

CONTRIBUTOS DA TEORIA DA LEGISLAÇÃO À RACIONALIDADE DAS LEIS PENAIS NA OBRA DE MANUEL ATIENZA

*CONTRIBUTIONS OF THE THEORY OF LEGISLATION TO THE RATIONALITY OF
PENAL LAWS IN THE WORK OF MANUEL ATIENZA*

Diego Marafiga Cordeiro¹

Faculdade de Santo Ângelo, Brasil

Luziana Colombo Lunardi²

Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, Santo Ângelo, RS, Brasil

DOI: <https://doi.org/10.46550/ilustracao.v7i10.859>

Aceito em: 12.09.2026

Resumo: A produção das leis não se limita ao cumprimento de procedimentos formais, mas envolve escolhas políticas, jurídicas e sociais que precisam ser justificadas, especialmente quando se trata da legislação penal e de seus efeitos sobre direitos e liberdades individuais. Nesse contexto, o presente artigo analisa os contributos da Teoria da Legislação de Manuel Atienza para a racionalidade das leis penais, partindo da compreensão de que a exigência de racionalidade deve alcançar não apenas a interpretação e a aplicação do Direito, mas também o momento de sua produção. O estudo aborda os níveis de racionalidade propostos pelo autor: linguística ou comunicativa, jurídico-formal, pragmática, teleológica e ética, além da discussão acerca da razoabilidade como elemento de equilíbrio entre as diferentes exigências presentes na atividade legislativa. A análise também considera a importância da argumentação e da justificação das escolhas realizadas pelo legislador, bem como a necessidade de observar a legislação desde sua elaboração até a avaliação dos efeitos produzidos após sua entrada em vigor. A partir dessa perspectiva, verifica-se que a Teoria da Legislação oferece critérios importantes para identificar possíveis irracionalidades e refletir sobre a qualidade das escolhas legislativas. No campo penal, essa contribuição assume especial relevância diante da intensidade da intervenção estatal e das consequências que a criação ou o agravamento de normas penais pode produzir sobre a liberdade das pessoas. Conclui-se que a proposta de Manuel Atienza, embora não elimine as limitações políticas e institucionais próprias do processo legislativo, contribui para uma produção normativa mais refletida,

- 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.
- 2 Doutora 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. 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.

coerente e justificada, aproximando a legislação dos problemas concretos que pretende enfrentar e dos valores que sustentam o Estado de Direito.

Palavras-chave: Teoria da Legislação; Manuel Atienza; Racionalidade legislativa; Legislação penal.

ABSTRACT: The enactment of laws is not limited to compliance with formal procedures, but involves political, legal, and social choices that require justification, especially in the field of criminal legislation and its effects on individual rights and freedoms. In this context, this article analyzes the contributions of Manuel Atienza's Theory of Legislation to the rationality of criminal laws, based on the understanding that the requirement of rationality should apply not only to the interpretation and application of law, but also to the process of lawmaking itself. The study examines the levels of rationality proposed by Atienza: linguistic or communicative, legal-formal, pragmatic, teleological, and ethical rationality, as well as the notion of reasonableness as an element capable of balancing the different demands involved in legislative activity. The analysis also considers the importance of argumentation and justification of legislative choices, as well as the need to examine legislation from its drafting process to the assessment of its effects after it enters into force. From this perspective, the Theory of Legislation provides relevant criteria for identifying possible forms of irrationality and for reflecting on the quality of legislative choices. In the field of criminal law, this contribution is particularly relevant due to the intensity of State intervention and the consequences that the creation or strengthening of criminal laws may have on individual freedom. It is concluded that Manuel Atienza proposal, although unable to eliminate the political and institutional limitations inherent in the legislative process, contributes to a more reflective, coherent, and justified lawmaking process, bringing legislation closer to the concrete problems it seeks to address and to the values underlying the Rule of Law.

Keywords: Theory of Legislation. Manuel Atienza. Legislative rationality. Criminal legislation. Legal argumentation.

1 Introdução

O Direito acompanha as transformações da sociedade e, de certa forma, também nasce das necessidades que surgem das relações humanas, pois à medida que novos conflitos aparecem e diferentes interesses passam a exigir proteção, o ordenamento jurídico é chamado a oferecer respostas. Nesse movimento, a legislação ocupa um lugar importante, pois é por meio dela que determinadas escolhas passam a integrar o Direito, estabelecendo direitos, deveres, limites e consequências para as condutas praticadas em sociedade.

Entretanto, elaborar uma lei não significa apenas transformar uma decisão política em um texto normativo, sendo que por trás de cada escolha legislativa existem razões, interesses, valores e objetivos que precisam ser considerados. Há um problema que se pretende enfrentar e, ao mesmo tempo, uma expectativa de que a norma criada seja capaz de produzir algum resultado na realidade. Por isso, não basta que uma lei tenha seguido corretamente o procedimento previsto para sua aprovação, é preciso também olhar para o seu conteúdo e perguntar se aquela

intervenção era realmente necessária, se os meios escolhidos são adequados e se os resultados pretendidos podem, de fato, ser alcançados.

E no âmbito do Direito Penal essas perguntas ganham ainda mais importância, tendo em vista que quando o legislador decide criminalizar uma conduta, aumentar uma pena ou ampliar as possibilidades de intervenção penal, essa escolha produz consequências concretas sobre a vida das pessoas e, principalmente, sobre sua liberdade. Por essa razão, a legislação penal não pode ser pensada somente como uma resposta às inquietações sociais ou às demandas por punição que surgem em determinados momentos. É necessário compreender quais razões sustentam essas escolhas e até que ponto elas encontram justificativa dentro de um sistema jurídico comprometido com a proteção dos direitos fundamentais.

É a partir dessa preocupação que a discussão sobre a racionalidade das leis se mostra necessária, uma vez que, pensar uma legislação racional significa olhar para o caminho percorrido desde o surgimento de determinado problema até a escolha da resposta legislativa que será adotada. Ainda, significa considerar quem produz a norma, a quem ela se destina, quais objetivos pretende alcançar, como se relaciona com as demais normas do ordenamento e quais valores justificam sua existência. São questões que demonstram que a atividade legislativa é muito mais complexa do que a simples elaboração de um texto legal.

E é nesse contexto de reflexão que se encontra uma das principais contribuições de Manuel Atienza, pois ao voltar sua atenção para o momento de produção do Direito, o autor demonstra que a racionalidade não deve ser exigida apenas de quem interpreta ou aplica uma norma, porque aquele que cria a lei também precisa lidar com a necessidade de justificar suas escolhas. Assim, para Atienza, o processo legislativo envolve diferentes sujeitos, interesses, finalidades e valores e, justamente por isso, pode ser analisado a partir de diferentes níveis de racionalidade.

A proposta de Manuel Atienza permite, assim, olhar para a lei antes mesmo de sua aplicação. Em vez de concentrar toda a preocupação jurídica no momento em que a norma chega aos tribunais, sua teoria chama a atenção para aquilo que acontece no próprio processo de elaboração legislativa. A preocupação deixa de ser apenas com a existência de uma lei formalmente válida e passa também a envolver a sua clareza, sua coerência com o sistema jurídico, sua capacidade de ser cumprida, os resultados que pode produzir e os valores que justificam as escolhas realizadas pelo legislador. Esses aspectos são desenvolvidos pelo autor por meio dos diferentes níveis de racionalidade legislativa.

Essa forma de compreender a legislação se mostra especialmente importante no campo penal. Uma lei penal pode ser aprovada de acordo com todas as exigências formais e, ainda assim, apresentar problemas quanto à sua compreensão, aplicação, eficácia ou justificação. Da mesma maneira, pode responder a uma preocupação social imediata sem necessariamente representar a alternativa mais adequada para enfrentá-la. É justamente nesse ponto que a Teoria da Legislação permite ampliar o olhar sobre a produção das leis penais, trazendo para o debate questões que antecedem a própria aplicação da norma.

A reflexão proposta neste estudo parte, portanto, da compreensão de que a qualidade do Direito também depende da qualidade das leis que são produzidas. Se a legislação ocupa papel tão relevante na organização da sociedade e, no caso do Direito Penal, pode atingir de maneira tão intensa a liberdade dos indivíduos, parece razoável exigir que as escolhas legislativas sejam acompanhadas de razões capazes de justificá-las. Como se observa ao longo da construção teórica de Atienza, a preocupação está justamente em desenvolver uma teoria que não apenas descreva a atividade legislativa, mas que também ofereça elementos capazes de contribuir para seu aperfeiçoamento.

Diante disso, o presente estudo busca analisar os contributos da Teoria da Legislação de Manuel Atienza para a racionalidade das leis penais, tomando como ponto de partida os diferentes níveis de racionalidade desenvolvidos pelo autor e sua relação com a argumentação e a justificação das escolhas legislativas. Mais do que buscar um modelo ideal de legislação, pretende-se refletir sobre como esses critérios podem contribuir para que a produção das leis penais seja realizada de maneira mais cuidadosa, coerente e justificada, aproximando as decisões do legislador dos problemas concretos que pretende enfrentar e dos direitos que devem ser preservados.

2 Contributos da teoria da legislação à racionalidade das leis penais na obra de Manuel Atienza

O Direito acompanha a própria formação da vida em sociedade à medida que os indivíduos passaram a estabelecer relações entre si e com o meio em que vivem. Dessa forma, surge a necessidade de organizar essas relações e oferecer respostas aos conflitos que naturalmente decorrem da convivência social. Nesse processo, foram sendo construídos princípios, regras e razões que passaram a orientar a organização jurídica da sociedade.

Nesse contexto, a elaboração das leis ocupa um espaço especialmente importante, pois é por meio da legislação que determinadas situações presentes na sociedade passam a receber tratamento jurídico, estabelecendo direitos, deveres, proibições e consequências para determinadas condutas.

Porém, a legislação não nasce de forma isolada, tendo a sua criação relação com às escolhas realizadas pelo legislador diante de problemas concretos, sendo também influenciada pelo contexto político, social e histórico no qual é produzida.

A criação de uma lei envolve escolhas que precisam ser justificadas, sobretudo quando seus efeitos atingem diretamente direitos e liberdades individuais, em que mais do que verificar se determinada norma foi produzida de acordo com o procedimento formalmente estabelecido, torna-se necessário perguntar por que ela foi criada, quais problemas pretende enfrentar, quais meios utiliza para alcançar seus objetivos e quais consequências poderá produzir na realidade social.

E essa discussão se torna ainda mais relevante quando se trata da legislação penal, pois ao definir crimes e estabelecer penas o Estado exerce uma de suas formas mais intensas de intervenção sobre a vida e a liberdade das pessoas.

Em sendo assim, as escolhas realizadas pelo legislador nessa matéria não podem estar amparadas apenas em demandas imediatas por punição ou em respostas políticas a determinados acontecimentos sociais. A produção das leis penais exige reflexão sobre sua necessidade, adequação e coerência, bem como sobre os valores e direitos fundamentais que podem ser afetados por elas.

É justamente nesse ponto que a Teoria da Legislação desenvolvida por Manuel Atienza oferece elementos importantes para pensar a atividade legislativa. Ao tratar a produção das leis a partir de diferentes níveis de racionalidade, sua proposta permite analisar o processo legislativo para além de seus aspectos formais, considerando também os sujeitos envolvidos, os objetivos pretendidos, os meios escolhidos e os valores que orientam determinada decisão normativa. Aplicada ao Direito Penal, essa perspectiva contribui para uma análise crítica das escolhas legislativas e permite questionar em que medida as leis penais produzidas pelo Estado podem ser consideradas efetivamente racionais e justificadas.

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 destinatário); 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 destinatários 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.³

Então, “la racionalización de la actividad legislativa puede entenderse (y, de hecho, se entiende) de diversas maneras”: 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.⁴

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

3 ATIENZA, Manuel. Contribución a una teoría de la legislación. Madrid: Civitas, 1997, p. 27-28.

4 ATIENZA, Manuel. Contribución a una teoría de la legislación. Madrid: Civitas, 1997, p. 27.

jurídico, los fines e los valores) y que dan lugar a diversos niveles de racionalidade”. Esses níveis de racionalidade têm valores que atuam como objetivos finais, apresentando os critérios para que possíveis conflitos que possam existir sejam resolvidos.⁵

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”, 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.⁶

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)”.⁷

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 tributaria), sin que ello signifique que la misma sea defectuosa lingüísticamente (bastaría, por ejemplo, con que resultar clara para los asesores 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 diálogo.⁸

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 uma 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

5 ATIENZA, Manuel. Contribución a una teoría de la legislación. Madrid: Civitas, 1997, p. 92.

6 ATIENZA, Manuel. Contribución a una teoría de la legislación. Madrid: Civitas, 1997, p. 98.

7 ATIENZA, Manuel. Contribución a una teoría de la legislación. Madrid: Civitas, 1997, p. 28.

8 ATIENZA, Manuel. Contribución a una teoría de la legislación. Madrid: Civitas, 1997, p. 29.

de transmitir e mensaje; es possible que los destinatários no tengan un nivel de preparacion adecuado para comprender el mensaje; etc.⁹

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)”.¹⁰ 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 mínimo seguridad no habría derecho, ni leyes, ni organización social), pero este valor es graduable en función de que sea lo que se asegura; es decir, el valor seguridad remite a otros valores, como la libertad y la igualdad.¹¹

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 en el sentido de que habría que adaptar éstos al contexto de la producción 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 teoría general del Derecho (que debe sufrir ahora una transformación importante como consecuencia de una orientación mayor hacia la legislación) o de la lógica jurídica.¹²

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.

9 ATIENZA, Manuel. Contribución a una teoría de la legislación. Madrid: Civitas, 1997, p. 30.

10 ATIENZA, Manuel. Contribución a una teoría de la legislación. Madrid: Civitas, 1997, p. 32.

11 ATIENZA, Manuel. Contribución a una teoría de la legislación. Madrid: Civitas, 1997, p. 32.

12 ATIENZA, Manuel. Contribución a una teoría de la legislación. Madrid: Civitas, 1997, p. 33.

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)” . Os destinatários são a quem a Lei se destina, ou seja, à qual devem obediência:¹³

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>>”.¹⁴

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.)”¹⁵, 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).¹⁶

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

13 ATIENZA, Manuel. Contribucción a una teoría de la legislación. Madrid: Civitas, 1997, p. 36.

14 ATIENZA, Manuel. Contribucción a una teoría de la legislación. Madrid: Civitas, 1997, p. 36.

15 ATIENZA, Manuel. Contribucción a una teoría de la legislación. Madrid: Civitas, 1997, p. 36.

16 ATIENZA, Manuel. Contribucción a una teoría de la legislación. Madrid: Civitas, 1997, p. 37.

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.”¹⁷ 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”.¹⁸

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.¹⁹

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:

Esse é um nível que busca alcançar objetivos sociais perseguidos pela Lei, isto é, busca que essa legislação tenha eficácia. Então, a racionalidade teleológica tem ligação com os objetivos almejaos pela proposta e “el objeto de tutela, su grado de protección deseable y los correspondientes niveles e exigencia de responsabilidad y de sanción aplicable que se estiman procedentes em caso de incumplimiento de la norma”.²⁰

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”²¹. 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 Díez 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”,²²

17 ATIENZA, Manuel. Contribución a una teoría de la legislación. Madrid: Civitas, 1997, p. 37.

18 ATIENZA, Manuel. Contribución a una teoría de la legislación. Madrid: Civitas, 1997, p. 37.

19 ATIENZA, Manuel. Contribución a una teoría de la legislación. Madrid: Civitas, 1997, p. 38.

20 RIPOLLÉS, José Luis Díez. La Racionalidad de las Leyes Penales: Práctica y Teoría. Madrid: Trotta, 2003, p. 94.

21 ATIENZA, Manuel. Contribución a una teoría de la legislación. Madrid: Civitas, 1997, p. 39.

22 RIPOLLÉS, José Luis Díez. La Racionalidad de las Leyes Penales: Práctica y Teoría. Madrid: Trotta, 2003, p.

Cabe además partir de la idea de que cada sector del ordenamiento jurídico dispone de un conjunto de principios éticos escogidos por su especial referencia a la red de interacciones sociales reguladas por esa rama del derecho, sin que ello sea perjuicio para las frecuentes coincidencias intersectoriales ni para su inserción coherente en los criterios éticos que inspiran al ordenamiento en su totalidad.²³

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 satisfaçam simultaneamente os cinco níveis de racionalidade proposto,

É dizer, argumentativamente, que a fundamentação de uma lei deve trazer razões que atendam: à racionalidade linguística (R1); à racionalidade jurídico-formal (R2); à racionalidade pragmática (R3); à racionalidade teleológica (R4); e à racionalidade ética (R5).²⁴

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

93.

23 RIPOLLÉS, José Luis Díez. *La Racionalidad de las Leyes Penales: Práctica y Teoría*. Madrid: Trotta, 2003, p. 113.

24 NASCIMENTO, Roberta Simões. *Teoria da Legislação e Argumentação Legislativa: Brasil e Espanha em perspectiva comparada*. Curitiba: Editora Alteridade, 2019, p. 411.

decidir de una manera o de otra.²⁵

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”.²⁶ 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”.²⁷

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.²⁸

25 ATIENZA, Manuel. Curso de Argumentación Jurídica. Madrid: Trotta, 2013, p. 563.

26 NASCIMENTO, Roberta Simões. Teoria da Legislação e Argumentação Legislativa: Brasil e Espanha em perspectiva comparada. Curitiba: Editora Alteridade, 2019, p. 55.

27 AARNIO, Aulis. Lo racional como razonable: un tratado sobre la justificación jurídica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 247.

28 ATIENZA, Manuel. Curso de Argumentación Jurídica. Madrid: Trotta, 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”,²⁹ 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”, mostrando a maneira como fortalecer a racionalidade e consequentemente dificultar a irracionalidade.³⁰

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”.³¹

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 racionalidade construye de una certa manera los elementos de la actividad legislativa; permite distinguir ciertas disciplinas que cumplen um papel rector, de otras que tienen um carácter simplemente auxiliar, define uma noción de irracionalidade; y sugere que técnicas utilizar para incrementar la racionalidade. El outro tipo de analisis podría llamarse externo, em cuanto que se trataría de mostrar las relaciones que guardan entre si 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 (uma 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).³²

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”³³, e de outro modo, “los diversos niveles de racionalidade plantean a veces exigências contradictorias o, por lo menos, no facilmente armonizables”.³⁴ A segunda fase da análise da racionalidade legislativa externa busca mostrar a combinação das noções de racionalidade para a concretização do processo da legislação.

29 ATIENZA, Manuel. Contribución a una teoría de la legislación. Madrid: Civitas, 1997, p. 55.

30 ATIENZA, Manuel. Contribución a una teoría de la legislación. Madrid: Civitas, 1997, p. 54 e 55.

31 ATIENZA, Manuel. Contribución a una teoría de la legislación. Madrid: Civitas, 1997, p. 55.

32 ATIENZA, Manuel. Contribución a una teoría de la legislación. Madrid: Civitas, 1997, p. 28.

33 ATIENZA, Manuel. Contribución a una teoría de la legislación. Madrid: Civitas, 1997, p. 94.

34 ATIENZA, Manuel. Contribución a una teoría de la legislación. Madrid: Civitas, 1997, p. 94.

Nesse contexto os níveis de racionalidade que o doutrinador Manuel Atienza propõe auxiliam 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 assente 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).³⁵

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.³⁶

Então, pode-se identificar como “consequências metodológicas” da teoria da legislação uma possível maior consideração aos legisladores que fazem boas Leis, encontrando instrumentos para o alcance de seu objetivo. Ou seja, fazer com que as Leis, desde a sua gênese, realmente estejam voltadas para os valores, fins e bens a satisfazer é dizer, reforçar o caráter instrumental do Direito e, especialmente, o momento da elaboração legislativa como frutífero a esses propósitos:

A Teoria da Legislação deve ser capaz de fornecer as condições de possibilidade para uma boa prática da legislação. Ela não precisa tão somente descrever o que “é”, mas prescrever o que “deve ser”. Neste ponto, Atienza é muito claro ao tratar das perspectivas da Teoria da Legislação que deve necessariamente incorporar um modelo dinâmico, articulando aspectos descritivos e prescritivos da lei.³⁷

35 HOMMERDING, Adalberto Narciso; LYRA, José Francisco da Costa. Racionalidade das leis penais e legislação simbólica. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2014, p. 39.

36 HOMMERDING, Adalberto Narciso; LYRA, José Francisco da Costa. Racionalidade das leis penais e legislação simbólica. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2014, p. 11.

37 HOMMERDING, Adalberto Narciso; LYRA, José Francisco da Costa. Racionalidade das leis penais e legislação

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:

Se, de modo geral, a argumentação legislativa continua recebendo pouca atenção por parte dos juristas, Atienza parece ter tirado o assunto da penumbra e dado um salto importante tanto em termos descritivos – ao abster-se de usar o tom cético característico nas correntes positivistas e realistas para justificar que a legislação seria tema de interesse mais político que jurídico –, quanto normativos, já que os níveis de racionalidade por ele esquematizados, como visto, funcionam também como critérios de correção (ideais normativos), além de servir para avaliar a qualidade do produto legislativo.³⁸

Desse modo, “una teoría 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”, 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:³⁹

[...] 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.⁴⁰

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 unicamente 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.⁴¹

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

simbólica. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2014, p. 17.

38 NASCIMENTO, Roberta Simões. Teoria da Legislação e Argumentação Legislativa: Brasil e Espanha em perspectiva comparada. Curitiba: Editora Alteridade, 2019, p. 67.

39 ATIENZA, Manuel. Contribución a una teoría de la legislación. Madrid: Civitas, 1997, p. 71.

40 ATIENZA, Manuel. Contribución a una teoría de la legislación. Madrid: Civitas, 1997, p. 73.

41 ATIENZA, Manuel. Contribución a una teoría de la legislación. Madrid: Civitas, 1997, p. 100.

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.⁴²

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”, pois a racionalidade global da lei não pode ir tão distante da argumentação, sobretudo a justificativa que a acompanha.⁴³

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”. Entende-se essa atribuição racionalizada ao legislador como uma proteção à segurança do direito, com a finalidade de decisões legislativas devidamente justificadas,⁴⁴

justamente porque a forma como as leis vêm sendo feitas deixa a desejar, é que se tem que estudar o assunto e debater sobre formas de melhorá-la. Se há irracionalidade(s) na atividade legislativa, exatamente por essa razão é necessário investigar em que momento e como surge(m) tal(is) irracionalidades(s), para, na sequência, refletir sobre como eliminá-la(s). Se as mudanças somente se darão a longo prazo é questão de menos importância e não serve para desincentivar o estudo das questões, já que a mudança de cultura precisa começar por algum lugar.⁴⁵

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.

E a teoria da legislação no ordenamento jurídico brasileiro tem um papel de grande importância para o Direito. O propósito, por meio das legislações, é atingir as finalidades almejadas como um método de resolução de conflitos, conciliando interesses, buscando a racionalidade das Leis para torná-las melhores e mais racionais e, conseqüentemente, contribuindo com a racionalidade do Direito como um todo:

Pode-se dizer que, ao longo do tempo, as teorias da legislação foram se

42 NASCIMENTO, Roberta Simões. Teoria da Legislação e Argumentação Legislativa: Brasil e Espanha em perspectiva comparada. Curitiba: Editora Alteridade, 2019, p. 22.

43 NASCIMENTO, Roberta Simões. Teoria da Legislação e Argumentação Legislativa: Brasil e Espanha em perspectiva comparada. Curitiba: Editora Alteridade, 2019, p. 410.

44 NASCIMENTO, Roberta Simões. Teoria da Legislação e Argumentação Legislativa: Brasil e Espanha em perspectiva comparada. Curitiba: Editora Alteridade, 2019, p. 24 e 25.

45 NASCIMENTO, Roberta Simões. Teoria da Legislação e Argumentação Legislativa: Brasil e Espanha em perspectiva comparada. Curitiba: Editora Alteridade, 2019, p. 23.

especializando e, nesse sentido, surgiram outras ferramentas além da mais tradicionalmente lembrada técnica legislativa. Esta última, não custa recordar, reúne o conjunto de diretrizes voltadas para melhorar o texto do projeto de lei, a relação do rascunho objeto da discussão, tanto do ponto de vista gramatical, como uniformizando o vocabulário, quanto em relação ao ordenamento jurídico. É dizer, a técnica legislativa trabalha os níveis de racionalidade R1 (linguística) e R2 (jurídico-sistemática) da teoria de Manuel Atienza.⁴⁶

A produção das Leis engloba diferentes elementos como os editores e destinatários, objetivos, valores, enfim, um sistema jurídico englobando variados fatores em busca de um fim comum:

El interés por los estudios sobre la legislación es sumamente reciente por lo que se refiere a los países de Derecho continental [...] em todo caso, el actual auge de este tipo de estudios (para los que aún no hay acunada una expresión el de aceptación generalizada) se conecta sin duda con la crisis de la legislación que, a su vez, es un aspecto de la crisis del Estado del bienestar y, más en general, de la crisis social y civilizatoria de este final de milenio.⁴⁷

Assim, voltar os olhos ao Poder Legislativo, exigindo dele uma prática racional ao fazer Leis, pode parecer de fato, não mais o que o ideal inalcançável e movido por alguma crença otimista nas instituições.

A teoria da legislação, para ser levada em consideração e produzir seus efeitos, precisa ter mais pontos de conexão entre o direito e a realidade, até mesmo porque os legisladores precisam incorporar melhor esse papel de protagonismo para diminuir a distância entre o direito dos livros e o direito em ação.

Se as Leis não forem cumpridas, não se pode falar em Estado de Direito sem que haja uma boa legislação. É que definitivamente as Leis são o instrumento mais legitimado de controle, direção e, o mais importante, de transformação social:

Noutras palavras, pensamos que temos, sim, de buscar soluções já na fase de elaboração das leis, no nascedouro das leis, inclusive – e talvez principalmente – na fase “pré-legislativa”, quem sabe a mais problemática e por vezes a menos tematizada de todas as fases do dito processo de elaboração legislativo. Tais soluções passam, primeiro, por aceitarmos as insuficiências da Teoria do Direito, em especial no que diz respeito à ausência de uma Teoria da Legislação, não tematizada pela dogmática jurídica e, segundo, por reconhecermos as dificuldades em se mirar o fenômeno Direito sem uma adequada filosofia e sociologia “do” e “no” Direito.⁴⁸

Ora, certamente, a contribuição de Manuel Atienza quando apresenta estudos e reflexões sobre racionalidade legislativa é uma das mais importantes de que se tem notícia, mas ainda há muito por fazer,

46 NASCIMENTO, Roberta Simões. Teoria da Legislação e Argumentação Legislativa: Brasil e Espanha em perspectiva comparada. Curitiba: Editora Alteridade, 2019, p. 409.

47 ATIENZA, Manuel. Contribución a una teoría de la legislación. Madrid: Civitas, 1997, p. 95.

48 HOMMERDING, Adalberto Narciso; LYRA, José Francisco da Costa. Racionalidade das leis penais e legislação simbólica. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2014, p. 4 e 5.

Ainda não existe um consenso doutrinário sobre se, sim, é possível pedir razões aos legisladores. Em parte, pode ser que a compreensão equivocada do brocado “Autoctoritas non veritas facit legem” (em português, “É a autoridade, não a verdade, que faz a lei – ou o Direito –”) tenha “blindado” o Poder Legislativo de ter que justificar suas decisões. Se bem entendida, a máxima defende o caráter autoritativo do Direito ou, em outras palavras, que a eventual injustiça de seu conteúdo (ou eventuais outras falhas durante o seu processo de elaboração) não autorizam o seu descumprimento (pelo menos não antes da possível declaração de inconstitucionalidade).⁴⁹

Assim, os níveis de racionalidade apresentados por Atienza modelam um tipo ideal a ser seguido, fazendo um convite aos legisladores a uma reflexão sobre o preenchimento dos requisitos apresentados por esses níveis na busca de uma Lei minimamente justificada sob uma visão argumentativa. Nesse sentido, a reflexão sobre a racionalidade deve fazer parte desse processo e apresentar-se como fundamental requisito nas atividades de decisão e ponderação legislativa.

Ainda nesse sentido, é necessário o fomento a reflexões mais genuínas sobre a legislação, considerando todas as peculiaridades desse campo, pois “não só é desejável como ideal regulativo - como também compõe as discussões inerentes à aprovação de uma medida legislativa - que a decisão (de intervir legislativamente) venha plasmada em motivações suficientes, em razões discutíveis ou não”⁵⁰. A produção teórica, sem dúvidas, precisa avançar.

A elaboração das normas é guiada por riscos que passam a exigir cautela de todos que se ocupam do desafiador processo de criação das Leis. Isso porque os legisladores se enxergam obrigados a colher variados conjuntos de informações sobre a matéria que deve ser regulada, como uma pesquisa de campo que não pode ficar limitada a aspectos estritamente jurídicos. É certo que se faz mister realizar minuciosa investigação no âmbito legislativo, doutrinário e jurisprudencial, assim como é imprescindível, igualmente, a análise da repercussão econômica, social e política do ato legislativo.

Nessa senda, Manuel Atienza pontua muito bem a necessidade de uma teoria da legislação e a demonstração do quão irracional é o processo de produção das leis, já que uma das consequências da falta de uma teoria da legislação é o surgimento de uma legislação simbólica.

Ademais, sobre o pós-legislativo, quanto a aplicação da norma,

a avaliação legislativa, sobretudo a posterior à aprovação, tem adquirido uma importância crescente no âmbito da atividade legislativa, chegando a ser elevada à categoria de verdadeiro dever pós-legislativo dos legisladores – conforme a tendência do sistema alemão –, evidenciando que, definitivamente, os trabalhos legislativos não terminam com a publicação da lei no diário oficial.⁵¹

49 NASCIMENTO, Roberta Simões. Teoria da Legislação e Argumentação Legislativa: Brasil e Espanha em perspectiva comparada. Curitiba: Editora Alteridade, 2019, p. 22.

50 NASCIMENTO, Roberta Simões. Teoria da Legislação e Argumentação Legislativa: Brasil e Espanha em perspectiva comparada. Curitiba: Editora Alteridade, 2019, p. 22.

51 NASCIMENTO, Roberta Simões. Teoria da Legislação e Argumentação Legislativa: Brasil e Espanha em perspectiva comparada. Curitiba: Editora Alteridade, 2019, p. 411.

Sendo assim, é de suma importância que a fase pós-publicação da norma seja seguida por um tipo de fiscalização, com a finalidade de verificar sua efetiva eficácia ou se a mesma não atinge os fins para o qual foi elaborada. Essa espécie de “pente-fino”, por meio da teoria da legislação, permite acompanhar a validade da Lei até sua fase final de criação, para que realmente a Lei atinja a finalidade para a qual nasceu:

Para Atienza, a racionalidade da 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 e prescritivo ao mesmo tempo).⁵²

A autora Roberta Simões Nascimento faz brilhante afirmação e questionamento no contexto de desenvolvimento mais completo e definido de uma teoria da legislação:

O desenvolvimento de uma teoria da legislação e da argumentação legislativa mais completa, então, passaria por definir quais os critérios, sobretudo valores e objetivos, a serem alcançados pela atividade de elaboração legislativa. Seria necessário, por exemplo, responder à pergunta: Qual é o tipo de Estado e de sociedade que se quer construir?⁵³

Os estudos de Manuel Atienza corroboram para essa afirmação e questionamento, pois apresentam uma das “bases” mais importantes para responder ao questionamento de como deveriam argumentar os legisladores, pois de fato, em um Estado Constitucional, a prática de dar razões não pode pausar ante as portas do Parlamento.

Ainda, devem ser levadas em consideração as limitações da teoria da legislação:

Tomando isso em consideração e desde um ponto de vista prático, um dos limites da teoria da legislação e da argumentação corresponde às dificuldades decorrentes do real funcionamento das instituições. As condições iniciais não costumam se dar, ao menos não todas ao mesmo tempo, de modo que a realidade é um claro limite à teoria, por mais que esteja presente o desejo de que a teoria ilumine as práticas. Relacionado a esse limite, existe um outro diretamente ligado às chances de aperfeiçoamento das atividades legislativas. Assim como funciona nos demais entes públicos, as possibilidades nesse sentido são sempre políticas e dependem sobretudo de uma vontade (da autoridade) superior de adotar tal objetivo (o de melhorar os processos) como diretriz institucional.⁵⁴

Também, outro ponto limitante é a velocidade do trabalho dentro do Poder Legislativo, pois a tentativa de incorporar a teoria da legislação poderia presumir mais morosidade na atuação,

52 NASCIMENTO, Roberta Simões. Teoria da Legislação e Argumentação Legislativa: Brasil e Espanha em perspectiva comparada. Curitiba: Editora Alteridade, 2019, p. 55.

53 NASCIMENTO, Roberta Simões. Teoria da Legislação e Argumentação Legislativa: Brasil e Espanha em perspectiva comparada. Curitiba: Editora Alteridade, 2019, p. 414.

54 NASCIMENTO, Roberta Simões. Teoria da Legislação e Argumentação Legislativa: Brasil e Espanha em perspectiva comparada. Curitiba: Editora Alteridade, 2019, p. 477.

ainda que esses limites fossem superados, persistiriam outros, já que, mesmo se existente, a teoria da legislação e da argumentação legislativa mais completa não seria capaz de dar conta de todas as mazelas que atualmente assolam a natureza da atividade legislativa e política e essas, infelizmente, não parecem poder ser modificadas.⁵⁵

A utilidade da teoria da legislação necessita de conexão entre o direito e a realidade, com os legisladores ocupando mais o seu papel e diminuindo o espaço existente entre a doutrina e a realidade fática; não há como falar em Estado de Direito sem que ocorra o cumprimento efetivo das legislações e sem que ocorra a elaboração de uma boa legislação. E, sem dúvida, o instrumento mais legítimo de controle, de direção e de transformação social é a legislação.

Enfim, “as teorias da legislação são um campo muito amplo, cujo objeto principal de atenção é o de melhorar as formas de fazer as Leis, para o qual existem vários meios, ou seja, esse objetivo pode ser alcançado de diversas maneiras”⁵⁶. Certamente, observa-se o caráter abstrato das teorias da legislação disponíveis e até um sentimento de dificultosa aplicabilidade prática. Quanto a isso, Manuel Atienza explica,

Finalmente, es importante no olvidar que la existência o el desarrollo de un saber sobre la legislación de tipo técnico no excluye, obviamente, que el mismo fenómeno pueda estudiarse (y, de hecho, se estudie) desde otras perspectivas, científicas o no. La reflexión sobre los problemas de naturaliza más abstracta y conceptual que no tiene, al menos a corto plazo, una finalidad de tipo práctico puede denominarse toria de la legislación.⁵⁷

Essa teoria no papel apresenta grande valia, com indícios de que, se aplicada na prática, pode aumentar substancialmente a efetividade das normas, por se tornar um processo minucioso e cauteloso desde a fase inicial até a sua real aplicabilidade fática:

Tal constatação conduz à reflexão de que mais desenvolvimentos teóricos pareceriam ser necessários para conferir maior concreção às teorias da legislação e da argumentação legislativa. Nesse sentido, acredita-se que um dos caminhos passa por dar mais atenção para a presença de uma “racionalidade política” que permeia as práticas legislativas.⁵⁸

Ainda, é interessante observar a responsabilidade da instância judicial com aplicação das normas, pois de nada adiantaria uma legislação pautada em níveis de racionalidade, baseada em uma teoria da legislação, se suas decisões forem mal observadas na instância judicial,

Ocorre que, da mesma forma como ocorre com a atividade jurisdicional, a atividade legislativa às vezes será racional, às vezes não. E ambos os casos, isso vai depender muito de quais razões são dadas como justificação e como essas foram apresentadas e, depois, interpretadas pela comunidade jurídica ao redor. Inclusive, desde um ponto de vista realista, não se pode deixar de reconhecer que,

55 NASCIMENTO, Roberta Simões. Teoria da Legislação e Argumentação Legislativa: Brasil e Espanha em perspectiva comparada. Curitiba: Editora Alteridade, 2019, p. 478.

56 NASCIMENTO, Roberta Simões. Teoria da Legislação e Argumentação Legislativa: Brasil e Espanha em perspectiva comparada. Curitiba: Editora Alteridade, 2019, p. 409.

57 ATIENZA, Manuel. Contribución a una teoría de la legislación. Madrid: Civitas, 1997, p. 23.

58 NASCIMENTO, Roberta Simões. Teoria da Legislação e Argumentação Legislativa: Brasil e Espanha em perspectiva comparada. Curitiba: Editora Alteridade, 2019, p. 427.

mesmo textos legais que apresentam racionalidade própria (...) são suscetíveis de serem interpretados como lacunosos, inconsistentes, incoerentes ou deficitários por outros personagens que não os legisladores.⁵⁹

Enfim, é na procura pela erradicação de Leis sem efetividade que se faz imperiosa a criação e incorporação de uma teoria da legislação coerente, organizada a partir de pré-requisitos, atendendo a fases pré-estabelecidas e com a devida atenção aos níveis racionais. O cuidado desde a fase pré-elaborativa até sua efetiva aplicação traz maior segurança e responsabilidade às legislações como um todo, garantindo eficácia e solidez no ordenamento jurídico pátrio.

3 Conclusão

Pensar sobre a produção das leis significa reconhecer que o Direito não começa apenas no momento em que uma norma é interpretada ou aplicada, pois antes disso, existe todo um processo de escolha sobre o que deve ser regulado, de que maneira isso deve ser feito e quais resultados se espera alcançar.

É justamente nesse ponto que os estudos de Manuel Atienza ganham importância. Ao voltar sua atenção para o processo de elaboração das leis, o autor demonstra que a racionalidade também precisa estar presente nesse momento, visto que não parece suficiente exigir que juízes fundamentem suas decisões e que intérpretes apresentem razões para determinada compreensão do Direito se pouca atenção for dada às razões que levaram à criação da própria norma.

A Teoria da Legislação permite, então, olhar para a lei de uma maneira mais ampla, e os níveis de racionalidade apresentados por Atienza mostram que uma boa legislação envolve diferentes aspectos: precisa ser compreensível para seus destinatários, manter coerência com o ordenamento jurídico, possuir condições de ser efetivamente cumprida, alcançar os objetivos para os quais foi criada e encontrar justificativa nos valores que orientam o Direito. Esses critérios se relacionam e demonstram que legislar é uma atividade muito mais complexa do que simplesmente elaborar e aprovar um texto normativo.

A razoabilidade complementa essa compreensão justamente porque a realidade nem sempre permite que todos esses objetivos sejam alcançados de maneira perfeita. A atividade legislativa envolve escolhas e, muitas vezes, interesses e finalidades diferentes precisam ser conciliados, e, nesses casos, a busca por uma decisão razoável permite considerar as particularidades envolvidas e avaliar se os eventuais sacrifícios impostos pela escolha legislativa encontram uma justificativa aceitável.

Quando essa discussão é exposta para o Direito Penal, sua importância se torna ainda mais evidente, onde criar um novo crime, aumentar uma pena ou ampliar a intervenção punitiva do Estado são decisões que produzem consequências concretas sobre a vida e a liberdade das pessoas. Por isso, a escolha pela utilização do Direito Penal não deveria ser automática, tampouco

59 NASCIMENTO, Roberta Simões. Teoria da Legislação e Argumentação Legislativa: Brasil e Espanha em perspectiva comparada. Curitiba: Editora Alteridade, 2019, p. 554.

servir apenas como resposta imediata diante de acontecimentos que provocam forte reação social. Antes de recorrer à punição, é necessário perguntar se a medida é realmente necessária, se possui condições de funcionar e se os resultados esperados justificam a intervenção realizada.

Essa reflexão também ajuda a compreender o problema das leis que acabam exercendo uma função predominantemente simbólica. Em determinadas situações, a criação de uma nova norma transmite a impressão de que o Estado ofereceu uma resposta ao problema, embora, na prática, pouco seja alterado. Quando isso acontece, aumenta a distância entre aquilo que está previsto no texto legal e aquilo que efetivamente ocorre na realidade. A preocupação com a racionalidade legislativa busca justamente diminuir esse distanciamento.

É necessário também se observar o que efetivamente aconteceu depois que uma norma começa a produzir efeitos, ou seja, se ela foi cumprida, se alcançou os objetivos pretendidos, se produziu consequências inesperadas ou mesmo se continua sendo necessária. Essa avaliação posterior permite reconhecer falhas e repensar escolhas que, embora pudessem parecer adequadas no momento da elaboração, não apresentaram os resultados esperados quando colocadas em prática.

Evidentemente, a Teoria da Legislação não oferece uma solução para todos os problemas existentes no processo legislativo. A criação das leis ocorre dentro de um ambiente político e institucional complexo, marcado por interesses distintos, disputas, limitações práticas e decisões que nem sempre seguem um percurso ideal. O próprio desenvolvimento da teoria permite reconhecer que existem limites entre aquilo que se propõe teoricamente e aquilo que efetivamente pode ser realizado pelas instituições.

Essas dificuldades, porém, não retiram a importância de buscar formas melhores de legislar. Pelo contrário, são justamente as falhas e irracionalidades existentes na produção normativa que tornam necessária a discussão sobre seu aperfeiçoamento. Se as leis possuem capacidade de interferir diretamente na organização da sociedade e na vida das pessoas, parece razoável esperar que as escolhas realizadas durante sua elaboração sejam acompanhadas de razões capazes de sustentá-las.

Assim, a principal contribuição de Manuel Atienza talvez esteja justamente nessa mudança de olhar, porque sua teoria não apresenta uma fórmula pronta para produzir leis perfeitas, mas oferece elementos para que se façam as perguntas certas durante o processo legislativo. A lei é clara? Está de acordo com o restante do ordenamento? Pode ser efetivamente cumprida? Tem condições de alcançar aquilo que pretende? Os valores que sustentam essa escolha podem ser justificados? Perguntas como essas permitem identificar problemas que poderiam passar despercebidos caso a preocupação estivesse limitada apenas à validade formal da norma.

E no campo penal, fazer essas perguntas é ainda mais necessário. Nem todo problema social precisa encontrar resposta na criação de um novo crime e nem toda demanda por maior punição significa que o aumento da intervenção penal será a escolha mais adequada. Entre o

problema que surge na sociedade e a decisão de transformá-lo em matéria penal existe um espaço de reflexão que não pode ser ignorado.

Assim, os contributos da Teoria da Legislação de Manuel Atienza para a racionalidade das leis penais estão justamente na possibilidade de tornar esse espaço mais reflexivo e mais atento às razões que sustentam as escolhas legislativas. Pensar uma legislação penal racional não significa imaginar leis perfeitas, mas exigir que sua criação seja acompanhada de argumentos, objetivos possíveis e preocupação com os efeitos que serão produzidos na realidade.

Afinal, quando a lei penal interfere diretamente na liberdade das pessoas, perguntar por que, para que e com quais consequências se está legislando deixa de ser apenas uma questão de técnica legislativa e passa a ser uma exigência do próprio Estado de Direito.

Referências

- AARNIO, Aulis. Lo racional como razonable: un tratado sobre la justificación jurídica. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1991.
- ATIENZA, Manuel. Contribución a una teoría de la legislación. Madrid: Civitas,. Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica. Instituto de Investigaciones Jurídicas: México, 1997.
- ATIENZA, Manuel. Curso de Argumentación Jurídica. Edição digital. Madrid: Editora Trotta, 2013. Disponível em: https://0201.nccdn.net/1_2/000/000/0e0/b35/ATIENZA_Manuel_Curso_de_Argumentacion_Ju.pdf. Acesso em: 2 set. 2026.
- 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: Editora Alteridade, 2019.
- RIPOLLÉS, José Lui Díez. La Racionalidad de las Leyes Penales. Práctica y Teoría. Madrid: Editora Trotta, 2003.