das normas a atuação de juízes e funcionários que as aplicam, bem como a técnica legislativa engloba a aplicação e interpretação da Lei. 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” (Hommerding e Lyra, 2014, p. 17). Então, Atienza em relação as perspectivas da teoria da legislação propõem a incorporação a um sistema dinâmico, articulando aspectos descritivos e prescritivos da Lei,

Mientras que la técnica legislativa (advirtase que aqui ya no hablo de <<ciencia>>) toma igualmente como dato a las normas jurídicas ya existentes, junto com las necesidades sociales, las peculiaridades del lenguaje jurídico, etc., y, a partir de ahí, trata de conseguir, como resultado, la optimización de la producción de las normas provenientes del legislativo y de certos organos administrativos. Em consecuencia, la una se dirige basicamente a los interpretes y aplicadores de Derecho (jueces, abogados, funcionários, etcetera) y la outra a los políticos (miembros dl legislativo y de los altos órganos de la Administración) que asesoran o directamente redactan esas normas (Atienza, 1997, p. 19).

De tal maneira, para Manuel Atienza os estudos de legislação parecem encontrar, em um primeiro momento de seu desenvolver, problemas pontuais:

El primero es el de buscar uma unidad, o al menos una unidad, o al menos

una certa articulación, entre saberes tan heterogéneos como los aquí implicados, evitando la simple apelación a esquemas vagamente interdisciplinares. El segundo es el de definir el estatuto epistemológico de este tipo de estudios precisando, quizás, la distinción entre técnica y teoría. Y el tercero es el de evitar el uso de ambas como ideologías destinadas no a superar la crisis, sino a enmascararla; me parece que una actitud de este último tipo es la que asumen quienes pretenden que la crisis <<de crecimiento>> que se corrige simplemente mejorando la cálida técnica de las leyes (Atienza, 1997, p. 25).

Sendo assim, uma maneira de defrontar esse desafio triplo apresentado seria o esclarecimento da ideia de “racionalidade de uma legislação” que se encontra presente em praticamente todos os estudos sobre a legislação, tendo ou não um caráter prático:

Em que pese a simplicidade como expõe sua teoria, a verdade é que as ideias de Atienza são extremamente sofisticadas e não seria exagero dizer que expõe uma das visões mais complexas (e completas, até o momento) sobre a racionalidade da atividade legislativa e, talvez, a única teoria dedicada ao estudo da legislação a partir do enfoque argumentativo. Sua teoria poderia ser inserida no âmbito da argumentação material: para que uma lei seja considerada justificada do ponto de vista argumentativo, teria que apresentar fundamentos para cada uma das racionalidades indicadas (Nascimento, 2019, p. 65).

Então, demonstra-se necessário o desenvolvimento de uma teoria mais pragmática, com a finalidade de estudo e elaboração dos argumentos mais utilizados de cada uma das categorias, com a argumentação ocorrendo na fase de estabelecimento da norma, de sua interpretação e aplicação. Para concretizar essa análise legislativa, Manuel apresenta níveis de racionalidade com base em um estudo racional dividido em níveis pré-estabelecidos.

O professor Manuel Atienza, em seu estudo sobre o processo de produção das normas, aponta para a necessidade de a argumentação jurídica ter de ocorrer no momento de interpretação e aplicação do Direito, principalmente no processo de sua produção, ou seja, no momento do seu estabelecimento.

Na busca da produção de uma lei mais racional, isto é, para a racionalização da prática legislativa, propõe cinco níveis de racionalidade aos textos legislativos, os quais contribuem para avaliar a qualidade final do produto legislativo, definindo-os da seguinte forma:

En mi opinión, cabe distinguir cinco modelos, ideas o niveles de racionalidade: una racionalidad comunicativa o lingüística (R1), en cuanto que el emisor (edictor) debe ser capaz de transmitir con fluidez un mensaje (la ley) al receptor (el destinatario); una racionalidad jurídico-formal (R2), pues la nueva ley debe insertarse armoniosamente en un sistema jurídico; una racionalidad pragmática (R3), pues la conducta de los destinatarios tendría que adecuarse a lo prescrito en la ley; una racionalidad teleológica (R4), pues la ley tendría que alcanzar los fines sociales perseguidos; y una racionalidad ética (R5), pues las conductas prescritas y los fines de las leyes presuponen valores que tendrían que ser susceptibles de justificación ética (Atienza, 1997, p. 27-28).

Então, “la racionalización de la actividad legislativa puede entenderse (y, de hecho, se entiende) de diversas maneras” (Atienza, 1997, p. 27): como a racionalidade referir-se à legislação

como tal, compreendendo a função que cumpre no contexto de sistema jurídico; referir-se ao processo de elaboração das leis; e também a racionalidade em relação ao resultado desse processo.

Assim, “el proceso de la producción de las leyes puede verse (...) como una serie de interacciones que tienen lugar entre elementos distintos (los edictores, los destinatários, el sistema jurídico, los fines e los valores) y que dan lugar a diversos niveles de racionalidade” (Atienza, 1997, p. 92). Esses níveis de racionalidade têm valores que atuam como objetivos finais, apresentando os critérios para que possíveis conflitos que possam existir sejam resolvidos.

Os níveis de racionalidade possuem grau hierarquizado “e igualmente se advierte que esas formas o técnicas de interpretación están conectadas entre sí de manera que cada una de ellas presupone, por un lado, la anterior, y se subordina a la anterior” (Atienza, 1997, p. 98), ou seja, um nível é hierarquicamente superior ao nível anterior, o que revela que, na ocorrência de possíveis conflitos entre os níveis, os mesmos serão resolvidos com os níveis superiores sendo priorizados.

O primeiro nível de racionalidade é o da racionalidade linguística ou comunicativa (R1), a qual dá prioridade à linguagem, havendo um dever de transmitir com clareza a mensagem legislativa. Então, em um sistema jurídico de comunicação “el editor y el destinatario de las leyes se ven, respectivamente, como emisores y receptores de cierto tipo de informaciones que se organizan en un sistema (el sistema jurídico es visto esencialmente como un sistema de información)” (Atienza, 1997, p. 28).

Nesse nível percebe-se uma comunicação fluída (legislação), sem ruídos entre o emissor (legislador) e o receptor (destinatário final), pois existindo ruídos, isto é, sendo inviável a comunicação, de forma que ocorra o fracasso da lei como ato de comunicação, apresenta-se a irracionalidade da legislação no nível R1:

Dicho de otra forma, una ley puede no ser cara para quien tiene que cumplir los mandatos que la misma contiene (por ejemplo, los de una ley tributária), sin que ello signifique que la misma sea defectuosa linguisticamente (bastaría, por ejemplo, con que resultar clara para los assessores fiscales, inspectores de Hacienda, etc.). El fin de la actividad legislativa em R1 es sencillamente la comunicación fluida de mensajes normativos. Y el valor que subyace a dicho fin es un valor de tipo instrumental en el sentido de que aqui no se trata de la comunicación libre de toda coacción a la que hacen referencia teorías como la de HABERMAS para definir una situación ideal de dialogo (Atienza, 1997, p. 29).

Promover esse nível de racionalidade na legislação acarreta a utilização dos conhecimentos provenientes da linguística, lógica, informática e psicologia cognitiva, entre outros, com a finalidade de evitar as ambiguidades sintáticas, lacunas e incoerências que decorrem do caráter impreciso da linguagem. É preciso se estudar um texto que facilite a compreensão e não permita erros cognitivos por interferências.

Porém, nesse primeiro nível, essa clareza da comunicabilidade só é válida conjuntamente com características encontradas em outros níveis de racionalidade. As leis geralmente não são

totalmente racionais em razão, principalmente, da ocorrência de muitas oportunidades para que um Lei seja falha como ato comunicativo,

entre otros, pueden contener defectos sintáticos o oscuridades semanticas; pueden no haber funcionado correctamente los medios de comunicación encargados de transmitir e mensaje; es posible que los destinatários no tengan un nivel de preparacion adecuado para comprender el mensaje; etc (Atienza, 1997, p. 30).

Nesse nível, um entender irracional se configura quando a mensagem a ser transmitida é totalmente ao contrário da mensagem que se deseja transmitir, ou seja, existe uma contradição.

O segundo nível é o da racionalidade jurídico-formal (R2), sendo que as legislações devem ser inseridas de forma harmônica com o ordenamento jurídico, seguindo uma ordem normativa compreensível, sem a existência de lacunas e contradições na regulamentação do tema proposto, pois “el sistema jurídico se entiende aquí precisamente como un sistema (la noción de ordenamiento jurídico de la teoría del Derecho)” (Atienza, 1997, p. 32). Logo, a racionalidade jurídico-formal compreende um editor e um destinatário das Leis, que são os órgãos e indivíduos compreendidos como tal pelo sistema jurídico.

O que o nível de racionalidade jurídico-formal busca concretizar é que uma legislação deve sistematicamente englobar um sistema seguro, levando em consideração o comportamento humano e suas devidas consequências a fim de que não ocorram situações de Leis contraditórias ou obscuras:

Sin embargo, el valor seguridad no es tampoco un valor último. La idea de seguridad o previsibilidad implica en si misma un valor (pues sin un minimo seguridad no habria derecho, ni leyes, ni organización social), pero este valor es graduable en funcion de que sea lo que se asegura; es decir, el valor seguridad remite a otros valores, como la libertad y la igualdad (Atienza, 1997, p. 32).

Na racionalidade jurídico-formal uma Lei será considerada irracional se contribuir para que ocorra o desgaste da estrutura do ordenamento jurídico, por não serem observados os princípios já estabelecidos pelo ordenamento, ou pela inclusão de novos critérios alheios à lógica respectiva, pela derrogação equivocada, entre outros, consequentemente afetando de uma forma negativa o sistema do Direito:

Sin embargo, para su desarrollo es necesario ir más allá de los conocimientos característicos de la dogmática, no sólo em el sentido de que habría que adaptar éstos al contexto de la proucción de las leyes, sino también en el sentido de que deberían ser completados con un amplio uso del Derecho comparado (mucho mayor de lo que es usual en los trabajos característicos de la dogmática), de la teoria general del Derecho (que debe sufrir ahora una transformación importante como consecuencia de una orientación mayor hacia la legislación) o de la lógica jurídica (Atienza, 1997, p. 33).

A racionalidade jurídico-formal tem uma sistematicidade que exige que sua atuação seja feita de modo interno, dentro da própria Lei, para que não existam lacunas ou contradições na regulamentação do tema proposto; e de modo externo, a Lei em observação às regras e aos princípios já constantes do ordenamento jurídico.

No nível de racionalidade R2 os valores dominantes são a segurança jurídica e a supremacia da Constituição. O objetivo é aumentar a racionalidade da atividade legislativa por meio da criação de diretrizes legislativas, elaborando uma formalização da redação normativa, estabelecendo detentores especializados nos órgãos da Administração.

No terceiro nível tem-se a racionalidade pragmática (R3) em que a conduta dos destinatários se adéque às prescrições da Lei, “aquí, el edictor es, esencialmente, el soberano político, entendiendo por tal quien tiene poder para ser obedecido (y no solo para dictar normas formalmente válidas)” (Atienza, 1997, p. 36). Os destinatários são a quem a Lei se destina, ou seja, à qual devem obediência.

Se a legislação é significativamente observada e obedecida de forma espontânea, se há a eficácia social da Lei, haverá a racionalidade, “el fin es conseguir que las leyes sean obedecidas o, dicho quizás en forma más general, que las leyes no sean sólo enunciados lingüísticos, sino también <<Derecho em acción>>” (Atienza, 1997, p. 36).

A irracionalidade no nível R3 ocorrerá se a Lei fracassar como diretiva destinada a influenciar o comportamento social, “cabe decir que el fracasso puede deberse a motivos subjetivos, esto és, a falta de sanciones adecuadas o bien a factores objetivos (falta de cobertura financeira, administrativa, etc.)” (Atienza, 1997, p. 36), sugerindo-se técnicas advindas da ciência política, psicologia, sociologia para reduzir a irracionalidade pragmática.

No contexto da irracionalidade do nível R3, também se enquadram as Leis elaboradas para não ser cumpridas, fato que se observa com frequência e que está diretamente interligado ao uso simbólico do direito. Apesar disso há casos em que pode ser verificado o cumprimento da norma pelos destinatários, mesmo sendo estabelecida para não ser cumprida.

Ademais, ainda é possível o não cumprimento da Lei pelo destinatário por falta de motivação subjetiva dos destinatários, o que se estuda resolver com o estabelecimento de sanções positivas e negativas adequadas:

Sin embargo, el tema de las sanciones es un tema aun muy insuficientemente tratado pela sociología y la teoría del Derecho. Las teorías tradicionales de la sanción (incluidas las de autores que, como BENTHAM, si tuvieron en cuenta la importancia de las sanciones positivas) tienen, entre otros, el limite de que toman como punto de referencia al individuo, y no a la orgaizaciones, es decir, están concebidas para un tipo de Derecho distinto el actual (como se sabe, en la aplicación de Derecho, las organizaciones - las burocracia, etc. - juegan hoy un papel relevante) (Atienza, 1997, p. 37).

Então, a racionalidade pragmática deve buscar observar os modelos da ciência política, da psicologia e sociologia na busca da criação de legislações eficazes com a finalidade de serem cumpridas.

No quarto nível, a racionalidade é a teleológica (R4) em que o foco é a finalidade da legislação, analisando se ela realmente alcançou os fins sociais aos quais se propôs, cujos editores são “los portadores de los intereses sociales, particulares o generales, que logran que los mismos

se traduzcan en leyes.” (Atienza, 1997, p. 37). E os destinatários das Leis “no son unicamente los particulares o los organos administrativos a los que se dirigen las disposiciones legales, sino que pueden serlo también individuos o grupos no comprometidos en el cumplimiento de la norma” (Atienza, 1997, p. 37).

A irracionalidade surge neste quarto nível quando a Lei não alcança os fins almejados, ou termina por originar efeitos que não são previstos por si sós, sem levar em consideração se esses efeitos não previstos foram desejados ou não:

Em el nivel R4, cabe decir que una ley es irracional si y en la medida en que no produce efectos o produce efectos no previstos y que no pueden tampoco considerarse como deseados o deseables, Para evitar estas situaciones habrá que acudir a la sociología de la organización, al análisis económico del Derecho, a la sociología del Derecho, a las teorías de la implementación, etc. (Atienza, 1997, p. 38).

A falta de eficácia da legislação no nível R4 é um problema de definição dos meios idôneos para que se obtenham os fins sociais determinados e não a simples falta de cumprimento da lei. Nesse caso, não se trata simplesmente da eficácia social da Lei, pois a mesma pode ser cumprida pelos destinatários e não chegar ao fim almejado.

E, no quinto nível de racionalidade, apresenta-se uma racionalidade ética (R5), “los edictes son vistos desde el punto de vista de quiénes están legitimados, y em qué circunstancias, para ejercer poder normativo sobre otros. El problema esencial de los destinatários es, por tanto, el e cuando existe obligacion ética de obedecer a las leyes” (Atienza, 1997, p. 39). Logo, nesse nível, um determinado sistema ético que seja escolhido como referência é que passa a delinear um conjunto de normas. Então, se uma Lei não está justificada de forma ética ou se foi editada por quem não tem legitimidade ética, essa Lei será considerada irracional.

No tocante à racionalidade ética, o autor Diez Ripollés traz seu posicionamento de delimitação ao campo de atuação de todas as racionalidades, afirmando que “pertence igualmente el critério democrático, esto es, el critério que, una es aseguradas com los principios estructurales as referencias éticas, vá a permitir legitimar decisiones concretas controvertidas en las subsiguientes racionalidades o en la interrelación entre ellas” (Ripollés, 2003, p. 93).

Enfim, esses são os cinco níveis de racionalidade estudados por Manuel Atienza: R1 – racionalidade linguística, em que o emitente da legislação deve transmiti-la com clareza ao destinatário; R2 – racionalidade jurídico-formal, devendo uma lei ser incluída no sistema jurídico de forma harmoniosa; R3 – racionalidade pragmática, na qual deve haver conformidade entre o lado comportamental dos destinatários com o que se encontra prescrito em lei; R4 – racionalidade teleológica, sendo que a lei deve alcançar os fins sociais almejados; R5 – racionalidade ética, em que se pressupõem valores que devem ser suscetíveis de justificativa ética nos propósitos da Lei e nos comportamentos prescritos.

Analiticamente, para Manuel Atienza, uma Lei se encontra justificada sob a óptica argumentativa quando as razões que lhe criaram satisfação simultaneamente os cinco níveis de racionalidade proposto.

Dando continuidade aos estudos da racionalidade das Leis, Manuel Atienza entendeu necessário acrescentar mais um nível, de metarracionalidade, que poderia ser referida como R6 – “razoabilidade”. De acordo com esse nível, deve existir um equilíbrio na concretização das finalidades (racionalidades) anteriores de modo que, na ocorrência de algum sacrifício em relação a algum dos fins, deve ser feito a um custo razoável:

En todo caso, la insuficiencia de los anteriores criterios para resolver todos los problemas de evaluación puede entenderse como una llamada a la idea de razonabilidad. Ahora bien, de «razonabilidad» puede hablarse en varios sentidos. En su acepción probablemente más general, se aplica a cualquier decisión judicial (jurídica), pues la razonabilidad marca, simplemente, el límite de lo justificable, de lo jurídicamente aceptable; incluso la decisión más simple, más incuestionable, tiene que ser razonable: la razonabilidad – digamos – es algo más que la racionalidad en el sentido estricto, aunque en ocasiones actuar – decidir – de manera razonable signifique hacerlo en forma estrictamente racional. Pero, en un sentido más específico, la razonabilidad entra en juego únicamente a propósito de ciertas decisiones, de ciertas argumentaciones. O se, la necesidad de ser razonable (a veces es requerida explícitamente por el propio Derecho) se plantea cuando, en relación con un cuestión, parece existir, en principio, un cierto margen para decidir de una manera o de otra (Atienza, 2013, p. 563).

Assim, a argumentação razoável serve, em grande medida, para o Direito. Apesar de semelhante, a razoabilidade não se confunde com eficiência; apenas se assemelha com a ideia de proporcionalidade.

Com efeito, a esses cinco níveis de racionalidade, depois acrescentou um nível de metarracionalidade – que poderia ser referido por “R6” (embora o próprio autor não o tenha feito em seu modelo) -, qual seja, a “razoabilidade”, assim entendida a exigência de que exista um equilíbrio na concretização das finalidades anteriores, de maneira que o eventual sacrifício a algum dos fins deveria ser feito a um “custo razoável” (Nascimento, 2019, p. 55).

Ainda, a razoabilidade está conectada com a ideia de aceitabilidade, como aceitação geral dentro de um contexto valorativo; por isso, a razoabilidade é algo mais relacionado à racionalidade, a um resultado razoável da interpretação e não do procedimento razoável de justificação, em que “o conceito de racionalidade está conectado com a conclusão, quer dizer, com o conteúdo material da interpretação e não com a forma do raciocínio ou com as propriedades do procedimento justificativo” (Aarnio, 1991, p. 247).

Para Manuel Atienza, ocorre a influência da teoria da argumentação jurídica na importância da razoabilidade e da ponderação na resolução de casos difíceis; uma racionalidade prática deveria ser ampliada para que contemple uma teoria da equidade, da discricionariedade ou da razoabilidade, oferecendo critérios para a solução dos casos difíceis.

O sexto nível de racionalidade trata da noção de razoável ligada ao equilíbrio, que leve em consideração todos os elementos de uma situação, alcançando o aceitável, a partir de pontos de acordo entre demandas contrapostas para que uma tolere a outra.

Relacionando esse sexto nível de racionalidade com o Direito, a razoabilidade consiste em conquistar o consenso, valendo-se de fundadas razões não somente de cunho positivista, mas também axiológico, num processo dialógico e comunicativo com a finalidade de aceitação geral; deste modo, o razoável é racional.

A razoabilidade deve ser utilizada em determinadas decisões e argumentações, surgindo quando em determinada situação existir certa margem para decidir de um modo e não de outro:

Es lo que puede ocurrir cuando se trata de evaluar dos justificaciones judiciales, de signo contrapuesto, sobre un mismo caso: ninguna de las dos —imaginemos— comete errores inferenciales, deja de utilizar el sistema de fuentes establecido, recurre a cánones de interpretación extravagantes o resulta incoherente en relación con alguna interpretación (más o menos plausible) de los valores del ordenamento (Atienza, 2013, p. 563).

Assim sendo, uma decisão pode ser considerada razoável quando o juiz consegue chegar a um consenso entre as demandas contrárias, de forma a tornar a decisão aceitável e levando em considerações todos os elementos do caso.

Todos os níveis de racionalidade legislativa elaborados objetivam, primeiramente, “una unidad, o al menos una certa articulación, entre saberes tan heterogéneos como los implicados en los estudios sobre la legislación” (Atienza, 1997, pp. 54 e 55), estabelecendo finalidade em que as quatro primeiras seriam instrumentais e a última de justificação ética. Em um segundo momento buscam “definir o precisar el estatuto epistémico de los estudios sobre la legislación” (Atienza, 1997, p. 55), mostrando a maneira como fortalecer a racionalidade e consequentemente dificultar a irracionalidade.

E, em um terceiro momento, “evitar un uso ideológico, una sobrevaloración de la teoría y de la técnica de la legislación que lleve no ya a la solución, de problemas sino, a su enmascaramiento” (Atienza, 1997, p. 55).

Nesse interim se desenvolvem dois modelos de análise, interno e externo, assim delineados:

Uno es un análisis de tipo interno: cada modelo o idea de racionalidad construye de una certa manera los elementos de la actividad legislativa; permite distinguir ciertas disciplinas que cumplen un papel rector, de otras que tienen un carácter simplemente auxiliar, define una noción de irracionalidad; y sugiere que técnicas utilizar para incrementar la racionalidad. El otro tipo de análisis podría llamarse externo, en cuanto que se trataría de mostrar las relaciones que guardan entre sí estos diversos niveles de racionalidad: así, cabría decir que entre ellas se dan tanto relaciones de compatibilidad (por ejemplo, entre R1 y R2), como de dependencia (una mínima racionalidad lingüística o comunicativa es condición necesaria para los otros niveles de racionalidad), o incluso de incompatibilidad (por ejemplo, entre R4 y R5, o entre R2 y R4) (Atienza, 1997, p. 28).

A análise da racionalidade legislativa de tipo interno compreende os elementos da atividade legislativa com o qual se delimita um critério de racionalidade, fazendo com que algumas técnicas se insurjam reforçando a racionalidade. Já a análise da racionalidade legislativa de tipo externo se desenvolve em duas fases. Primeiramente com a finalidade de mostrar como esses níveis se relacionam entre si, “la noción de racionalidad legislativa es considerablemente compleja, en cuanto que la misma envuelve técnicas y saberes de procedência muy heterogénea y no facilmente articulables entre si” (Atienza, 1997, p. 94), e de outro modo, “los diversos niveles de racionalidade plantean a veces exigências contradictorias o, por lo menos, no facilmente armonizables.” (Atienza, 1997, p. 94). A segunda fase da análise da racionalidade legislativa externa busca mostrar a combinação das noções de racionalidade para a concretização do processo da legislação.

Nesse contexto os níveis de racionalidade que o doutrinador Manuel Atienza propõe auxilia a análise da eficácia e os efeitos sociais das leis, observando o alcance dos níveis de racionalidade conforme comentam:

Em suma, a proposta de Atienza, o processo de produção das leis (a legislação) constitui-se num processo dinâmico composto de uma série de interações entre elementos distintos: editores, destinatários, sistema jurídico, fins e valores, que se cruzam em cinco níveis de racionalidade: a) linguística (a mensagem deve fluir, de forma clara, ao seu destinatário); b) jurídico-formal (que se centra na legitimação pelo procedimento, bem como na forma com que a lei toma assento no ordenamento jurídico); c) pragmática (um vez que a lei deve, de forma efetiva, motivar as pessoas, servindo como orientação e aprendizagem); d) teleológica (a lei deve buscar e alcançar os fins declarados); e por fim, e) ética (já que a lei deve responder a uma justificação ética) (Hommerding e Lyra, 2014, p. 39).

A racionalidade da argumentação jurídica exige um mínimo de racionalidade legislativa e sua preocupação é com a construção de uma teoria da legislação que tenha por objetivo não só de descrever, mas também de explicar e propor procedimentos que incrementem a racionalidade da prática legislativa existente, vislumbrando que a legislação atenda a dados relevantes da realidade social.

Nessa senda, compreende-se o Direito como um procedimento, um método com o intuito de conciliar interesses, solucionar problemas e resolver conflitos. Por ora se reconhece que isso deve ter como ponto de partida não somente das Leis, mas necessariamente com elas, ao menos enquanto as Leis tenham papel destacado para que o Direito alcance seus objetivos.

Assim, o objetivo de incrementar a racionalidade das Leis, em torná-las melhores e mais racionais, contribui para a racionalidade do Direito em seu conjunto:

A partir da 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 (Hommerding e Lyra, 2014, p. 11).

A Teoria da Legislação busca orientar a criação de leis mais adequadas aos valores e objetivos que pretendem alcançar. Assim, não se limita a explicar o que a lei “é”, mas também

contribui para definir o que ela “deve ser”, aproximando teoria e prática no processo legislativo (HOMMERDING; LYRA, 2014, p. 17).

A construção de um Estado Constitucional presume a motivação das decisões no âmbito da elaboração legislativa e, igualmente, que sejam aprofundados os estudos, sendo necessários até mesmo para organizar as peças para a construção de uma teoria mais abrangente e para a uniformização de determinadas categorias usadas ainda sem o devido cuidado.

Desse modo, “una teoria da legislación debe concebirse, obviamente, como una parte de una teoría del Derecho, y esta última em el contexto e una teoría de la sociedad” (ATIENZA, 1997, p. 71), pois existe a necessidade de uma verdadeira teoria da legislação que possa fornecer uma estrutura adequada a sua tarefa, facilitando o englobar de uma teoria geral do direito:

[...] en efecto, si se contempla la sociología jurídica legislativa desde la vertiente de la técnica legislativa, entonces el problema que surge es el del desnivel existente entre el desarrollo de conocimiento social (en este caso, socio-jurídico) y la complejidad del mundo social (Atienza, 1997, p. 73).

A racionalidade para Manuel Atienza deve compor uma espécie de fundamento na qual os diversos saberes e práticas se baseiam,

Tendríamos así por un lado, una serie de técnicas jurídicas encaminadas a incrementar la racionalidad del Derecho y en donde cabría diferenciar - aunque únicamente como momentos de un mismo proceso de racionalización - la técnica o técnicas legislativas y la técnica de la interpretación y aplicación del Derecho (la dogmática jurídica en su sentido tradicional). Por otro lado, a partir de aquí habría que se desarrollar una teoría del Derecho que elabore los marcos conceptuales en que se inscriben esas técnicas, que ofrezca una explicación totalizadora del fenómeno jurídico - que incluya, pues, tanto el momento de la aplicación como el de la producción de las normas -, y que permita conectar la cultura y la práctica jurídica en general con el conjunto de los saberes y de las prácticas sociales. Pero ello exige partir de una concepción unitaria, estructurada y amplia de la racionalidad, que no limite el comportamiento racional a la actividad de seguir normas preestablecidas, ni renuncie a plantarse la cuestión de la justificación - la racionalidad - de los fines (Atienza, 1997, p. 100).

A importância da racionalidade da legislação, utilizada como base na elaboração legislativa, atribui ao legislador ainda mais responsabilidade em sua atuação:

pode-se dizer que o interesse da argumentação legislativa está justamente nesses pontos intermediários entre a total liberdade do legislador (que não precisaria jamais dar razões) e uma estrita obrigação dos legisladores (de motivar sempre). É dizer, sem desprezar as razões institucionais que lhes conferem poderes para determinar o que será o Direito, pedir-lhes que ao fazê-lo apresentem razões capazes de sustentar a escolha legislativa, ainda que com singela pretensão e correção, não deveria ser algo tão polêmico ou escandaloso (Nascimento, 2019, p. 22).

Mesmo que a qualidade da argumentação legislativa, isto é, que a lei não atinja a sua finalidade, “uma teoria da argumentação no âmbito legislativo deve ter o objetivo de fomentar para que ambos (as leis e os seus argumentos) andem o mais próximo possível” (Nascimento,

2019, p. 410), pois a racionalidade global da lei não pode ir tão distante da argumentação, sobretudo a justificativa que a acompanha.

Então, “trata-se de não apenas tornar explícitas as razões que impulsionaram os legisladores a uma determinada decisão legislativa, mas também de encontrar quais delas são as que realmente servem como fundamento para a aprovação da lei em questão” (Nascimento, 2019, p. 24 e 25). Entende-se essa atribuição racionalizada ao legislador como uma proteção à segurança do direito, com a finalidade de decisões legislativas devidamente justificadas.

De modo geral a argumentação legislativa não recebe a devida atenção por parte dos legisladores e dos juristas, motivo pelo qual Manuel Atienza coloca a questão sob os holofotes, com a finalidade de dar-lhe uma maior visibilidade tanto em termos descritivos quanto normativos. Por essa razão é que ele propõe esses níveis de racionalidade para a elaboração das legislações, as quais contribuem também como método de correção e ideais normativos. Por fim, esse estudo, entendido como base, faz-se necessário não somente no momento de elaboração da legislação, mas também na aplicação do Direito, avaliando a qualidade final do produto legislativo (NASCIMENTO, 2019, p. 410).

Em vista disso, revela-se imperiosa a observação de tal atividade, adotando-se os critérios de uma teoria da legislação inculcada a uma racionalização que forneça subsídios úteis à melhoria da atividade legislativa.

Por fim, o estudo e aperfeiçoamento da ideia de racionalidade das Leis, englobados todos os níveis de racionalidade apresentados, demonstra-se imperioso para um futuro de legislações seguras em nosso ordenamento. A responsabilidade de estudo e motivação devem nascer desde o momento em que se decide intervir legislativamente em uma demanda ou problema social, passando por suas técnicas elaborativas e publicação até se chegar, então, à sua efetiva aplicação.

3 Considerações finais

A análise desenvolvida ao longo deste estudo permite compreender que a elaboração das leis não deve ser vista como uma atividade meramente formal ou limitada ao cumprimento das etapas previstas no processo legislativo.

A norma jurídica nasce em determinado contexto social e busca oferecer respostas a problemas concretos, razão pela qual sua qualidade depende também das escolhas realizadas antes e durante sua elaboração. Nesse sentido, a Teoria da Legislação amplia a compreensão tradicional do fenômeno jurídico ao direcionar a atenção para o momento em que o Direito é produzido.

A contribuição de Manuel Atienza aproxima a atividade legislativa da racionalidade e da argumentação jurídica, ao defender que as escolhas do legislador também precisam ser justificadas. Assim, a criação das leis não se limita à vontade política, mas exige reflexão sobre os problemas, objetivos e valores envolvidos.

Os níveis de racionalidade apresentados por Atienza permitem observar a legislação sob diferentes perspectivas que se complementam: a racionalidade linguística evidencia a necessidade de uma comunicação normativa suficientemente clara; a jurídico-formal exige que a nova lei se integre de maneira coerente ao ordenamento; a pragmática preocupa-se com a capacidade da norma de orientar efetivamente a conduta de seus destinatários; a teleológica direciona a análise para o alcance dos objetivos sociais pretendidos; e a ética exige que os fins e comportamentos estabelecidos pela legislação possam ser adequadamente justificados. A ideia de razoabilidade, por sua vez, contribui para buscar equilíbrio entre essas diferentes exigências quando sua realização simultânea apresentar dificuldades.

Nessa perspectiva, a qualidade de uma lei não depende apenas de sua aprovação e validade formal. É necessário que seja clara, coerente com o sistema jurídico, aplicável e capaz de alcançar seus objetivos e valores. A racionalidade legislativa permite analisar esses diferentes aspectos de forma integrada.

Desse modo, é possível concluir que a Teoria da Legislação de Manuel Atienza oferece critérios relevantes para o aperfeiçoamento da produção normativa, na medida em que possibilita analisar a lei desde sua formação e não somente após sua entrada em vigor. Seus níveis de racionalidade funcionam tanto como parâmetros para avaliar legislações existentes quanto como referências capazes de orientar a elaboração de novas normas, contribuindo para identificar possíveis falhas antes que elas produzam consequências no ordenamento jurídico e na realidade social.

Enfim, a Teoria da Legislação reforça a importância de pensar a qualidade da norma desde sua elaboração, evitando que problemas sejam deixados apenas para os intérpretes e aplicadores do Direito. Nesse sentido, Manuel Atienza demonstra que legislar exige mais do que cumprir procedimentos formais, pois envolve racionalidade, argumentação e análise das consequências das escolhas realizadas. Assim, uma produção legislativa mais cuidadosa contribui para leis mais claras, coerentes e adequadas às necessidades da sociedade.

Referências

AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable: un tratado sobre la justificación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

AMADO, Juan Antonio García. Razón práctica y legislación. *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, n. 9, 2000. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/17195>. Acesso em: 23 jul. 2026.

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

ATIENZA, Manuel. Entrevista a Robert Alexy. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 24, 2001. Disponível em: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10227/1/doxa24_27.pdf. Acesso em: 2 jul. 2026.

ATIENZA, Manuel. Las razones del Derecho: teorías de la argumentación jurídica. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005. Disponível em: https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2017/03/Las-razones-del-derecho-Manuel-Atienza-Legis.pe_.pdf. Acesso em: 2 jul. 2026.

ATIENZA, Manuel. Curso de argumentación jurídica. Madrid: Trotta, 2013. Disponível em: https://0201.nccdn.net/1_2/000/000/0e0/b35/ATIENZA_Manuel_Curso_de_Argumentacion_Ju.pdf. Acesso em: 2 jul. 2026.

ATIENZA, Manuel. Interpretación constitucional. Bogotá: Universidad Libre, 2016.

ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. Sobre principios y reglas. Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 10, 1991. Edição digital: Alicante, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2001. Disponível em: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10763/1/doxa10_04.pdf. Acesso em: 2 jul. 2026.

CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 1969. v. 1-3.

MARCILLA CÓRDOBA, Gema. Sobre Contribución a una teoría de la legislación de Manuel Atienza. Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, n. 11, out. 1999.

HOMMERDING, Adalberto Narciso; LYRA, José Francisco da Costa. Racionalidade das leis penais e legislação simbólica. 1. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2014.

NASCIMENTO, Roberta Simões. Teoria da legislação e argumentação legislativa: Brasil e Espanha em perspectiva comparada. Curitiba: Alteridade, 2019.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. La racionalidad de las leyes penales: práctica y teoría. Madrid: Trotta, 2003.