



SENADO FEDERAL
Instituto Legislativo Brasileiro - ILB

ROGERIO ALAN BONATES MEDINA

RAZÃO PRÁTICA E RACIONALIDADE LEGISLATIVA
A busca da ética na criação do Direito

Brasília - DF

2016

ROGERIO ALAN BONATES MEDINA

RAZÃO PRÁTICA E RACIONALIDADE LEGISLATIVA

A busca da ética na criação do Direito

Trabalho final apresentado para aprovação no curso de pós-graduação lato sensu em Direito Legislativo realizado pelo Instituto Legislativo Brasileiro como requisito para obtenção do título de especialista em Direito Legislativo.

Área de Concentração: Processo e funções do Legislativo/Processo Legislativo/Legística

Orientador:
Fernando Boarato Meneguim

Brasília - DF

2016

Rogério Alan Bonates Medina

RAZÃO PRÁTICA E RACIONALIDADE LEGISLATIVA
A busca da ética na criação do Direito

Trabalho apresentado ao Instituto Legislativo Brasileiro - ILB como pré-requisito para a obtenção de Certificado de Conclusão de Curso de Pós-graduação Lato Sensu, na área de Direito Legislativo.

Orientador: Fernando Boarato Meneguim

Brasília, 18 de novembro de 2016.

Banca Examinadora

Prof. Dr. Fernando Boarato Meneguim

Prof. Dr. Rafael Silveira e Silva

Para Aurora, minha luz,
com votos de que as dedicatórias se tornem uma tradição familiar.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais e à minha esposa, por me guiarem até aqui.

Aos meus mestres, por me apontarem mais além.

“Age de tal forma
que a máxima do teu querer
possa valer em todo o tempo
também como princípio
de uma legislação geral”

Immanuel Kant

RESUMO

Ao se sustentar que o processo de criação de Direito pertence ao campo da razão prática – e não ao da mera decisão política – sobrevém a questão de como alcançar uma razão substantiva, não simplesmente instrumental. Esta razão seria voltada para a justificação axiológica da decisão sobre os fins a serem perseguidos pela lei – o que Atienza chamou de racionalidade ética. Trata-se de um campo ainda incipiente de pesquisa, para o qual as melhores pistas estão na teoria de Robert Alexy, que toma a argumentação jurídica com um caso especial do discurso prático geral, o discurso moral. A pesquisa pretende se desenvolver na interseção entre essas duas vertentes que se alimentam mutuamente, e assim contribuir para o desenvolvimento de uma Teoria da Legislação que seja prescritiva de uma racionalidade legislativa em sentido estrito, a que tem como fins últimos a liberdade, a igualdade e a justiça.

Palavras-chave: teoria da legislação; racionalidade legislativa; razão prática, argumentação jurídica.

RESUMEN

Al mantener que el proceso de creación de la ley pertenece al campo de la razón práctica –y no al de la mera decisión política– le ocurre la cuestión de cómo lograr una razón sustantiva y no meramente instrumental. Esta razón se centraría en la justificación axiológica de la decisión sobre los fines que se persiguen por la ley, la cual Atienza llama racionalidad ética. Este es un campo incipiente de la investigación científica, para la cual las mejores pistas están en la teoría de Robert Alexy, que toma la argumentación jurídica como un caso especial del discurso práctico general, el discurso moral. La presente investigación desea desarrollarse en la intersección de estos dos aspectos que se alimentan mutuamente, y así contribuir al desarrollo de una teoría de la legislación que sea prescriptiva de una racionalidad legislativa en el sentido estricto, la que tiene como objetivos finales la libertad, la igualdad y la justicia.

Palabras clave: teoría de la legislación; racionalidad legislativa; razón práctica; argumentación jurídica.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. LEI E RAZÃO.....	13
1.1. A Razão no Direito.....	14
1.2. Razão Substancial e Razão Formal.....	14
1.3. O Declínio da Razão Substancial.....	17
1.4. Razão Prática e Argumentação Jurídica	18
2. RACIONALIDADE LEGISLATIVA	23
2.1. O Mito e a Crise do Legislador.....	24
2.2. Ciência, Técnica e Teoria da Legislação.....	28
2.3. Esboço de uma Teoria da Legislação	30
2.4. Análise da Racionalidade Ética em um Caso Concreto	39
CONCLUSÃO	43
BIBLIOGRAFIA	46

INTRODUÇÃO

O **tema** central do trabalho é o papel da razão na criação da lei. A corrente majoritária do pensamento jurídico acredita que tal razão não é possível, e que a lei é simplesmente o fruto da vontade, da decisão política do legislador. As leis não precisam ser justificadas, nem necessariamente racionais. A racionalidade estaria, por tal ponto de vista, reservada ao intérprete, ao aplicador do direito, que seria dotado da capacidade técnica, jurídica e moral para corrigir os defeitos legados pelo legislador. Para tanto, o aplicador se vale do Direito positivo, dos princípios universais do Direito e das normas constitucionais, e também de uma importante ferramenta discursiva: argumentação jurídica, teoria que cuida de orientar o raciocínio dos juízes e fornecer subsídios para a justificação racional das decisões judiciais.

A **delimitação do tema** é dada, *latu sensu*, pela Filosofia do Direito e pela teoria geral do Direito. De modo mais específico, a investigação transita, por um lado, no campo das relações entre razão em Direito, mais pelo viés do Direito racional do que pela visão da razão jurídica; por outro lado, alcança a teoria da argumentação jurídica. O círculo central é a ciência da legislação, pendendo-se mais para o campo da teoria da legislação, sem, no entanto, abandonar a técnica legislativa.

O **problema** de pesquisa está expresso em três questões interligadas, que compõem os eixos da investigação:

- i) É, de fato, a lei fruto de mera decisão política (vontade soberana), e por isso sua criação dispensa justificação racional?
- ii) Se a lei não tem o componente de racionalidade, sua aplicação pelos juízes pode ser verdadeiramente racional?
- iii) Há algum método ou procedimento para aumentar a racionalidade substantiva do processo de criação das leis?

O **objetivo geral** é traçar um panorama crítico dos estudos sobre a racionalidade no campo da Teoria da Legislação e contribuir para o desenvolvimento teórico do tema, preferencialmente com observações de caráter prescritivo, além de encontrar possíveis respostas para as questões levantadas no problema de pesquisa.

Os **objetivos específicos** são:

- i) Encontrar argumentos que reforcem as hipóteses de Atienza, assumindo desde já o viés favorável ao pensamento desse autor;
- ii) Definir uma posição em relação à controversa tese de Alexy, da argumentação jurídica como caso especial do discurso prático geral, e também quanto às soluções propostas por outros autores;
- iii) Reforçar o papel da argumentação no incremento da racionalidade axiológica das leis.

A **metodologia** aplicada fica adstrita à pesquisa bibliográfica. A intenção é manter total imersão na teoria pura, seguindo o exemplo das obras pesquisadas, que raramente recorrem a situações objetivas ou a exemplos práticos.

O **referencial teórico** tem como eixo o pensamento de Alexy e Atienza, partindo da obra seminal do primeiro – Teoria da argumentação jurídica – e das críticas a ela feitas pelo segundo, que é o tradutor da obra para o espanhol. É dada especial atenção para o produtivo embate de ideias entre o grande mestre e seu antigo discípulo. Para matizar a discussão, recorre-se a relevantes autores contemporâneos, como Marcilla, Garcia Amado, Hierro e Diéz Rippóles. Da mesma forma, alguns clássicos, como Kelsen e Austin, são pontualmente revisitados, de acordo com os rumos tomados pela pesquisa. Finalmente, é fundamental a referência a Bobbio, que baliza toda a investigação acerca da relação entre razão e Direito.

Ao leitor se fará notar a preponderância de autores de língua espanhola. Tal fato, provavelmente, resulta da liderança intelectual exercida pelo professor Manoel Atienza, titular da cátedra de Filosofia do Direito da Universidade de Alicante e umas das maiores autoridades vivas no campo da Teoria da argumentação jurídica. Dada a escassez de traduções para o português, optou-se pelas traduções próprias, sendo que, por vezes, os textos originais em espanhol foram acrescentados às notas de rodapé. No caso de autores de outras línguas traduzidos para o espanhol, a versão em língua ibérica não foi aqui reproduzida.

A **justificativa** da pesquisa reside na possibilidade de contribuir para o desenvolvimento científico da teoria da legislação, com ênfase na racionalidade legislativa. Quiçá contribuir também no sentido de perseguir uma evolução institucional ainda longínqua, mas que lentamente leva o Legislativo ao encontro da razão, habilitando-o à produção de leis cada vez

mais racionais, e logo mais aptas para dar respostas aos volumosos problemas sociais enfrentados pela maioria das nações.

Atinente ao Senado Federal, a presente pesquisa pretende se aprofundar na área da racionalidade legislativa, agregando conhecimento sobre o estudo da racionalidade material, de caráter ético-axiológico, bem como dos procedimentos argumentativos para atingi-la.

A **estruturação** da pesquisa se deu em dois capítulos, cada um deles com quatro tópicos. No primeiro capítulo são abordadas as relações entre lei e razão. O primeiro e breve tópico introduz o conceito de razão no direito. O segundo, explora a diferenciação entre razão substancial e razão formal, entre razão em sentido forte e razão em sentido fraco, e revisita as origens do conceito de razão no Direito. O terceiro tópico trata do declínio da razão substancial no Direito, relacionando tal fenômeno à ascensão da doutrina positivista. Encerrando o capítulo, o quarto tópico centra-se na interação entre razão prática e argumentação jurídica, com especial ênfase para as implicações da tese de se tomar a argumentação jurídica como caso especial do discurso prático geral.

O segundo capítulo enfrenta o tema da racionalidade legislativa. O primeiro tópico traça um panorama das posições ocupadas pela figura do legislador ao longo da história, procurando compreender os motivos que transformaram outrora legislador onipotente no atual legislador irracional. O segundo, se esforça em contribuir para um melhor entendimento dos conceitos de ciência da legislação, teoria da legislação e técnica legislativa, bem como o alcance e os limites destes conceitos. O terceiro tópico concentra-se na teoria da legislação e no que ela tem a dizer sobre a racionalidade legislativa, no plano ético e nos planos instrumentais. Finalmente, no último tópico, toma-se um caso concreto para a análise da racionalidade legislativa, seguido da conclusão.

CAPÍTULO 1

LEI E RAZÃO

1.1. A Razão no Direito

O título acima foi tomado de Norberto Bobbio, mais especificamente da palestra por ele proferida na abertura do congresso internacional *La Ragione nel Diritto*, realizado em 1984, na cidade de Bolonha. A pedido do professor Enrico Pattaro, organizador do congresso, Bobbio enfrentou esse tema, que caracterizou como a um só tempo vasto e complexo.

Em relação à vastidão, não há doutrina jurídica, desde a antiguidade até nossos dias, que não tenha incluído, de alguma forma – e desventuradamente das formas mais variadas – em seu raciocínio alguma referência à relação em razão e Direito. Em relação à complexidade, não há significado de “razão”, deste termo central da linguagem filosófica (até o ponto de que a própria filosofia tenha sido considerada como o discurso racional por excelência), usado – como todos os termos filosóficos – nos mais diversos significados, que não tenha entrado nos raciocínios em torno da relação entre razão e Direito. (tradução nossa)¹

Bobbio destaca que tais características têm aumentado também devido à heterogeneidade do universo jurídico, formado por diversos planos que costumam ser apreciados separadamente, “até o ponto de não deixar sempre visível a unidade do todo”.² Os principais destes planos ou momentos são a criação do direito e a jurisdição, que correspondem a diferentes operações intelectuais e práticas, “que não parecem estar de acordo quanto ao significado do termo razão, e que, portanto, não podem ser consideradas racionais ou irracionais no mesmo sentido”.³

1.2. Razão Substancial e Razão Formal

Bobbio observa que a relação entre razão e Direito veicula significados distintos caso se tome como principal um ou outro desses termos:

Com estes dois termos, “razão e “Direito”, podemos compor duas expressões distintas; na primeira, “lei” é o substantivo e “razão” serve como complemento nominal de especificação ou se apresenta na forma do adjetivo qualificador “racional”, de onde derivam “lei da razão” ou “lei racional”; na segunda, de modo inverso, o substantivo é “razão” e “Direito” serve como complemento

¹ BOBBIO, Norberto. *La Razón en el Derecho (Observaciones Preliminares)*. Alicante: Doxa – Cuadernos de filosofía, nº 2, 1985. p. 17.

² *Ibid.*, p. 17.

³ *Ibid.*, p. 17.

de especificação sob a forma do adjetivo qualificador “jurídico”, de onde nasce a expressão “razão jurídica” [...] Na expressão “lei racional”, o termo derivado de “razão” se apresenta em sentido forte, como a faculdade própria do homem (o homem animal racional da tradição clássica) de captar a essência das coisas, ou a “natureza das coisas” – para usar uma fórmula querida pelos juristas, que a usam sempre, sem nunca explicar o que exatamente querem dizer –, de estabelecer os nexos necessários entre as partes de um conjunto e extrair dali leis de conduta absolutamente vinculantes. Na expressão “razão jurídica”, o mesmo termo vem usado predominantemente no sentido fraco de capacidade de razoar em todos os diferentes sentidos em que se fala de “razoamento”, como inferência, como cálculo, como argumentação, etc., em um sentido no qual, ao menos em italiano (e em latim tardio) pode ser substituído por “raciocínio” (dizer que a um homem falta raciocínio é um juízo menos grave do que dizer que a ele falta razão). (tradução nossa)⁴

Desta forma, Bobbio estabelece a diferenciação entre “lei racional” e “razão jurídica”: na primeira, temos a razão em sentido forte; na segunda, em sentido fraco. Analisando o texto do catedrático italiano, Manoel Atienza anota que:

No primeiro caso, o problema fundamental a ser levantado é o de se existe ou não um direito racional; no segundo, a questão a resolver não é a de se existe ou não um razoamento jurídico (algo que ninguém parece ter posto em dúvida), mas sim a de quais são suas características, isto é, em que se diferencia de outros de razoamentos, como o que tem lugar na moral, na esfera prática em geral ou na ciência. (tradução nossa)⁵

Ainda quanto à diferenciação entre as noções de razão no direito, Bobbio faz uma aproximação com um conceito consagrado na Filosofia, a divisão entre razão substancial e razão formal. A razão substancial corresponderia à “lei racional” e a razão formal à “razão jurídica”. Atienza destaca que, na teoria de Bobbio, “estes dois significados de ‘razão’ podem corresponder, respectivamente, com os momentos da criação e da aplicação do Direito”⁶.

A razão forte é a que cria, descobre ou revela – segundo os distintos pontos de vista na tradição do Direito racional – o Direito, isto é, as regras às quais o homem racional deve se ater, e não se limita a indicá-las, mas também as põe, propõem e impõem (na tradição do racionalismo ético, a razão em geral não é apenas teórica, mas também prática); a razão fraca é aquela que, uma vez estabelecidas as regras – e não importa se estas estejam postas pela razão ou por uma vontade superior –, as aplica ao caso concreto, e para aplicá-las ao caso concreto se vale dos procedimentos descritos ou regulados pela lógica, pela tópica, por todas as disciplinas que tenham por objeto as operações mentais que podem entrar no conceito de razoamento. (tradução nossa)⁷

⁴ Ibid., pp.18-19.

⁵ ATIENZA, Manoel. Razón práctica y legislación. México: Revista Mexicana de Estudios Parlamentarios, 1ª época, vol. I, nº 3, 1991, p. 9.

⁶ Ibid., p. 9.

⁷ BOBBIO, op. cit., p. 19.

Bobbio preocupa-se ainda com a confusão entre os critérios do Direito racional e os do razoamento jurídico. Ele ressalta que o eixo da teoria do Direito racional é distinguir o Direito da razão do Direito da não razão, ao passo que razoamento jurídico preocupa-se apenas em diferenciar o modo de razoar dos juristas do modo dos lógicos, dos matemáticos, etc., e reafirma: “Os critérios pelos quais o Direito racional tem sido distinguido do direito não racional, fique dito de uma vez por todas, não têm nada a ver com os quais o razoamento jurídico se distingue do razoamento não jurídico”.⁸

Por outro lado, Pattaro (1985) chama a atenção para a oportuna cautela de Bobbio em sinalizar que os limites entre aqueles dois campos, o do Direito racional e o da razão jurídica, são algo flexíveis, assim como não é tão rígida a fronteira entre os dois momentos do Direito, o de sua criação e o de sua aplicação. Apesar dessa ressalva, Bobbio ressalta que “historicamente sempre existiu – ainda que nem sempre tenha sido conscientemente assumida – desde a antiguidade até ao menos Kant (mas também em Hegel), a distinção entre a razão legisladora e a razão que julga”⁹. De fato, o tema já fazia parte das preocupações dos pensadores da Grécia antiga, como anota Pattaro:

Em Aristóteles, por exemplo, está clara, além da distinção entre a parte racional da alma (*to alogon*) e sua parte não racional (*to logon*), a posterior distinção desta última entre uma parte racional científica (*to epistemonikon*) e uma parte racional calculadora (*to logistikon*), depois também chamada de opinante (*to doxastikon*).¹⁰

Aludindo a um passado mais recente, Gema Marcilla cita o jusnaturalismo racionalista do século XVII e princípio do XVIII, “cujo principal desígnio consistiu em desenhar um sistema ideal de leis inferidas mediante ao auxílio somente da razão”.¹¹ A autora lembra ainda que a filosofia ilustrada colocou todo seu empenho na “elaboração de um novo ramo de leis que reproduzissem, tanto quanto o possível, a estrutura e os conteúdos do Direito natural racional”¹². No mesmo sentido, Bobbio e Bovero assinalam que, para os jusnaturalistas racionalistas:

...a tarefa do jurista não é a de interpretar regras já dadas, que enquanto tais não podem deixar de se ressentir das condições históricas nas quais foram

⁸ Ibid., p. 20.

⁹ Ibid., p. 19.

¹⁰ PATTARO, Enrico. La razón en el Derecho – Comentario a Norberto Bobbio. Alicante: Doxa – Cuadernos de filosofía n° 2, 1985. pp.147-152.

¹¹ MARCILLA, Gema. Sobre Contribución a una teoría de la legislación de Manuel Atienza. México: Isonomía – Revista de Teoría y Filosofía del Derecho n° 11, 1999. p. 178. (tradução nossa)

¹² MARCILLA, loc. cit.

emitidas, mas é aquela - bem mais nobre - de descobrir as regras universais da conduta, através do estudo da natureza do homem.¹³

1.3. O Declínio da Razão Substancial

Com decadência do jusnaturalismo e a ascensão do positivismo, ao fim do século XVIII, os pensadores do Direito deixaram de se ocupar do tema do Direito como produto da razão, concentrando-se na questão da aplicação das leis. Nesse sentido, Luis Prieto afirma que tal transição implicou “o deslocamento da razão da criação para a aplicação do direito”.¹⁴ Pode-se dizer que o mundo jurídico abandonou a razão substancial da Filosofia – a razão forte, na terminologia bobbiana – limitando-se apenas à razão material, a razão em sentido fraco, do razoamento jurídico, da aplicação das leis.

Marcilla levanta a hipótese de que tal fenômeno possa ser explicado por duas premissas fundamentais do positivismo: a vontade como origem do Direito e a concepção formalista da razão. Esta razão formalista, como vimos acima, equivale à razão em sentido fraco, que rege o momento da aplicação do Direito. Dito de outra forma: para os positivistas, a razão no direito estaria circunscrita ao momento posterior à criação da lei.

De um lado, as leis são vistas não mais como um reflexo da razão, mas sim como um produto da vontade humana, que não se pode configurar racionalmente. Do outro lado, o positivismo jurídico, talvez por influência de outras correntes científicas do momento, somente reconhece validade objetiva ao conhecimento fornecido pelo razoamento formal ou dedutivo; por isso, rechaça a análise de qualquer aspecto da realidade jurídica que não responda à noção de “calculabilidade”, isto é, à possibilidade de obter um resultado a partir da aplicação de regras pré-estabelecidas.¹⁵

Sem discordar da hipótese anterior, Bobbio acrescenta um outro viés, ao afirmar que “hoje, a expressão ‘razão no Direito’, creio que por influência dos autores da região linguística anglo-saxã, evoca essencialmente – diria exclusivamente – o segundo significado, ou seja, sugere o tema do razoamento jurídico”¹⁶. A observação de Bobbio quanto aos anglo-saxões remete-nos ao jurista e filósofo britânico John Austin (1790-1859) um dos grandes pensadores do positivismo. Sua conhecida classificação, que faz a distinção entre ciência da legislação e

¹³ BOBBIO, Norberto, BOVERO, Michelangelo. Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna. (trad. Carlos Nelson Coutinho) 4ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1996. p. 12

¹⁴ SANCHÍS, L. Prieto. Ideología e interpretación jurídica. Madrid: Tecnos, 1987. p. 28 (tradução nossa)

¹⁵ MARCILLA, op. cit.

¹⁶ BOBBIO, op. cit, p. 20.

ciência jurídica, de certa forma sintetiza, no entender de Marcilla, o paradigma positivista de razão jurídica:

A primeira (ciência da legislação) se identifica com uma ciência normativa cujo objeto é o “dever ser” do Direito, tarefa que cabe aos filósofos e aos políticos. A jurisprudência ou ciência jurídica [...] é, em retribuição, uma disciplina descritiva do Direito positivo, e o “autêntico feudo” dos juristas.¹⁷

Mais tarde, Hans Kelsen (1881-1973) deu sua contribuição para reforçar circunscrição do pensamento jurídico em torno das questões de interpretação e aplicação do Direito, em detrimento de sua criação. Sua teoria pura do Direito advoga que “a *jurisdictio* ou ato de dizer o Direito não tem o caráter simplesmente declarativo que sugerem esses termos. [...] A jurisdição tem, pelo contrário, um caráter claramente constitutivo. É um verdadeiro ato criador do Direito”¹⁸. No mesmo sentido, ele afirma em outra passagem que “a tarefa de alcançar, a partir da lei, a única sentença correta, o único ato administrativo correto, é o mesmo que criar, dentro do marco constitucional, a única lei correta”.¹⁹

A visão de que a razão no Direito é monopólio dos aplicadores e dos dogmáticos acabou por se consolidar com o desenvolvimento das modernas teorias da argumentação jurídica, que surgiram a partir dos anos 1950, a partir da constatação da insuficiência da lógica formal dedutiva para descrever ou normatizar o raciocínio jurídico, ou seja, a aplicação do Direito, especialmente nos tribunais superiores. Ao introduzirem nessa análise ferramentas como a tópica e a retórica, precursores como Viehweg, Perelman e Tolmin conferiram ainda mais prestígio à razão jurídica, praticamente sepultando a necessidade de se pensar a razão no momento de criação da lei. A partir do fim dos anos 1970, autores como MacCormick e Alexy deram forma ao que se convencionou chamar de teoria padrão da argumentação jurídica.

1.4. Razão Prática e Argumentação Jurídica

Robert Alexy, o maior expoente da teoria, defende que a argumentação jurídica é um caso especial do discurso prático geral, ou seja, que ela está fundada no discurso moral. Segundo Gema Marcilla:

Segundo J. Habermas, Alexy parte de uma concepção procedimental da racionalidade prática, o que significa que o discurso prático geral pode

¹⁷ MARCILLA, op. cit, p. 179.

¹⁸ KELSEN, 1975. pp. 151-2 apud MARCILLA, 1999. p. 179.

¹⁹ Id., 1995. p. 353 apud MARCILLA, 1999, loc. cit.

objetivamente fundamentar ou justificar uma norma, desde que sejam seguidas uma série de regras procedimentais e se formule uma pretensão correção ou justiça. Em sua opinião, o discurso jurídico é um tipo ou "caso especial" do discurso prático geral: uma decisão jurídica poderá ser intersubjetivamente aceita, desde que seja adotada no âmbito de um processo regulado de forma racional e que tenha a pretensão de ser correto. Uma de suas regras é a vinculação ao direito positivo, motivo pelo qual o discurso jurídico reveste-se de uma especialidade em relação à argumentação prática geral.²⁰

Manoel Atienza, tradutor de Alexy para o espanhol, concorda com a hipótese de argumentação jurídica como caso especial do discurso prático, mas questiona a restrição de seu objeto à interpretação e aplicação do Direito:

Poderíamos também dizer – de modo semelhante a Alexy – que a argumentação realizada para promulgar uma lei – no contexto de um Estado de Direito, por exemplo – é um caso especial do discurso prático racional? E, em caso afirmativo, quais seriam as regras e formas de raciocínio a adicionar às do discurso prático geral, que seriam análogas às que regem a argumentação jurídica (nos processos de interpretação e aplicação do Direito)?²¹

Atienza aponta ainda uma questão que ele considera mal resolvida na teoria de Alexy: o problema de como se argumentar racionalmente, no campo da aplicação do Direito, a partir de leis irracionais:

Finalmente, posto que uma das condições delimitadoras do discurso jurídico (precisamente a que faz deste um caso especial) é – como afirma Alexy – o respeito à lei, não se poderia dizer que sem um mínimo de racionalidade legislativa não é possível falar de racionalidade na argumentação jurídica? Mas qual seria esse mínimo? Seria apropriado, afinal, falar em argumentação jurídica sem incluir a argumentação que tem lugar no processo legislativo?²²

Atienza retoma o assunto em outro texto, posicionando-se de forma mais direta: “a racionalidade legislativa – ou, ao menos, um certo grau de racionalidade, é um pressuposto necessário para se poder falar de racionalidade na aplicação do Direito”.²³ O eixo de sua crítica é a dificuldade que ele vê em manter, no caso da aplicação de leis irracionais, a tese de que a argumentação jurídica é um caso especial do discurso prático racional.

Pode-se aceitar sem justificção que a existência de normas jurídicas, que qualificam como obrigatório um comportamento discursivamente possível, não só não infringe a racionalidade prática como é uma exigência dela; mas o problema surge com relação às normas jurídicas injustas, isto é, as que obrigam ou permitem efetuar ações discursivamente impossíveis ou proibem

²⁰ MARCILLA, op. cit, p. 181.

²¹ ATIENZA, Manuel. Contribución a una teoría de la legislación. Alicante: Doxa, Cuadernos de Filosofía, n° 6, 1989. p. 401. (tradução nossa)

²² Ibid., p. 402. (tradução nossa)

²³ Id. Contribución a una teoría de la legislación. Madri: Tecnos, 1997. (tradução nossa)

ações discursivamente obrigatórias. A argumentação jurídica continua sendo um exemplo de racionalidade discursiva quando é preciso aplicar uma norma claramente irracional ou injusta?”²⁴

Em 1989, Alexy publica o artigo “Resposta a alguns críticos”²⁵, onde rebate as críticas contra a tese do caso especial. Ele a sustenta inclusive nos casos de aplicação de norma injusta ou irracional. Seu argumento é o de que o discurso jurídico deve atender a uma dupla pretensão de correção, qual seja, adequação ao Direito racional e, simultaneamente, adequação ao Direito positivo. Ele afirma que a decisão judicial deve se fundamentar na moldura da ordem jurídica válida. Em outras palavras, Alexy defende que, apesar de determinadas leis poderem ser irracionais, o arcabouço do Direito válido é racional e justo.

Sobrevém a questão de um caso jurídico no qual a única fundamentação para a decisão seja uma lei manifestamente irracional. Para Alexy, ainda assim é possível atender a dupla pretensão de correção:

Na situação aqui contemplada, de aplicabilidade estrita da lei irracional ou injusta, o lugar do discurso jurídico no campo de aplicação dessa lei certamente se contrai até ficar nulo. Entretanto, não se rompe a conexão entre a racionalidade discursiva e o Direito. A racionalidade discursiva certamente já não pode determinar o conteúdo da decisão, porém conforma a razão para sua incorreção e a medida para sua crítica.²⁶

Tal defesa, no entanto, pode jogar sombra sobre sua própria teoria, pois parece admitir que a argumentação jurídica, em determinados casos, deixa de ter função prática e serve apenas como uma ferramenta de crítica ao Direito.

...o que ele parece não levar em conta é que afirmar que a argumentação jurídica é uma hipótese de argumentação prática racional e sustentar que a racionalidade discursiva oferece um modelo a partir do qual se pode valorar o Direito - ou a argumentação jurídica - são duas coisas diferentes. Se a tese de Alexy se reduz ao segundo sentido, seu conteúdo seria antes trivial. E se a interpretamos no primeiro sentido (como, em geral, Alexy parece fazer), então seria preciso dizer que, pelo menos nessa hipótese, ela é falsa. [...] Resumindo, a tese do caso especial só vale se se pressupõe a justiça do Direito positivo.²⁷

Críticas à tese do caso especial pelo viés da leis irracionais não são raras na atual literatura jurídica.²⁸ Mas ao contrário de outros autores, o objetivo de Atienza não parece ser

²⁴ Id. *As razões do direito – Teoria da argumentação jurídica*, 2ª ed. (tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. pp. 240-241. (tradução nossa)

²⁵ ALEXY, Robert. *Respuesta a algunos críticos*. Publicado como posfácio à edição em espanhol de *Teoria de la argumentación jurídica*. (tradução M. Atienza) Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. pp. 289-318. (tradução nossa)

²⁶ ALEXY, op. cit., pp. 316-317.

²⁷ ATIENZA, op. cit., p. 242.

²⁸ Cf. BRAUN, 1998; A. KAUFMAN, 1986; U. NEUMAN, 1986; citados por MARCILLA, 1999.

simplesmente o de rechaçar a tese. Ele apresenta “a possibilidade de corrigi-la ao introduzir o elemento da racionalidade legislativa”.²⁹ Dito de outra forma, o autor (2014, pp. 255-257) defende que – partindo-se do pressuposto de que um dos eixos do discurso jurídico é a vinculação à lei – se o discurso jurídico, na qualidade de caso especial do discurso prático geral, do discurso moral, quer ser um discurso que de fato represente a argumentação jurídica, e não que apenas seja um instrumento de crítica a ela, então será necessário entender que a racionalidade na aplicação do Direito depende de uma racionalidade prévia, exercida do momento da criação do direito, a racionalidade legislativa.

Marcilla (1999, pp. 183-184) matiza a discussão ao resgatar o pensamento de Alexy sobre a validade das normas jurídicas, pelo qual a racionalidade do discurso jurídico não depende de leis racionais, mas sim de leis válidas: uma norma extremamente injusta perderia sua validade, e logo sua juridicidade. Assim, argumentação jurídica não se limitaria à crítica – como sustenta Atienza – mas sim estabeleceria uma condição de racionalidade: as leis não poderiam ser demasiadamente irracionais ou insuportavelmente injustas. Ainda, em Alexy, a ideia de racionalidade das leis está ligada a sistemas jurídicos consolidados, formados de princípios e normas constitucionais que supririam a eventual invalidação de leis por injustiça ou irracionalidade. Finalmente, se o juízo de validade é baseado em critérios tanto jurídicos quanto morais, seria custoso negar que ele faça parte do discurso prático geral.

Em outras palavras, o pressuposto de aplicabilidade de uma lei, isto é, que ela possa ser utilizada como um argumento válido em um racoamento jurídico, depende, em última instância, de que essa lei possa passar por um controle de caráter moral.³⁰

Em suma, pode-se afirmar que Alexy vê a argumentação jurídica como um meio de promover um “controle de racionalidade” que exclua as leis demasiadamente irracionais. Atienza, por outro lado, acredita que a razão prática deve almejar a formação de leis minimamente racionais. Para Marcilla (1999, p. 184), enquanto Atienza busca a racionalidade das leis de forma positiva, Alexy o faz de forma negativa, em um nível de exigência mais baixo, mas que também fornece uma razão – ainda que bem mais fraca – para que a argumentação jurídica se ocupe da racionalidade das leis.

A racionalidade da argumentação jurídica, na medida em que está determinada pela lei, é por isso sempre relativa à racionalidade da legislação. Uma racionalidade ilimitada da decisão jurídica pressuporia a racionalidade da legislação. Isso teria como condição que, na respectiva sociedade, as questões

²⁹ MARCILLA, op. cit., p. 183.

³⁰ Ibid., p. 184.

práticas sejam resolvidas racionalmente. Para se chegar a uma teoria do discurso jurídico que contenha também essa condição de racionalidade, seria necessário ampliar a teoria do discurso racional prático geral até uma teoria da legislação, e essa até uma teoria normativa da sociedade, da qual a teoria do discurso jurídico constituiria uma parte. (tradução nossa)³¹

Alexy traça um longo caminho, na direção do qual alguns autores já tentam os primeiros passos. É disso que trataremos no próximo capítulo.

³¹ ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica. cit., pp 274-275.

CAPÍTULO 2

RACIONALIDADE LEGISLATIVA

2.1. O Mito e a Crise do Legislador

Vimos no capítulo anterior que, a partir da ascensão do positivismo, a preocupação com a racionalidade foi deslocada da criação para a aplicação do Direito. Antes disso, nos primórdios do moderno Estado de Direito, havia uma mistificação do legislador, tido com figura dotada do mais alto grau de racionalidade, do qual, logicamente, só poderiam advir leis manifestamente racionais.

Se, por definição, o legislador é racional, como síntese de sua onisciência e onipotência, perfeitos também seriam os seus produtos, as leis, tanto no formal (clareza e evidência, ausência de antinomias, lacunas ou redundâncias) quanto no material (quem conhece perfeitamente a sociedade, seus males e necessidades, acertará ao receitar, sob a forma de lei, o que mais convém ao corpo social. Fins e meios, matéria e forma, tudo se funde nessa espécie de razão suprema de um legislador que tem, em versão laica, os atributos do Deus medieval da lei eterna. (tradução nossa)³²

Garcia Amado (2000, p. 306) anota a influência de Rousseau na criação do mito do legislador “deus”, por seu modo mistificador de entender a representação que o legislador encarna. Dito de outra forma, construção rousseauiana da mística da nação, pela qual o povo é superior ao rei, aduz à superioridade intelectual e moral dos representantes escolhidos por este mesmo povo. Dentro desta moldura de pensamento, a busca por uma teoria da legislação era vista como algo desnecessário, ou que se limitaria apenas a aspectos descritivos, já que a racionalidade das leis redundava naturalmente da inquestionável racionalidade pressuposta ao legislador. Dentro de tal contexto, restou ao pensamento jurídico concentrar sua atenção no papel do aplicador do Direito.

Apesar de algumas tentativas pontuais, por séculos não foi constituída uma teoria da legislação como disciplina articulada e com um lugar preciso e relevante entre os estudos jurídicos, e portanto o esforço da teoria do direito se centrou em determinar o papel e o lugar do juiz. [...] O caráter racional da lei não deixa espaço senão a uma visão de aplicação do direito que seja puro reflexo daquela. (tradução nossa)³³

³² GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Razón práctica y legislación, Madri: Derechos y Libertades – Revista del Instituto Bartolomé de las Casas nº 9, 2000. p. 304. “Si por definición el legislador es racional, como síntesis de su omnisciencia y omnipotencia, perfectos serán también sus productos, las leyes, tanto en lo formal (claridad y evidencia, ausencia de antinomias, lagunas o redundancias) como en lo material (quien conoce perfectamente la sociedad, sus males y sus necesidades, acertará a recetar, bajo forma de ley, lo que al cuerpo social más le conviene). Fines y medios, materia y forma, se funde todo en esa especie de razón suprema de un legislador que tiene, en versión laica, los atributos del dios medieval de la ley eterna.”

³³ Ibid, p. 305. “De ahí que pese a intentos puntuales no se constituyera en siglos la teoría de la legislación como disciplina articulada y con un lugar preciso y relevante entre los estudios jurídicos, y de ahí también que el esfuerzo de la teoría del derecho se centrara en determinar el papel y lugar del juez.[...] El carácter racional de la ley no deja sitio sino a una visión de la aplicación del derecho que sea puro reflejo de aquélla.”

Em outras palavras, para aplicar a lei advinda de um verdadeiro prócere da racionalidade – o legislador – o juiz deveria se esforçar para exercer sua atividade de interpretação e aplicação do Direito dado com o mais alto grau de racionalidade possível. É importante notar que tal tarefa era facilitada pela própria racionalidade pressuposta à lei, de forma que a racionalidade na aplicação não era uma questão que suscitava grande preocupação.

Obviamente, o mito do legislador onipotente era uma construção frágil, que não resistiria ao julgamento da história. O paulatino acúmulo de injustiças e de problemas sociais não resolvidos pelas leis levaram à perda da aura de onipotência do legislador. Assim, a doutrina abandonou o mito do legislador “deus” e passou a construir o conceito de legislador “artista”: “Falou-se, com total convencimento, da ‘arte de legislar’. O bom legislador passa a ser aquele que possui certo dom, certa aptidão que se tem ou não se tem, mas que dificilmente poderá ser disciplinada com receitas metodológicas.” (G. AMADO, 2000, p. 306, tradução nossa)³⁴

Como se tratava de um dom natural, também não cabia tratar da racionalidade do legislador de forma prescritiva. A razão prática do legislador derivava de sua aptidão para a função que, como forma arte, não poderia ser guiada por regras ou métodos. O bom legislador não surge da vontade ou do esforço individual, mas simplesmente do acaso, tal como os artistas. Citando Krems (1979), García Amado anota que:

Assim, Wach dizia, em 1908, que a arte da legislação justa cai sob o amparo de personalidades tocadas por uma espécie particular de graça divina, e somente elas conseguem por em correta sintonia o sentimento vivo da alma popular e as exigências do poder. Para Hesemann, o que leva ao encontro do “justo real” não é nem uma arte nem uma técnica, mas sim “um dom, uma graça do destino”. E em 1937 escrevia Burckhardt que “a correta criação do Direito deve ser vista mais como uma exigência dirigida à personalidade do que como uma tarefa científica”. (tradução nossa)³⁵

Desta forma, a mística da nação dá lugar à fé na fortuna, à esperança de determinado povo de que sua nação possa ter a sorte de contar com um bom número de legisladores artistas bem intencionados: “...ou vemos no legislador um tirano irracional, ou confiamos que seu trabalho faça parte da condição daquelas atividades que, se não são racionais, tampouco buscam

³⁴ “Se habló con pleno convencimiento y en su sentido más literal del «arte de legislar». El buen legislador pasa a ser aquel que posee cierto don, cierta aptitud que o se tiene o no se tiene, pero que difícilmente podrá disciplinarse con recetas metodológicas.”

³⁵ Ibid., p. 306. “Así, Wach decía en 1908 que el «arte» de la justa legislación cae bajo el amparo de personalidades tocadas por una especie de particular gracia divina, y sólo ellas consiguen poner en la correcta sintonía el sentimiento vivo del alma popular con las exigencias del poder. Para Hesemann, lo que lleva al hallazgo de lo «justo real» no es ni un arte ni una técnica, sino «un don, una gracia del destino». Y en 1937 escribía Burckhardt que «la correcta creación del derecho ha de verse como exigencia dirigida a la personalidad más que como tarea científica.»

o puro interesse egoísta, mas que se plasman em uma obra positiva, como ocorre com a arte.” (G. AMADO, 2000, p. 307, tradução nossa)³⁶

Mais tarde, o legislador perde a aura de artista e entra em crise. A crise do legislador – ou crise da legislação – é um processo que se desenvolve e se agrava há pelo menos três décadas, estando intrinsecamente associado à crise do Estado de bem-estar social. Tal processo levou grande parte das democracias constitucionais a uma crescente desvalorização da atividade legislativa – que passou a ser vista como mera expressão da vontade política, isenta de qualquer pretensão de racionalidade, incapaz de oferecer soluções para os cada vez mais graves problemas sociais – e à conseqüente sobrevalorização dos aplicadores do Direito.

Segundo Liborio Hierro, entre os motivos para tal estariam a expansão da força normativa das constituições e dos princípios.³⁷ García Amado identifica nos argumentos favoráveis ao principialismo uma série de preconceitos dirigidos ao legislador:

Uma mostra: a tão banalizada defesa atual do principialismo, do papel dos valores, tanto dos valores de forma geral quanto dos valores constitucionais, e da conseqüente exaltação de um ativismo judicial que sirva como freio, contrapeso e corretivo para os temíveis excessos ou para a incapacidade do legislador quase sempre recorre a argumentos como o de que o legislador de hoje é uma puramente uma correia de transmissão interesses mais ou menos inconfessáveis, ou carece das ferramentas intelectuais necessárias para, perceber a verdadeira dimensão dos problemas sociais, ou é corrupto, ou se move em meio a um vazio ideológico e de valores próprio da crise dos partidos e da crise da ideologia, etc. (tradução nossa)³⁸

A partir desse cenário calamitoso, divulga-se a ideia de que cabe ao juiz corrigir o legislador e realizar a justiça no caso concreto, empregando sua racionalidade prática para realizar valorações isentas dos vícios atribuídos ao legislador.

...essas posturas que amparam o ativismo e a beatificação do juiz parecem ser ainda prisioneiras do mito do legislador racional, interpretado agora a *contrario sensu* ou passivamente: se o legislador simplesmente não é racional, não há nada (nem procedimentos, nem mecanismos, nem controles) que torne

³⁶ “...o vemos en el legislador un tirano irracional o confiamos en que su labor participe de la condición de aquellas actividades que no siendo racionales tampoco buscan el puro interés egoísta, sino que se plasman en una obra positiva, como ocurre con el arte.”

³⁷HIERRO L., Liborio. El imperio de la ley y la crisis de la ley. Alicante: Doxa – Cuadernos de filosofía, n° 19, 1996. p. 291

³⁸GARCÍA AMADO, op. cit., p. 307-308. “Una muestra: la tan manida apología actual del principialismo, del papel de los valores, ya sea en general ya sean los valores constitucionales, y la consiguiente exaltación de un activismo judicial que sirva de freno, contrapeso y corrección de los temibles excesos o incapacidades del legislador tienen casi siempre una de sus más socorridas justificaciones en argumentos como el de que el legislador actual es una pura correa de transmisión de intereses más o menos inconfesables, o carece de los instrumentos intelectuales necesarios para percibir la auténtica dimensión de los problemas sociales, o es corrupto, o se mueve en medio de un vacío ideológico y valorativo propio de la crisis de los partidos y las ideologías, etc.”

a lei racional, daí que qualquer racionalidade possível terá que ser confiada ao juiz, ainda que ao custo de substituir o mito antigo pelo novo mito do juiz racional. (tradução nossa)³⁹

Sem refutar tais hipóteses, Marcilla matiza a questão ao ligar a crise da legislação a uma série de transformações na sociedade, e à dificuldade de se lidar com os diferentes conceitos do que seja a lei:

Sob a expressão “crise da lei”, se alude a uma série de fatores de mudanças política, jurídica, e social que a afetam a concepção clássica de lei. As análises que versam sobre a falência da lei geralmente têm um caráter seja especulativo ou conceitual, seja valorativo ou crítico, segundo se ponha o acento nas insuficiências do conceito tradicional de lei, isto é, no fato de que as leis têm perdido as características de generalidade, abstração, unicidade, oficialidade etc. que as definiam, ou se ressalte o retrocesso dos valores que se supunham garantidos por aquelas notas clássicas, como a segurança, a igualdade e a liberdade. (tradução nossa)⁴⁰

É interessante notar que esses diferentes ângulos dos quais a lei pode ser observada – generalidade, abstração, unicidade e oficialidade por um lado, e segurança, igualdade e liberdade (e também justiça) por outro – correspondem respectivamente aos aspectos formais e materiais da lei. Como vimos acima, a Filosofia classifica a razão em formal ou substancial (a razão fraca e a razão forte de Bobbio). No mesmo sentido, a racionalidade legislativa pode ser dividida em instrumental e material, como veremos mais abaixo.

Por enquanto, importa deixar estabelecida a relação entre a crise da legislação e o renovado interesse de parte do mundo jurídico pela racionalidade legislativa, que levou ao desenvolvimento da legística (ou técnica legislativa) e ao ainda incipiente surgimento de uma teoria da legislação: “caberia dizer, inclusive, que a técnica legislativa surge da necessidade de dar uma resposta prática à crise, e a teoria da legislação, da necessidade de encontrar uma explicação para o fenômeno.” (ATIENZA, 1989, p. 387, tradução nossa)⁴¹

³⁹ Ibid. p. 308. “...estas posturas que amparan el activismo y la beatificación del juez en la crisis del legislador no parecen sino prisioneras aún del mito del legislador racional, si bien interpretado ahora a sensu contrario o por pasiva: si no es de por sí y sin más racional el legislador, nada hay (ni procedimientos, ni mecanismos ni controles) que haga racional la ley, con lo que cualquier racionalidad posible habrá que confiársela al juez, aunque sea a costa de sustituir el mito antiguo por el nuevo mito del juez racional.”

⁴⁰ MARCILLA, op. cit., pp. 177-178. “Bajo la expresión “crisis de la ley” se alude a una serie de factores de cambio político, jurídico y social que afectan a la clásica concepción de la ley. Los análisis que versan sobre la quiebra de la ley suelen tener un carácter bien especulativo o conceptual, bien valorativo o crítico, según se ponga el acento en las insuficiencias del concepto tradicional de ley, esto es, en el hecho de que las leyes han perdido las características de generalidad, abstracción, unicidad, estatalidad, etc., que las definían, o bien se resalte el retroceso de los valores que se supone venían garantizados por aquellas notas clásicas, como la certeza, la igualdad y la libertad.”

⁴¹ “...cabría decir incluso que la técnica legislativa surge de la necesidad de dar una respuesta práctica a la crisis, y la teoría de la legislación de la necesidad de encontrar una explicación del fenómeno.”

2.2. Ciência, Técnica e Teoria da Legislação

Parece conveniente tentar entender e distinguir os conceitos de ciência de legislação, teoria da legislação (que por vezes são, equivocadamente, usados no mesmo sentido) e técnica legislativa.

O que talvez seja a primeira referência ao conceito de ciência de legislação se encontra já em John Austin (1790-1859). Ele a diferencia da ciência da jurisprudência, que trataria do Direito positivo sem considerações éticas ou morais. Austin afirma que a ciência da legislação é um ramo da ciência da ética, e que seu objetivo é “determinar os princípios sobre os quais as normas devem ser elaboradas se querem merecer a aprovação, isto é, como deveriam ser as leis ou como seriam se fossem boas leis, ou como se adequariam a uma determinada medida”. (ZAPATERO GÓMEZ, 1994, p. 771, tradução nossa)⁴²

Atienza divide a ciência da legislação em dois ramos ou níveis de análise – teoria da legislação e técnica legislativa – e define seu estatuto epistemológico: “...a ciência (técnica, doutrina ou teoria) da legislação se ocupa do processo ou atividade cujo resultado é a produção de normas jurídicas (ou talvez melhor, de um tipo de normas jurídicas).” (ATIENZA, 1997, p. 17, grifo nosso, tradução nossa)⁴³. Santiago Campos (2006, p. 26) resume o que, na visão de Atienza (1997), diferencia a ciência da legislação da teoria da legislação:

A ciência da legislação se interessa, por um lado, na lei como produto que deve ter certas características formais, além de gerar determinados efeitos no sistema jurídico e no sistema social; por outro, na análise do que acontece com as normas uma vez que esteja concluído o procedimento legislativo, isto é, com sua promulgação. Já a teoria da legislação se encarrega de estudar os problemas de maior nível de abstração, mesmo os que não tem, ao menos a curto prazo, um propósito de tipo prático, isto é, pretende fornecer uma explicação geral das leis. Logo, estaria ligada a seus conteúdos concretos e finalidades, deixando de lado os aspectos de coerência, compreensão, linguística, etc. (tradução nossa)⁴⁴

⁴² “Es Austin quien [...] diferencia la Ciencia de la Jurisprudencia (que se ocupa de las leyes positivas sin considerar su bondad o maldad) de aquella rama de la Ciencia de la Ética que denomina Ciencia de la Legislación y que trata de determinar los principios sobre los que deben elaborarse las normas si quieren merecer la aprobación; esto es, cómo deberían ser las leyes o cómo serían si fueran buenas leyes, o cómo serían si se adecuaban a una determinada medida.”

⁴³ “...la ciencia (técnica, doctrina o teoría) de la legislación se ocupa del proceso o actividad cuyo resultado es la producción de normas jurídicas (o quizás mejor, de un tipo de normas jurídicas).”

⁴⁴ CAMPOS, Gonzalo Santiago. Racionalidad y argumentación jurídica legislativa. México: Cámara de Diputados, LIX Legislatura – Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias, 2006. “La ciencia de la legislación se interesa, por un lado, en la ley como producto que debe tener ciertos caracteres formales, además de generar determinados efectos en el sistema jurídico y en el sistema social; y por otro, en el análisis de lo que sucede con las normas una vez que ha concluido el procedimiento legislativo, es decir, con su promulgación. Ahora bien, la teoría de la legislación se encarga de estudiar los problemas de mayor nivel de abstracción, mismos

A partir daí, pode-se entender que a ciência da legislação dá atenção aos aspectos gerais e formais da lei, de sua interação com as questões jurídicas e sociais e às consequências da lei (ou seja, à fase pós-legislativa). A teoria da legislação – que está contida na ciência da legislação – toma conta da parte relativa às questões gerais mais abstratas, ligadas à razão do legislador, à finalidade e à justificação da lei. Lida também com as interações da lei com o corpo social, no que se aproxima da sociologia jurídica.

Consequentemente, os aspectos formais – coerência, compreensão, linguística, etc. – ficam a cargo da técnica legislativa, a segunda “perna” da ciência da legislação. Sobre as diferenças entre estes dois eixos – teoria da legislação e técnica legislativa – Marcilla assinala que:

...a teoria da legislação constitui um discurso de carácter mais fundamental que o da técnica legislativa, no sentido de que aquela não conteria análises ou propostas imediatamente voltadas a dar conta das leis ou melhorar sua qualidade, mas sim uma concepção da legislação ou – o que é o mesmo – da racionalidade legislativa, e também uma visão do estatuto e papel dos estudos sobre ela, isto é, uma concepção da própria ciência da legislação. (tradução nossa)⁴⁵

Em outras palavras, a distinção reside no fato de que as teorias da legislação são “análises de conjunto, explicativas e de base, enquanto as técnicas legislativas têm uma característica muito mais setorial. [A teoria da legislação] deveria também oferecer os conhecimentos básicos que nutririam as diversas técnicas legislativas.” (ATIENZA, 1997, pp. 56-57, tradução nossa)⁴⁶

Como vimos ao fim do tópico anterior, Atienza julga que a técnica legislativa surge da necessidade de dar uma resposta rápida ao fenômeno da crise da legislação. Mais que isso, ele acredita que “a técnica legislativa vem a ser muito mais uma maneira de ‘tourear’ a crise, de

que no tienen, por lo menos a corto plazo, un propósito de tipo práctico, es decir, pretende dar una explicación general de las leyes. Pues tendría que ver con sus contenidos concretos y finalidades, dejando a un lado los aspectos de coherencia, comprensión, lingüística, etc.”

⁴⁵ Marcilla, Gema. Sobre la necesidad de una nueva ciencia de la legislación, en Elementos de técnica legislativa. México: UNAM – Instituto de Investigaciones Jurídicas serie Doctrina Jurídica n° 44, 2000, p. 9. “...la teoría de la legislación constituye un discurso de carácter más fundamental que el de la técnica legislativa, en el sentido de que aquélla no contendría análisis o propuestas inmediatamente encaminados a dar cuenta o a mejorar la calidad de las leyes, sino una concepción de la legislación o, lo que es igual, de la racionalidad legislativa, y también una visión del estatuto y cometido de los estudios sobre la misma, esto es, una concepción de la propia ciencia de la legislación.”

⁴⁶ “...análisis más bien de conjunto, de tipo explicativo y de carácter básico, mientras que las técnicas legislativas tienen un carácter mucho más sectorial. [La teoría de la legislación] debería ofrecer también los conocimientos básicos que nutrieran a las diversas técnicas legislativas.”

fazer frente a ela com certa dignidade, do que de propriamente superá-la.” (ATIENZA, 1989, p. 388, tradução nossa)⁴⁷

Subterfúgio para a crise da legislação ou não, o fato é que a técnica legislativa vem recebendo a maior parte dos estudos no campo da ciência da legislação, em detrimento da teoria da legislação. (Cfr. CAMPOS, 2006, p. 28). Certamente é muito mais confortável buscar a melhoria na qualidade técnica das leis do que fazer frente ao seu déficit de racionalidade, ainda que a racionalidade formal seja indispensável para a técnica legislativa.

A questão deveria ser enfrentada por ambos os flancos, porque o progresso em um deles sempre contribui para a evolução no outro. Um maior equilíbrio nos estudos seria benéfico tanto para teoria quanto para técnica, e logo para a ciência da legislação como um todo. “Aqueles que se ocupam da técnica legislativa geralmente lamentam [cfr. Gretel, 1986, pág. 23] a inexistência de uma autêntica teoria de legislação que pudesse oferecer um marco adequado para sua tarefa.” (ATIENZA, 1989, p. 399, tradução nossa)⁴⁸

2.3. Esboço de uma Teoria da Legislação

Atienza (1997) traçou o que chamou de um breve esboço de uma teoria da legislação, que teria funções descritivas, explicativas e – principalmente – propositivas, visando a indicação de metodologias e procedimentos que possibilitem um incremento de racionalidade na atividade de legislar. Tal teoria partiria de duas ideias chave. A primeira: “o peso da racionalidade legislativa no razoamento judicial e dogmático poderia justificar a necessidade de se completar a teoria da argumentação jurídica com o estudo da legislação”. (MARCILLA, 1999, p. 186, tradução nossa)⁴⁹ A segunda ideia é a de que...

...os incipientes trabalhos de teoria e técnica legislativa deveriam levar em conta quais têm sido as dificuldades e os resultados dos estudos sobre o razoamento jurídico, pois, no fundo, o processo de legislação tem o objetivo de alcançar decisões racionais seguindo um procedimento institucionalizado, como ocorre nos processos judiciais. (tradução nossa)⁵⁰

⁴⁷ “La técnica legislativa viene a ser más una forma de capear y de hacer frente con cierta dignidad a la crisis, que de superarla.”

⁴⁸ “Quienes se ocupan de la técnica legislativa suelen lamentar la inexistencia de una auténtica teoría de la legislación que pueda suministrar un marco adecuado para su tarea.”

⁴⁹ “...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.”

⁵⁰ MARCILLA, G., 1999, p. 186. “...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

De saída, é possível notar que tais ideias comungam uma visão unificadora da racionalidade jurídica, movendo-se em direção de uma metodologia que se relacione tanto com o momento de criação quanto com o momento de interpretação e aplicação do Direito. Atienza (1997) propõe para este esboço de teoria da legislação uma concepção de racionalidade dotada de três características fundamentais: unicidade, amplitude e estruturação.

1. A concepção unitária de racionalidade no Direito presume a vinculação dos termos “Direito racional” e “razoamento jurídico”, que passam a emanar o mesmo sentido. Isso equivale a dizer que aquelas duas expressões, ambas derivadas dos termos razão e Direito, não mais veiculam os significados distintos observados por Bobbio (Cf. tópicos 1.1 e 1.1.2). Destarte, queda-se nula a distinção bobbiana entre razão forte (ou substancial) e razão fraca (ou formal). “Necessitamos, em definitivo do que Bobbio chamava de razão em sentido forte, tanto no momento da legislação quanto no da aplicação do Direito; e tampouco podemos prescindir, em nenhuma das duas instâncias, da razão em sentido fraco.” (ATIENZA, op. cit, pp 187-188, tradução nossa)⁵¹

Em conclusão, a noção de uma racionalidade unívoca para legislação e jurisdição “rompe a ideia de que o único objeto preciso para a teoria do Direito é o modo de razoar dos juristas teóricos ou práticos, a partir ou dentro dos limites do Direito positivo; ou, em outros termos, abre novamente a porta à ciência da legislação”. (MARCILLA, op.cit, p. 187, tradução nossa)⁵²

2. A concepção ampla é baseada em empregar novos parâmetros de racionalidade, estranhos aos parâmetros tradicionais, numa clara crítica à visão formalista de racionalidade, que ainda predomina no âmbito da técnica legislativa. A noção ampla engloba o enfrentamento de problemas legislativos novos e não previstos, para os quais as técnicas tradicionais serão insuficientes.

3. A concepção estruturada entende o processo de produção das leis com uma série de interações entre cinco elementos distintos: editores, destinatários, sistema jurídico, fins e

proceso de legislación tiene como objetivo alcanzar decisiones racionales siguiendo un procedimiento institucionalizado, igual que ocurre en los procesos judiciales.”

⁵¹ “Necesitamos, en definitiva, lo que Bobbio llamaba la razón en sentido fuerte, tanto en el momento de la legislación como en el de la aplicación del Derecho, y en ninguna de las dos instancias podemos tampoco prescindir de la razón en sentido débil.”

⁵² “...rompe con la idea de que el único objeto riguroso para la teoría del Derecho es el modo de razonar de juristas teóricos y prácticos a partir o en los límites del Derecho positivo o, en otros términos, abre de nuevo la puerta op.la la “ciencia de la legislación”.

valores. Ainda, classifica a racionalidade na legislação em uma estrutura de cinco níveis: (Cf. ATIENZA, 1989):

- Racionalidade linguística (R1): o editor deve ser capaz transmitir com fluidez a mensagem (a lei) ao destinatário. Relativa a clareza, precisão e comunicabilidade;
- Racionalidade jurídico-formal (R2): a nova lei deve ter harmonia com o sistema jurídico; relativa a sistemática, coerência, segurança jurídica e previsibilidade;
- Racionalidade pragmática (R3): se a conduta dos destinatários se adequará às prescrições da nova lei; relativa a eficácia;
- Racionalidade teleológica (R4): se a nova lei alcançará as finalidades pretendidas; relativa a eficiência;
- Racionalidade ética (R5): a condutas prescritas e finalidades pretendidas pela nova lei pressupõem valores que devem ter justificação ética; relativa a justiça, dignidade e moral.

Cada um dos elementos está presente, de alguma forma, em cada um dos níveis de racionalidades, embora cada nível tenha seu elemento predominante. Os quatro primeiros níveis de racionalidade (R1-R4) podem ser agrupados em um só conjunto, o da racionalidade instrumental. O que diferencia a racionalidade instrumental da racionalidade ética é o fato de ela ser uma racionalidade fraca, ou formal, de característica predominantemente técnica, enquanto a racionalidade ética é do tipo forte, ou substancial.

R1-R4 partem de uma mesma uma noção de racionalidade, a adequação entre meios e fins (trata-se, portanto, uma racionalidade instrumental), enquanto R5, isto é, a racionalidade ética, seria uma racionalidade de um tipo distinto: aqui não se trata de ver quais meios são adequados para determinados fins, mas sim quais fins (ou quais meios) estão eticamente justificados. (tradução nossa)⁵³

Mais recentemente, Atienza (2013) acrescenta a esta formulação um nível extra de meta-racionalidade, presidido pela ideia de razoabilidade: “[Temos ainda o nível da] razoabilidade, entendida como a exigência de que que exista um equilíbrio, uma ponderação na

ATIENZA, Manuel. Contribución a una teoría de la legislación. Alicante: Doxa – Cuadernos de filosofía nº 6, 1989. p. 386. “R1-R4 partem de una misma noción de racionalidad, en cuanto adecuación medios-fines (se trata, pues, de una racionalidad instrumental), mientras que R5, es decir, la racionalidad ética, sería una racionalidad de un tipo distinto: aquí no se trata de ver qué medios son adecuados para ciertos fines, sino qué fines (o qué medios) están éticamente justificados.”

hora de obter os fins anteriores: o sacrifício de algum desses fins (no todo ou em certa medida) precisa ser feito sob um custo razoável.” (ATIENZA, 2013, p. 715, tradução nossa)⁵⁴

Em síntese:

A correção de uma decisão legislativa depende, em consequência, que a forma e o conteúdo de lei sejam claros, sistemáticos (que não deixem lacunas ou criem contradições – ‘coerente’ mas no sentido de consistente), eficazes, socialmente efetivos, axiologicamente adequados e eficientes.⁵⁵ (tradução nossa)

Diéz Ripollés propõe uma inversão do modelo de Atienza:

O estudo das diferentes racionalidades deve ser feito de modo inverso ao proposto por Atienza: se o que queremos é estabelecer um procedimento racional de elaboração das leis, e não simplesmente um instrumental de análise racional de leis já existentes, a racionalidade ética marcaria o campo de jogo das demais racionalidades, a teleológica estabeleceria os objetivos a satisfazer dentro desse marco, e as restantes se sucederiam em ordem decrescente de instrumentalidade. (tradução nossa)⁵⁶

Atienza aceita a crítica, em parte:

Há de se ter em conta, em todo caso, que a ordenação de níveis antes apresentada está feita mais ou menos em abstrato e seguindo uma ordem de complexidade crescente. Pode por isso ser adequada para propósitos de análise e avaliação. Mas quando se trata de usá-la para o fim de sugerir como argumentar, essa ordem (Cf. Díez Rípolles, 2003) tem que ser invertida (ou alterada). (tradução nossa)⁵⁷

Os níveis de racionalidade podem ser objeto de duas formas de análise, de tipo interno e de tipo externo, que:

[Na de análise de tipo interno] cada modelo ou ideia de racionalidade constrói de diferente maneira os elementos da atividade legislativa; permite distinguir

⁵⁴ “...y el de la razonabilidad, entendida como la exigencia un equilibrio, una ponderación, a la hora de obtener los anteriores fines: el sacrificio de alguno de esos fines (si no en el todo, en alguna medida) tiene que hacerse a un costo razonable.”

⁵⁵ ATIENZA, Manoel. Curso de Argumentación Jurídica. Madri: Editorial Trotta, 2013. p 715. “La corrección de una decisión legislativa depende, en consecuencia, que el contenido y la forma de la ley sean claros, sistemáticos (que no genere lagunas ni contradicciones –‘coherente’ pero en el sentido de consistente–), eficaces, socialmente efectivos, axiológicamente adecuados y eficientes.”

⁵⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís. Presupuestos de un modelo racional de legislación penal. Alicante: Doxa - Cuadernos de filosofía n° 24, 2001. p.507. “El estudio de las diversas racionalidades debe realizarse de modo inverso a como procede Atienza: Si lo que queremos es establecer un procedimiento racional de elaboración de leyes, y no simplemente un instrumental de análisis racional de leyes ya existentes, la racionalidad ética marcaría el ámbito de juego de las restantes racionalidades, la teleológica establecería los objetivos a satisfacer dentro de ese marco, y l, as restantes se sucederían en un orden de proyección decreciente de instrumentalidad.”

⁵⁷ ATIENZA, op. cit. p. 718. “Ha de tenerse en cuenta, en todo caso que la ordenación de niveles antes presentada está hecha más o menos en abstracto y siguiendo un orden de complejidad creciente. Puede por ello ser el adecuado para propósitos de análisis y de evaluación. Pero cuando tratase de usarla a los efectos de sugerir cómo argumentar, ese orden (*vid.* Díez Ripolles 2003) tiene que ser invertido (o cambiado).”

certas disciplinas que cumprem um papel reitor de outras que tem um carácter simplesmente auxiliar; define uma noção de irracionalidade; e sugere quais técnicas utilizar para aumentar a racionalidade. [Na de análise de tipo externo] tratar-se-ia de mostrar as relações que guardam entre si esses diversos níveis de racionalidade: assim, caberia dizer que entre elas se dão tanto relações de compatibilidade [...], como de dependência [...] ou inclusive de incompatibilidade. (tradução nossa)⁵⁸

A análise de tipo externo se dá em dois planos: estático e dinâmico. (ATIENZA, 1989). No plano estático, a relação entre os níveis de racionalidade é observada de modo abstrato, sem levar em conta o processo legislativo real. No plano dinâmico, se analisa como os níveis de racionalidade podem se combinar para dar conta, na prática, do processo real de produção das leis.

Como R1 a R4 representam racionalidades instrumentais, suas análises de tipo interno – bem como as análises de tipo externo das relações entre esses níveis – não interessam ao objeto da presente pesquisa.⁵⁹ Interessa-nos, especialmente, a análise de tipo interno da racionalidade ética (R5) e a análise de tipo externo de suas relações com as racionalidades instrumentais. Passemos a isto.

Pela análise de tipo interno da racionalidade ética, simplificadamente temos:

- Editores: as autoridades legitimadas para exercer o poder de legislar;
- Destinatários: aqueles que são moralmente obrigados a cumprir a lei;
- Sistema jurídico: conjunto de normas legais ou morais que podem ser avaliadas do ponto de vista ético;
- Fins: liberdade, igualdade e justiça (tendo sempre em conta o grau de abstração desses conceitos);
- Valores: natureza do homem, dignidade humana, consenso.

Já quanto à análise de tipo externo das relações entre a racionalidade ética e as demais, temos (ATIENZA, 1989):

R1/R5. Evidentemente, uma lei pode ser racional no nível linguístico sem o ser no plano ético. Dito de outra forma, a lei pode ser clara, precisa e inteligível, mas a um só tempo ser

⁵⁸ ATIENZA, Manuel. Contribución a una teoría de la legislación. Madrid: Tecnos, 1997. “cada modelo o idea de racionalidad construye de cierta 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 qué técnicas utilizar para incrementar la racionalidad. [Na análise de tipo interno] 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 [...], como de dependencia [...], o incluso de incompatibilidad.”

⁵⁹ Para um bom resumo das análises interna e externa em língua portuguesa: Cf. LIMA, Isa de. A Crítica Doutrinária à Irracionalidade da Produção Legislativa. Brasília: Senado Federal – Instituto Legislativo Brasileiro, 2014. pp 17-21.

injustificável da perspectiva ética. Menos comum, porém factível, é ocorrer o contrário. Neste caso, os fins de liberdade, igualdade e justiça estariam em conflito com os de clareza e precisão.

Isso é o que poderia se suceder, por exemplo, quando se deixa um amplo espaço de discricionariedade ao órgão aplicador – a fim de que possa exercer sua equidade – e se recorre para isso a padrões ou princípios que, naturalmente, só podem ser formulados numa forma linguisticamente imprecisa. (tradução nossa)⁶⁰

Assim, a lei seria irracional no nível linguístico, porém racional no plano ético. É interessante pensar qual a relação de um caso como este com o argumento de Díez Ripolles visto acima, de que a racionalidade ética deve estabelecer os limites das demais racionalidades. A questão que fica para reflexão é a de se eventuais irracionalidades em um ou mais dos níveis instrumentais pode ser tolerada, por estar tal irracionalidade eticamente justificada.

R2/R5. A relação entre a racionalidade jurídico-formal e a racionalidade ética evoca a clássica contraposição entre segurança jurídica e justiça. Tal dialética é percebida mais claramente no campo da interpretação e aplicação do Direito, ou mesmo na oposição entre o momento de aplicação (regido pela segurança jurídica) e o momento da criação do Direito (regido, idealmente, pela noção de justiça). Sem embargo, essa contraposição também é intrínseca ao processo de produção das leis.

A sistemática de uma lei faz dela um mecanismo de previsibilidade, de segurança, porém não faz que o que se assegure seja a liberdade, a igualdade e a justiça (como quer que se queira entendê-las). Algo bastante trivial, mas que o jurista tradicional tende a esquecer. (tradução nossa)⁶¹

R3-R4/R5. As racionalidades pragmática e teleológica são tomadas em conjunto por Atienza na análise de tipo externo da relação entre a racionalidade ética e aquelas. Segundo ele “o cumprimento do Direito e/ou a realização dos objetivos sociais estabelecidos é uma questão independente de sua justificação ética. (tradução nossa)⁶². Trata-se exatamente da distinção que ocorre entre técnica e ética, ou seja, entre a racionalidade instrumental e a racionalidade axiológica.

Por isso, pode-se dizer que R5, diferentemente dos outros níveis, não gera nenhuma técnica legislativa: não há nenhum procedimento específico para alcançar a liberdade, a igualdade e a justiça por meio das leis, fora das técnicas que geram as racionalidades R1-R4. O problema que se coloca em R5 é o de

⁶⁰ ATIENZA, 1989, op. cit

⁶¹ Ibid, p. 391. “La sistematicidad de una ley hace que ésta sea un mecanismo de previsibilidad, de seguridad, pero no hace que lo que se asegure sea la libertad, la igualdad y la justicia (como quiera que éstas se entiendan). Algo bastante trivial, pero que el jurista tradicional tiende a olvidar.”

⁶² Ibid, p. 392. “El cumplimiento del Derecho y/o la realización de los objetivos sociales establecidos es una cuestión independiente de su justificación ética.”

mostrar quais valores ou qual teoria ética permite uma mais adequada interpretação dos fins últimos (a liberdade, a igualdade, a justiça). Além disso, a concepção ética que se eleja determina o emprego das técnicas legislativas e o desenvolvimento do próprio processo da legislação, enquanto a ética estabelece os limites (positivos e, sobretudo, negativos) de seu funcionamento. (tradução nossa)⁶³

De tudo isso, entende-se que a racionalidade ética pode sinalizar quais técnicas devem ser empregadas para que se alcance a racionalidade pragmático-teleológica no caso concreto de criação de uma nova lei. Ainda, estabelece os limites daquelas racionalidades (seu campo de jogo, como diria Diéz Ripollés) de um modo, na prática, muitas vezes mais negativo do que positivo. Ou seja, é muito mais factível a racionalidade ética determinar o que não pode ser aceito no plano pragmático-ideológico do que efetivamente indicar o que deve ser feito. Em outras palavras, a racionalidade ética pode ser eficaz para identificar irracionalidades no nível instrumental.

O raciocínio ora exposto encontra relação com a sistematização, apresentada por de Diéz Ripollés, das situações motivadoras de irracionalidade legislativa. Vejamos, tendo em mente a ideia da racionalidade ética como balizadora da racionalidade instrumental, o que ele afirma sobre os casos de irracionalidade teleológica:

A irracionalidade teleológica aparecerá na medida em que os objetivos a serem perseguidos pela lei não tenham sido acordados no marco de um emprego discursivo do critério democrático, que não tenha prestado a devida atenção a todos os componentes ético-políticos relevantes, ou que não reflitam tal acordo. A irracionalidade pragmática surgirá tanto diante de lei penais⁶⁴ que não sejam suscetíveis de um apreciável cumprimento pelos cidadãos ou de uma significativa aplicação pelos órgãos de controle social jurídicos sancionadores, quanto diante de leis que, em qualquer caso, não logrem os objetivos pretendidos. (tradução nossa)⁶⁵

⁶³ ATIENZA, op. cit., p. 392. “Por eso, puede decirse que R5 -a diferencia de los otros niveles de racionalidad- no genera ninguna técnica legislativa: no hay ningún procedimiento específico para lograr la libertad, la igualdad y la justicia a través de las leyes, fuera de las técnicas que generan las racionalidades R1-R4. El problema que se plantea en R5 es el de mostrar qué valores o qué teoría ética permite una más adecuada interpretación de los fines jurídicos últimos (la libertad, la igualdad, la justicia). Por lo demás, la concepción de la ética que se elija determina el empleo de las técnicas legislativas y el desarrollo del propio proceso de la legislación, en cuanto que la ética establece los límites (positivos y, sobre todo, negativos) de su funcionamiento.”

⁶⁴ A referência a leis penais deve-se ao objeto de estudo do artigo. Entende-se que tais observações podem ser transpostas para as leis em geral.

⁶⁵ DIÉZ RIPOLLÉS, op. cit., p. 48. “La irracionalidad teleológica aparecerá en la medida en que los objetivos a perseguir por la ley no hayan sido acordados en el marco de un empleo discursivo del criterio democrático, que haya prestado la debida atención a todos los componentes éticopolíticos relevantes, o no reflejen tal acuerdo. La irracionalidad pragmática surgirá, tanto ante leyes penales que no son susceptibles de un apreciable cumplimiento por los ciudadanos o de una significativa aplicación por los órganos del control social jurídico sancionador, cuanto ante leyes que, en cualquier caso, no logran los objetivos pretendidos.”

Quanto à irracionalidade teleológica, é possível observar que, de fato, todos os critérios apontados situam-se no campo da racionalidade ética, como as noções acordo (consenso), de discurso democrático e de componentes ético-políticos. No caso da racionalidade pragmática, no entanto, isso não se observa: aferições de cumprimento, aplicação e eficácia da lei situam-se no campo da racionalidade instrumental. Isso, entretanto, não significa que a racionalidade ética não atue sobre a pragmática. A Diéz Ripollés parece ter escapado que as condutas prescritas pela lei devem ser objeto de justificação ética.

Em todo caso, dessa discussão pode derivar uma hipótese: a influência da racionalidade ética – da razão forte, substancial – se reduz quanto mais baixo é o nível de racionalidade com o qual ela se relaciona.

Testemos essa hipótese diante dos fatos geradores de irracionalidade jurídico-formal e linguística, que na visão de Diéz Ripollés são:

A irracionalidade jurídico-formal estará presente nas leis inconsistentes consigo mesmas, ou que introduzem ou deixam sem solução incoerências no setor jurídico em que se inserem ou no conjunto do ordenamento. E a irracionalidade linguística afetará as leis cuja formulação impede ou dificulta a transmissão de seus conteúdos aos destinatários de seu cumprimento ou aplicação. (tradução nossa)⁶⁶

Mais uma vez, as observações de Diéz Ripollés se restringem ao campo da racionalidade instrumental. De fato, a participação da racionalidade ética nos níveis R1 e R2 dá-se apenas em um sentido de contraposição: a justiça da racionalidade ética se contrapõe à segurança jurídica da racionalidade jurídico-formal; e as noções de justiça, liberdade e igualdade podem forçar a a irracionalidade linguística, como no caso descrito por Atienza, da formulação de uma lei de linguagem propositadamente obscura para se deixar maior margem de discricionariedade ao aplicador.

Tal análise parece confirmar a hipótese de que a influência da racionalidade ética se reduz quanto mais instrumental é nível de racionalidade com o qual ela se relaciona. Ainda, essa ideia se harmoniza com uma regra operativa proposta por Diéz Ripollés (2001, p. 49), a de que os níveis superiores prevaleçam sobre os inferiores: o ético sobre todos, o teleológico sobre o pragmático, o jurídico-formal e o linguístico, e assim por diante. Tal regra parece

⁶⁶ DIÉZ RIPPÓLLES, op. cit., pp. 48-49. “La irracionalidad jurídicoformal la poseerán leyes inconsistentes consigo mismas o que introducen o dejan sin resolver incoherencias en el sector jurídico en el que se insertan o en el conjunto del ordenamiento. Y la irracionalidad lingüística afectará a leyes cuya formulación impide o dificulta la transmisión de sus contenidos a los destinatarios de su cumplimiento o aplicación.”

também indicar uma resposta para outra questão levantada mais acima, a de se a irracionalidade em algum nível instrumental pode, em algum caso específico, ser eticamente justificada.

Por outro lado, o próprio Diéz Ripólles (2001, pp. 47-49) adverte que a regra por ele proposta deve ser matizada, porque a noção de eficiência (dimensão transversal que não constitui um nível de racionalidade independente, mas sim uma qualidade necessária a cada um dos níveis de racionalidade e da interação entre eles) aspira sempre alcançar um equilíbrio ótimo entre todos os níveis de racionalidade, de modo que em nenhuma situação a garantia de um determinado nível derive na anulação de outro. É nítida a relação entre tal pensamento e a noção de meta-racionalidade proposta por Atienza, regida pela ideia de razoabilidade, como já visto acima.

Finalmente, visitemos os fatos geradores de irracionalidade ética, completando a sistematização proposta por Diéz Ripólles:

...uma lei padecerá de irracionalidade ética se o seu conteúdo não se ajusta aos critérios ou princípios éticos inquestionáveis do setor jurídico em que se move [...]. Também carecerá dela se renuncia ao critério democrático como princípio último de resolução de controvérsias dentro e entre as subseqüentes racionalidades, ou se prescinde de uma estrutura de racionalidade legislativa equivalente à vigente em um determinado momento histórico e cultural. (tradução nossa)⁶⁷

Afora o estranhamento que causa a noção de “irracionalidade” ética (afinal, uma ética irracional não seria mais uma ética, mas sim uma falácia), depreende-se a *contrario sensu* que a racionalidade ética depende dos princípios, da democracia, do consenso e da adesão à estrutura de racionalidade legislativa vigente. Este último ponto é bastante original e interessante, pois parece significar que não é possível se falar em racionalidade ética fora das instituições e das regras legislativas vigentes.

Em outras palavras, qualquer iniciativa legislativa que implique uma ruptura, mesmo que parcial, das regras legislativas (que usualmente são estabelecidas pela Constituição e pelos regimentos das casas legislativas de cada nação) careceria de racionalidade ética.

Como exemplo de proposta que feriria a racionalidade ética legislativa, podemos pensar na recorrente ideia de convocação de uma nova assembleia constituinte, mesmo fora de um

⁶⁷ DIÉZ RIPÓLLES, op. cit, p. 48. “una ley padecerá de irracionalidad ética si no se ajusta en su contenido a los criterios o principios éticos incuestionados del sector jurídico en el que nos movamos [...]. También carecerá de ella si renuncia al criterio democrático como principio último de resolución de las controversias dentro y entre las subsiguientes racionalidades (nota 89), o si prescinde de una estructura de racionalidad legislativa equivalente a la vigente en un determinado momento histórico y cultural.

contexto de ruptura institucional, ou de uma constituinte exclusiva para a reforma política, hipóteses que afrontam cláusulas pétreas da Constituição em vigor. Outro exemplo – bem mais matizado, sem dúvida – seria o de determinada instituição tentar impor sua pauta legislativa explorando brechas do ordenamento legal.

2.4. Análise da Racionalidade Ética em um Caso Concreto

Passemos à análise de um caso concreto: o projeto de lei patrocinado pelo Ministério Público Federal - MPF, popularmente conhecido pelo cognome “Dez medidas anticorrupção”.

Sem entrar no mérito dos dispositivos propostos, não seria despropositado o entendimento de que a instituição criou um projeto de lei para o qual não teria a necessária competência constitucional de iniciativa, e que, para contornar tal impedimento, apresentou-o como um projeto de iniciativa popular (possibilidade prevista na Constituição), colheu as assinaturas necessárias e o encaminhou para a Câmara dos Deputados.

No entanto, *stricto sensu*, não se trata de um projeto de iniciativa popular, mas sim de um projeto do Ministério Público que angariou apoio popular. Por isso, a racionalidade ética do projeto merece ser analisada. Para efeito de análise, desconsideraremos o fato de que o projeto foi reapresentado por um grupo de deputados, passando a figurar como de iniciativa parlamentar, o que convalidaria o vício de iniciativa (mas não um eventual vício de irracionalidade), e tomaremos como referência o projeto original⁶⁸, tal como apresentado pelo MPF.

Passemos à análise. É patente que o projeto em tela se baseia na racionalidade teleológica, pois seus fins podem ser considerados desejáveis, ou até mesmo moralmente justificáveis. Porém, a consecução de tais fins poderia se dar ao custo de ferir a racionalidade ética, que encontra-se em um nível superior. Sem embargo, seria salutar verificar, aplicando-se os critérios de Diéz Ripólles, se o projeto é de fato racional no plano teleológico, especialmente porque, como já vimos, a racionalidade neste nível é balizada pela racionalidade ética.

Em primeiro lugar, devemos questionar se o projeto foi ou não acordado no marco de um emprego discursivo do critério democrático. Não há dúvidas de que foi firmado um acordo entre Ministério Público e sociedade, e de que não houve déficit discursivo entre esses dois

⁶⁸ Disponível em: << <http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/>>> . Acesso em 18 nov 2016

polos. É certo que faltou acordo com o poder legislativo, mas deve-se aceitar um possível argumento de que tal acordo poderia ser construído durante o iter legislativo do projeto de lei. Remanesce a difícil questão de se o acordo se deu no marco discursivo do critério democrático. Não obstante o enredamento do tema, seria preciso ceder ao argumento de que, em uma democracia, o direito à livre manifestação é um princípio garantido a pessoas, a grupos e (por que não?) a instituições. Destarte, é possível afirmar que o projeto atende esse primeiro critério de racionalidade teleológica.

Mais complexa é a análise do segundo critério: foi ou não dada a devida atenção a todos os componentes ético-políticos relevantes? Desmembremos, para fins de análise, esses dois tipos de componentes. Começemos pelos políticos: certamente o MPF não deixou de considerar as implicações políticas que seriam suscitadas pelo projeto, tanto as favoráveis quanto adversas. Mais obscuro é especular sobre a consideração ou não dos critérios éticos. Por um lado, porque algumas das implicações éticas podem não estar visíveis a quem propõe uma lei. Por outro, porque o conceito de ética é algo que constrói, desconstrói e reconstrói discursivamente, em constante devenir; e que, no íntimo, pode ser ajustado (ou distorcido) para se adequar à crença (ou à vontade) pessoal. Não obstante, é razoável especular que ao menos um critério ético não foi considerado: justamente o da racionalidade ética do projeto de lei.

Como resultado, pode-se afirmar que o projeto, do ponto de vista teleológico, não é manifestamente irracional, embora contenha traços de irracionalidade. De tal sorte, a decisão sobre a racionalidade sobe à instância superior: a racionalidade ética.

Como vimos, Díez Ripollés aponta três condições determinantes de irracionalidade ética: i) se o seu conteúdo não se ajusta aos critérios ou princípios éticos inquestionáveis do setor jurídico em que se move; ii) se renuncia ao critério democrático como princípio último de resolução de controvérsias dentro e entre as subseqüentes racionalidades; e iii) se prescinde de uma estrutura de racionalidade legislativa equivalente à vigente em um determinado momento histórico e cultural.

Quanto ao primeiro critério, convém ponderar se a racionalidade ética teria sido questionada caso a iniciativa do projeto fosse originariamente de autoridade ou instituição constitucionalmente legitimada, ou se não houvesse dúvidas sobre sua verdadeira natureza de iniciativa popular. Além disso, seria custoso encontrar tais “princípios éticos inquestionáveis”. Deixemos esse ponto em suspenso. A análise do segundo critério parece ser mais simples: em relação a este, a indagação é a de se o projeto renuncia ao critério democrático para resolver

controvérsias quanto à sua racionalidade. Também não é o caso. O projeto foi amplamente discutido com diversos segmentos sociais e institucionais.

Finalmente, é preciso analisar se o projeto prescindiu da estrutura de racionalidade legislativa vigente no país, o que implicaria em irracionalidade ética. Para encontrar uma resposta, é preciso antes entender qual seria esta “estrutura de racionalidade legislativa” vigente no país. Seriam o conjunto de regras constitucionais e regimentais que disciplinam o processo legislativo? Ou seria a práxis legislativa nacional, como as coisas de fato acontecem? No primeiro caso, o projeto seria manifestamente irracional no plano ético; no segundo, não o seria.

Todavia, seria possível a alguém asseverar que, no caso concreto do legislativo brasileiro, exista racionalidade ética? Provavelmente não. Mais razoável seria afirmar que existe um certo grau de racionalidade instrumental, que é maior quanto mais inicial é o nível de racionalidade.⁶⁹ Dito de outra forma, as leis brasileiras usualmente são criadas com um adequado grau de racionalidade linguística e jurídico-formal, grau este que vai se reduzindo conforme se passa aos níveis pragmático e teleológico, atingindo o seu mínimo quando deixa o nível instrumental e adentra o plano da racionalidade ética.

A partir de tais considerações, crê-se não ser possível entender que, para fins de exame da racionalidade ética, a estrutura de racionalidade legislativa a ser tomada seja a da práxis legislativa real, pois isso significaria aferir a racionalidade de um projeto de lei com base em um sistema insuficientemente racional. Logo, o padrão de medida da estrutura de racionalidade legislativa deve ser aquele que emana das regras constitucionais e regimentais, apreciadas não do ponto de vista positivo – o que permitiria a exploração de brechas deixadas pelas normas – mas sim da visão de seus princípios (talvez tenhamos encontrado um dos “princípios éticos inquestionáveis” inferidos pelo primeiro critério) que levam todos à busca de um processo legislativo racional. Por todo o exposto, pode-se concluir que o projeto é irracional no plano ético.

Finalmente, ascendemos ao nível máximo: o da meta-racionalidade, presidido, como já sabemos, pelo conceito de razoabilidade. O que aqui se demanda é equilíbrio e ponderação na busca pelos fins pretendidos. Resta saber se o agravo à racionalidade ética legislativa seria um custo razoável para a obtenção dos fins pretendidos. Parece-nos que não.

⁶⁹ Ao menos a nível federal, o motivo para tal pode residir na boa formação técnica dos servidores das casas legislativas que prestam assessoria aos parlamentares.

Como palavra final, antecipemo-nos a uma provável (e pertinente) crítica – tanto ao modelo de análise proposto quanto à própria execução no caso ora apresentado – de que os critérios e os argumentos empregados foram abstratos e subjetivos (por que não dizer, retóricos), e que outros argumentos, igualmente retóricos, poderiam levar a análise a uma conclusão diametralmente oposta. Em defesa da racionalidade do projeto, se poderia afirmar, por exemplo, que ele visa promover a justiça, e que a justiça – ao lado da liberdade e da igualdade – é um fim eticamente justificável.

A réplica seria a de que, ao contrário da racionalidade instrumental, a racionalidade ética não gera nenhuma técnica específica e que “o único ‘instrumento’ do qual dispõe a ética é o discurso moral, porém esse se trata de um instrumento que se desnaturaria se utilizado para obter finalidades (fins perlocutórios) que estendam-se para além do próprio discurso.” (ATIENZA, 1991, p. 24, tradução nossa) ⁷⁰.

Enfim, a racionalidade ética se constrói discursivamente, com base na razão prática e idealmente guiadas por argumentos que visem não a imposição de uma posição ou opinião, mas sim a busca de uma verdade em torno da qual possa existir consenso.

⁷⁰“ El único “instrumento” del que dispone la ética es el discurso moral, pero justamente se trata de un instrumento que se desnaturaría si se utilizara para conseguir finalidades (fines perlocucionarios) que vayan más allá del propio discurso.”

CONCLUSÃO

Os estudos sobre a racionalidade legislativa situam-se ainda em sua primeira infância. A maior parte dessas pesquisas debruça-se sobre a técnica legislativa, que de fato provê alguns instrumentos úteis se tentar uma resposta mais imediata à crise da legislação. Não obstante, tais instrumentos são paliativos, pois se limitam ao emprego da razão instrumental e ao aprimoramento de aspectos formais de leis, não enfrentando o cerne do problema, que é a falta de racionalidade em sentido substancial, a carência de critérios axiológicos, a justificação ética dos fins a serem perseguidos pela lei.

Para suprir tal lacuna, começa a ganhar força a segunda vertente da ciência de legislação, pois do esforço conjunto de diversos autores surge o esboço de uma teoria da legislação mais sofisticada, que sem deixar de contribuir para o desenvolvimento da racionalidade instrumental, avança sobre questões mais complexas (até mesmo por seu alto grau de abstração), como as análises descritivas e prescritivas da racionalidade ética. Tal perspectiva enxerga o legislador como um ator social com potencial para atuar racionalmente.

Daí, podemos passar à resposta do primeiro problema de pesquisa: a questão da lei como fruto da mera vontade política que dispensa justificação. Entendemos que tal visão decorre da crise do legislador, que de um “quase deus” nos primórdios do moderno estado de Direito, depis transpassado em legislador de dom natural, artista, no início do séc. XX, decaiu à condição de legislador irracional, ou dotado de uma racionalidade mesquinha, voltada apenas para a satisfação de seus interesses próprios ou de seu grupo.

Aqui, é importante aplicar um olhar histórico sobre os movimentos entre forças que disputam a primazia na esfera social. Referimo-nos à contraposição entre legislador, por um lado, e o intérprete/aplicador do Direito, balança que, atualmente pende pesadamente para o último. A raiz do desequilíbrio atual está justamente na desproporção, em sentido inverso, observada no passado. O mito jusnaturalista do legislador onisciente e onipotente gerou a reação positivista, que procurou valorizar a importância do juiz e relativizar a relevância do legislador.

Com o legislador sendo o artista iluminado, a percepção de racionalidade se deslocou para o legislador. Tal missão foi completada com a redescoberta, pelo juristas, da Tópica e da Retórica, desembocando na criação das teorias da argumentação jurídica, que deram método à racionalidade jurídica, elevando ainda mais o seu prestígio. Os juízes passaram a ser capazes

de fazer o seu trabalho não necessariamente a partir da lei, mas sim, muitas vezes, apesar da lei. Seus instrumentos para isso eram – e ainda o são, e cada vez mais – a força dos princípios gerais e constitucionais, que se sobrepõem às leis irracionais produzidas por ineptos legisladores. Daí os novos mitos, o do juiz Hércules e do legislador irracional.

Partindo finalmente para a resposta da questão problema, entende-se que o ato de legislar só pode ser considerado decisão política se a capacidade de razoar é totalmente estranha ao legislador. A ciência da legislação vem demonstrando que isso não é verdade. Já houve grandes avanços na racionalidade instrumental – puxados pelo desenvolvimento da técnica legislativa – e começa a se iluminar um caminho rumo à racionalidade axiológica (ética), trazidos pelo recente desenvolvimento da teoria da legislação.

O segundo problema de pesquisa (aplicação racional de uma lei irracional) remete à crítica de Atienza à teoria da argumentação de Alexy, que ignora a argumentação efetuada no momento da criação da lei. A resposta foi no sentido de que a teoria padrão da argumentação lida apenas com normas válidas, e uma lei manifestamente injusta ou irracional deve ser ignorada, buscando-se a resposta para o caso concreto no sistema legal, na constituição e nos princípios. No entanto, tal argumento não resolve a questão dos casos concretos nos quais a lei irracional é a única aplicável. Assim, entende-se restar exposta a importância de se resguardar um mínimo de racionalidade na produção da lei.

Quanto à terceira questão-problema, sobre a existência ou não de um método para aumentar a racionalidade substantiva da lei, entende-se ter a pesquisa demonstrado que a racionalidade ética pode ser incrementada, mas que não se pode falar em um método para isso. O que pode – e deve – ser empregado é o discurso moral, a argumentação legislativa em busca de um consenso em torno da verdade.

Acredita-se que o objetivo geral da pesquisa foi cumprido em certo grau, pois nunca se pretendeu esgotar o assunto. Sem embargo, espera-se que essa pesquisa possa colaborar com os atuais e futuros estudiosos do tema, bem como aqueles que lidam com a racionalidade legislativa em seu trabalho, muitas vezes de forma intuitiva.

O objetivo específico de encontrar argumentos que reforcem as posições de Atienza foi sendo perseguido ao longo da pesquisa, dentro dos limites cognoscitivos do pesquisador. Talvez a ideia menos trivial tenha sido a de que a influência da racionalidade ética se reduz conforme mais baixo é o nível de racionalidade com o qual ela se relaciona. A essa hipótese, que foi testada à luz da teoria da irracionalidade legislativa de Díez Ripóllés, pode-se agora aduzir uma

outra, pendente de futura avaliação: a racionalidade ética baliza a razão em sentido forte nos demais níveis de racionalidade, mas a razão em sentido fraco é estabelecida dentro dos próprios limites das racionalidade instrumental.

Acredita-se que o segundo objetivo específico, o de posicionar-se quanto à tese do caso especial, foi cumprido nas páginas que trataram do assunto. Todavia, que não reste dúvida de que esta pesquisa perfila com a posição de Atienza, pela qual a argumentação jurídica só será efetivamente um caso especial do discurso prático geral a partir do momento em que esta teoria absorva a argumentação legislativa.

O objetivo específico final – de reforçar o papel da argumentação no incremento da racionalidade axiológica das leis – foi em parte cumprido, especialmente no caso prático apresentado, que, independentemente da conclusão a que se chegou, demonstrou o papel do discurso moral na avaliação e na construção da racionalidade ética legislativa.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. (tradução Zilda Hutchinson Schild Silva). São Paulo: Landy, 2008.

_____, Respuesta a algunos críticos – posfácio à edição em espanhol de Teoria de la argumentación jurídica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997; pp. 289-318.

ATIENZA, Manuel. As razões do direito: teoria da argumentação jurídica (tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino) 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____, Razón práctica y legislación, Revista Mexicana de Estudios Parlamentarios, México, 1ª época, Vol. I, núm. 3, septiembre-diciembre de 1991, pp. 9-31.

_____, Contribución a una teoría de la legislación. Alicante: Doxa – Cuadernos de filosofía nº 6, 1989. pp. 385-403. (artigo)

_____, Contribución a una teoría de la legislación. Madri: Tecnos, 1997. (livro)

_____, Curso de Argumentación Jurídica. Madri: Editorial Trotta, 2013.

BOBBIO, Norberto. La Razón en el Derecho (Observaciones Preliminares). Alicante: Doxa – Cuadernos de filosofía nº 2, 1985. pp. 17-26.

BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna. (trad. Carlos Nelson Coutinho) 4ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1996.

BULYGIN, Eugenio. Teoría y técnica de legislación, Revista Mexicana de Estudios Parlamentarios, México, 1ª época, Vol. I, núm. 3, septiembre-diciembre de 1991, pp. 33-51.

CAMPOS, Gonzalo Santiago. Racionalidad y argumentación jurídica legislativa. México: Cámara de Diputados, LIX Legislatura – Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias, 2006.

DÍEZ RIPÓLLES, José Luís. Presupuestos de un modelo racional de legislación penal, Doxa. Cuadernos de filosofía, Alicante, núm. 24, 2001, pp. 485-521.

EZQUIAGA, Francisco Javier. Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional, Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, México, núm. 1, octubre de 1994, pp. 69-98.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Razón práctica y legislación, Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, No. 9/2000, pp. 299-317.

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

HIERRO L., Liborio. El imperio de la ley y la crisis de la ley, Doxa. Cuadernos de filosofía, Alicante, núm. 19, 1996, pp. 287-308.

KREMS, B. Grundfragen der Gesetzgebungslehre. Berlin: Duncker & Humblot, 1979. pp. 21-22.

MARCILLA, Gema. Sobre contribución a una teoría de la legislación de Manuel Atienza. México: Isonomía - Revista de Teoría y Filosofía del Derecho n°11, 1999. pp. 177-193.

_____, Gema. Sobre la necesidad de una nueva ciencia de la legislación, en Carbonell, Miguel y Pedroza de la Llave, Susana Thalía (coords.) Elementos de técnica legislativa, serie Doctrina Jurídica n° 44. México: UNAM – Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000.

PATTARO, Enrico. La razón en el Derecho – Comentario a Norberto Bobbio. Alicante: Doxa, Cuadernos de filosofía n° 2, 1985. pp.147-152.

ZAPATERO GOMÉZ, Virgilio. De la jurisprudencia a la legislación. Alicante: Doxa – Cuadernos de filosofía vol. II n° 15-16, 1994. pp. 769-789.