

# MAIS RACIONALIDADE LEGISLATIVA E MENOS RACIONALIDADE JUDICIAL: UM CAMINHO ADEQUADO E FUNCIONAL PARA COMPREENSÃO E SOLUÇÃO DOS PROBLEMAS JURÍDICOS CONCRETOS DOS PAÍSES LATINOS

## INTRODUÇÃO

A atuação caótica e confusa dos legisladores tem sido motivo de críticas, aqui e alhures, muito antes de Bismarck, mas é a ele atribuída a frase que resume o processo de construção das leis: “*os cidadãos não dormiriam tranquilos se soubessem como são feitas as salsichas e as leis*”.<sup>1</sup> Desde então, o sistema de produção de salsichas evoluiu, estando submetido (ao menos em tese) a rigorosos padrões sanitários. A produção de leis, por outro lado, continua sendo realizada sem método nem organização adequada.

A norma legal criada pelo legislador, independentemente da sua qualidade, deverá ser interpretada e aplicada pelo Judiciário, âmbito de produção da decisão judicial. Este segundo momento, interpretação e aplicação da norma, é analisado com detença pela Teoria do Direito. O processo de produção da norma, contudo, não recebe a mesma atenção, o que tem consequências teóricas, dado que as análises serão sempre parciais e incompletas; e práticas, pelas dificuldades concretas criadas por leis malfeitas, inclusive, no momento de sua aplicação.

Os problemas ocasionados por essa concepção científica limitada são mais intensos nos países latinos, adeptos da tradição romanística, onde a lei é a principal fonte do Direito. Então, se, em qualquer lugar do mundo ocidental, o estudo da racionalidade legislativa (e de sua relação com a judicial) estaria justificado, no âmbito do mundo latino assim o estará com ainda mais ênfase.

Dado esse quadro, analisaremos a importância da racionalidade legislativa e as perspectivas inéditas que se apresentariam à Teoria do Direito e aos sistemas normativos dos países latinos com a compreensão do fenômeno jurídico em sua inteireza, da produção à aplicação da norma.

## 1. RACIONALIDADE NO DIREITO

---

<sup>1</sup> Há algumas variações da frase, mas a essência permanece a mesma.

O conceito de racionalidade é multívoco e não teríamos tempo nem calharia, neste trabalho, maiores discussões semânticas acerca de.<sup>2</sup> Mesmo no âmbito jurídico, onde o conceito é mais específico, o tema da racionalidade não se amolda a apenas um significado,<sup>3</sup> razão pela qual esclarecemos que, ao longo deste estudo, quando falarmos de racionalidade estaremos nos referindo ao conceito que ganhou importância no âmbito das teorias da argumentação jurídica, relacionado ao discurso de fundamentação (ATIENZA, 2005, p. 1).<sup>4</sup>

A utilização mais comum dessa noção de racionalidade, no Direito, está relacionada ao momento de aplicação da norma, mas, embora possua nuances específicos, também se pode falar de racionalidade no seu processo de produção. A racionalidade, no sentido selecionado, volta-se, portanto, à organização e ao controle, por meio da fundamentação adequada, da criação e da aplicação da norma jurídica, podendo-se falar, por isso, em racionalidade legislativa e racionalidade judicial (ou jurisdicional).

### **1.1. RACIONALIDADE JUDICIAL**

Controlar, de algum modo, o processo de interpretação da norma pelo juiz, exigindo-se uma fundamentação metódica da decisão judicial, tornou-se uma das preocupações centrais da Teoria do Direito. O tema foi especialmente desenvolvido no âmbito das teorias da argumentação, que têm como origem uma série de obras, surgidas a partir dos anos 50, apontando a insuficiência da lógica formal para dar conta de todo o raciocínio jurídico: *“justificar una decisión en un caso difícil significa algo más que*

---

<sup>2</sup> Cristiano Carvalho explica que o conceito vulgar de racionalidade (que nem sempre coincidirá com aquele utilizado pela Ciência do Direito contemporânea) pode ser entendido como o comportamento lúcido, de acordo com a realidade, ou mesmo como o modo ponderado de agir (razoável), entre outras possibilidades (CARVALHO, 2013, p. 55-56).

<sup>3</sup> “Esta racionalidad comprende tres grandes tipos de racionalidad: 1) Una racionalidad pura o de conocimiento teórico; 2) Una racionalidad práctica o empírica, y 3) Una racionalidad técnica” (SERPA; RINCÓN, 2011, p. 167).

<sup>4</sup> Neste sentido, o termo se aproxima do conceito de racionalidade prática, que “expresa un sentido evaluativo de racionalidade que es especialmente relevante en el derecho, cuando se analiza la toma de decisiones judiciales relativas a la aplicación de las normas jurídicas” (PULIDO, 2015, p. 416)

*efectuar una operación deductiva consistente en extraer una conclusión a partir de premisas normativas y fácticas” (ATIENZA, 2005, p. 7).<sup>5</sup>*

A teoria da argumentação tem, como precursores, a tópica, de Viehweg, a nova retórica, de Perelman, e a lógica informal, de Toulmin; e, como representantes mais emblemáticos, MacCormick y Alexy (ATIENZA, 2005, p. 29). Estes autores, conforme sintetiza Atienza, defendem teorias que estudam a argumentação (“fundamentação”) das decisões tomadas pelos órgãos judiciais, concentrando-se, assim, na justificação das decisões judiciais: pretendem mostrar como essas se justificam (pretensão descritiva) e, ao mesmo tempo, como deveriam se justificar (pretensão prescritiva) (ATIENZA, 2005, p. 6).<sup>6</sup>

## **1.2. RACIONALIDADE LEGISLATIVA**

Diferentemente da maior parte das teorias da argumentação jurídica, inclusive, as mais emblemáticas (Alexy e MacCormick), que se concentram na aplicação da norma, há corrente teórica que prescreve sua extensão ao campo de criação do Direito. É a posição de Atienza: *“Si la teoría de la argumentación jurídica pretende introducir algún tipo de pauta que permita controlar —racionalizar— el uso de los instrumentos jurídicos, entonces parece claro que no puede renunciar a extender este control al momento de la producción de las normas”* (ATIENZA, 2005, p. 205).

Como não se argumenta, apenas, no processo de aplicação da lei, mas, também, no do seu estabelecimento (ATIENZA, 1990, p. 40), a racionalidade não pode se prender ao momento de aplicação da norma legal, também se podendo falar em racionalidade no processo legislativo: assim como a do juiz, a decisão do legislador deverá ser suportada por uma argumentação racional.<sup>7</sup> A racionalidade legislativa, ao

---

<sup>5</sup> A teoria da argumentação não trata simplesmente de mostrar que a concepção lógico-dedutiva tem seus limites, também afirma que toda tentativa de reconstrução da argumentação jurídica a partir, exclusivamente, dessa concepção estará equivocada ou terá valor escasso (ATIENZA, 2005, p. 105).

<sup>6</sup> “Parten del hecho de que las decisiones jurídicas deben ser y pueden ser justificadas y, en ese sentido, se oponen tanto al determinismo metodológico (las decisiones jurídicas no necesitan justificación porque proceden de una autoridad legítima y/o son el resultado de simples aplicaciones de normas generales), como al decisionismo metodológico (las decisiones jurídicas no se pueden justificar porque son puros actos de voluntad)” (ATIENZA, 2005, p. 8).

<sup>7</sup> A defesa da inclusão da racionalidade legislativa no campo de estudos jurídicos não limita seus objetivos ao afastamento de leis extremamente irracionais (interesse máximo que a teoria da argumentação padrão

defender que o processo legislativo busca, assim como o judicial, alcançar, dentro de um procedimento institucionalizado, decisões racionais, cabendo o estudo e a crítica científica deste, complementa a teoria da argumentação tradicional, fazendo com que esta se acerque do fenômeno jurídico como um todo.<sup>8</sup>

## **2. PROBLEMAS DA PERSPECTIVA JURÍDICA CONCENTRADA NA RACIONALIDADE DA DECISÃO JUDICIAL**

A preocupação com a qualidade das leis remonta aos filósofos gregos, tendo atingido seu ápice, no Século XVIII, com a tentativa dos iluministas de desvelarem, pelo uso da razão, as leis perfeitas do Direito Natural (GEMA, 1999, p. 178). Essa preocupação com o processo de formação das leis, no entanto, decaiu em uma etapa posterior, passando a ocupar, por diversas razões, posição cada vez mais periférica na Teoria do Direito.

A concentração do estudo do Direito a partir da aplicação das normas coincidiu com a passagem do jusnaturalismo para o positivismo,<sup>9</sup> o qual, por um lado,

---

concedia ao processo de criação legislativa). Vai além, ao tentar desenvolver fórmulas positivas para analisar a racionalidade das normas legais, reconhecendo a racionalidade legislativa como parte da racionalidade prática geral; “Qué duda cabe que entre los planteamientos de Alexy y de Atienza seguiría existiendo una distancia: la que media entre formular el requisito de la racionalidad en forma positiva, exigiendo que las leyes sean mínimamente racionales, y hacerlo en forma negativa, excluyendo a las extremadamente irracionales” (GEMA, 1999, p. 184).

<sup>8</sup> “Por una parte, que el peso de la racionalidad legislativa en el razonamiento judicial y dogmático podría justificar la necesidad de completar la teoría de la argumentación jurídica con el estudio de la legislación. Por otra, que los incipientes trabajos de teoría y técnica legislativa deberían tener en cuenta cuáles han sido las dificultades y los resultados de los estudios sobre el razonamiento jurídico, pues en el fondo el proceso de legislación tiene como objetivo alcanzar decisiones racionales siguiendo un procedimiento institucionalizado, igual que ocurre en los procesos judiciales. Ambas ideas, por lo demás, podrían considerarse una buena razón para avanzar hacia una concepción globalizadora del fenómeno jurídico y de la “lógica” que caracteriza tanto a la producción de las leyes como a la interpretación y aplicación de las mismas” (GEMA, 1999, p. 186).

<sup>9</sup> Zapatero Gomez (ZAPATERO GOMEZ, 1994, p. 772) entende que a perda de importância do processo de produção da norma pode ser explicada por dois fatores principais: o princípio da soberania do Parlamento e a hegemonia do positivismo jurídico. Segundo o autor, sendo o parlamento soberano, não caberia ao jurista questionar a forma de atuação de tal órgão nem o resultado dessa atuação (a norma legal), cabendo, apenas, a aceitação do resultado do processo de livre escolha dos legisladores. Em relação ao positivismo jurídico, Zapatero explica que, se o seu viés racionalista primitivo ensejou ambiente propício para o florescimento de estudos sobre a legislação, o seu desenvolvimento posterior, o positivismo normativista (modelo que, ainda hoje, tem o seu ápice em Kelsen), acabou se caracterizando por fixar nas normas jurídicas limites inquestionáveis; afastando, da Ciência do Direito, eventuais questionamentos em relação à norma jurídica posta, o que, por consequência, afastou a Teoria da Legislação (dada a impossibilidade de se questionar os pontos de partida), não apenas do interesse dos juristas, mas do âmbito de análise da própria Ciência do Direito.

compreendeu a lei como um produto da vontade, não da razão; e, por outro, somente concedeu cientificidade ao conhecimento passível de análise dedutiva (GEMA, 1999, p. 178). Para Casalmiglia, a Teoria do Direito passou a compreender a norma como um produto pronto e acabado, razão pela qual caberia ao jurista apenas descrever, explicar e ordenar o direito preexistente.<sup>10</sup>

A Teoria do Direito, ao concentrar suas análises e estudos na racionalidade da decisão judicial, tornou-se incompleta, incapaz de compreender o fenômeno jurídico em sua inteireza.<sup>11</sup> O jurista, limitado ao processo de aplicação da norma, ignorou, propositadamente, o processo legislativo, que tampouco foi estudado por outras disciplinas.<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> “La ciencia jurídica de la época responde también a ese planteamiento. Un buen ejemplo de cómo se debe hacer ciencia jurídica lo tenemos en Austin. Este autor sostuvo que una ciencia completa del derecho debía tratar dos problemas fundamentales. Por una parte la Ciencia de la Legislación se ocupaba de cómo debe ser el derecho. La Ciencia de la Legislación es una disciplina prescriptiva y sus cultivadores fueron los políticos y filósofos. Junto a la Ciencia de la Legislación existía otra disciplina -la Jurisprudencia- cuyo objeto era la descripción del derecho positivo. La Jurisprudencia responde a la cuestión cómo es el derecho. Ésta es la disciplina típicamente jurídica cultivada por los juristas. El paradigma positivista no sólo exigió la distinción entre las disciplinas, sino que sostuvo que no existían puentes entre la Jurisprudencia y la Ciencia de la Legislación. Para describir el derecho no es necesario saber cómo debe ser. La ciencia jurídica debe limitarse a la descripción del derecho positivo prescindiendo de los juicios de valor. La ciencia jurídica debe ser neutral y por tanto independiente de los intereses políticos. El único puente de comunicación va de la Jurisprudencia a la Ciencia de la Legislación pues para saber como debe ser el derecho es preciso reunir información sobre el derecho positivo” (CASALMIGLIA, 1993, p. 163-164).

<sup>11</sup> A irrelevancia científica do processo de decisão legislativa até poderia estar justificada no âmbito do positivismo kelseniano puro, porque “De todas formas, si Kelsen no se ocupa de los procedimientos de elaboración de las leyes o, más exactamente, de la política legislativa, es quizás por la misma razón por la que tampoco trata de los procesos argumentativos en general, a saber: por mantener una posición no cognoscitivista en cuestiones prácticas, escéptica sobre la fundamentación de juicios de valor.” (GEMA, 1999, p. 180). Entre os estudiosos das teorias da interpretação e da argumentação jurídica, não há, no entanto, justificativa para a omissão, pois “de la misma manera que se han interesado por los métodos que aportan racionalidad a la justificación de las decisiones jurisdiccionales, podrían haber desarrollado um interés similar por los modos de racionalizar las decisiones del legislador” (GEMA, 1999, p. 180).

<sup>12</sup> “La formación tradicional del jurista ha desdeñado, hasta cierto punto, el estudio del proceso normativo: su punto de partida ha sido siempre la norma promulgada. Y así, cuando ha tenido que estudiar la gestación de la norma, desde lo que Hart denominaría «punto de vista interno», no ha ofrecido una visión unitaria del proceso -diseccionadas sus partes entre el derecho constitucional y el derecho administrativo- ni se ha fijado en aspectos capitales de la génesis de la norma como qué es lo que determina el ejercicio de la iniciativa legislativa o la potestad reglamentaria, cómo se han de analizar las causas del problema a resolver, cuáles son los objetivos perseguidos, cómo conseguir que la norma alcance la racionalidad lingüística, lógico-formal, pragmática, teleológica y ética a que se refiere, entre otros, Manuel Atienza (Manuel Atienza, Lenguaje, lógica jurídica y teoría de las normas, en Técnica normativa de las Comunidades Autónomas, Comunidad de Madrid, 1991).

Los planes de estudio han abandonado estas cuestiones a otras disciplinas -o a ninguna- pese a ser cuestiones que afectan a la calidad de las normas, a su efectividad, a su eficacia y a su eficiencia. Y, tal vez por ello, en algún sentido, a su justicia. Pero tampoco el «punto de vista externo» del derecho que supone la sociología se ha ocupado suficientemente de la producción normativa” (ZAPATERO GOMEZ, 1994, p. 772).

Os prejuízos causados por essa perspectiva científica parcial começaram pela própria Teoria do Direito, pois o bom uso do Direito, conforme pontua Zapatero Gomez, não pode se resumir à racional aplicação da norma, devendo passar, também, pela exigência de um produto legislativo racional (ZAPATERO GOMEZ, 1994, p. 770). De modo semelhante, Atienza explica que um certo grau de racionalidade legislativa é pressuposto necessário para que se possa falar em racionalidade judicial; suscitando a dificuldade concreta surgido na aplicação de leis irracionais, que *“obligan o permiten llevar a cabo acciones discursivamente imposibles, o prohíben acciones discursivamente obligatorias”* (ATIENZA, 2005, p. 23).<sup>13</sup>

De fato, o respeito à lei como condição argumentativa pode até ser suficiente para uma análise compartimentalizada da racionalidade no momento da aplicação da norma, mas não dará conta da racionalidade jurídica: *“la argumentación del juez, de las pases en el proceso o de los dogmáticos, no es independiente de la que tiene lugar en el parlamento o en los órganos administrativos que producen normas jurídicas válidas”* (ATIENZA, 2005, p. 205). Então, entender-se, como Alexy, que a racionalidade, além do respeito à fundamentação, pressupõe o acatamento do direito posto (dupla correção), pode até garantir a coerência interna desse pensamento; mas inevitavelmente o limitará, não se podendo falar, portanto, em racionalidade jurídica nestes termos, mas, quando muito, na racionalidade parcial (e formal) do processo de decisão judicial.

### **3. DESCONTROLE NO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO LEGISLATIVA COMO PROBLEMA JURÍDICO MARCANTE NOS PAÍSES LATINOS**

A complexidade da sociedade moderna exigiu uma legislação igualmente complexa: detalhada, diversificada, variável, instável. O legislador, para atender às demandas dessa sociedade, e sem qualquer referencial que não a própria conduta

---

<sup>13</sup> Além disso, conforme pertinente lição de Wróblewski: “Any use of legal institutions for achieving assumed purposes requires at least three types of actions: (a) rational law-making according to an accepted policy of the law-making; (b) rational application of law according to some assumed policy of this type of activity; (c) rational “realization” of law, that is the use of rational ways of executing law-applying decisions or more broadly the use of competences assigned to some legal subjects. Rational law-making is, thus, only one of the conditions of a rational use of legal institutions” (WRÓBLEWSKI, 1979, p. 189).

humana,<sup>14</sup> foi obrigado a produzir cada vez mais leis em um espaço de tempo cada vez mais curto. Nestas condições, ainda que tivesse existido lastro científico para guiar sua produção, avaliação e alteração, a criação de leis racionais já teria sido muito difícil; como não havia, em alguns países sequer perfunctoriamente, tal lastro, a produção legislativa deu-se de modo descontrolado e caótico. A atuação do legislador ficou marcada pelo descontrole, despreparo, superficialidade e, não se pode negar, leviandade: *“Em vez de esperar a maturação da regra para promulgá-la, o legislador edita-a para, da prática, extrair a lição sobre seus defeitos e inconvenientes. Daí decorre que quanto mais numerosas são as leis tanto maior número de outras exigem para completá-las, explicá-las, remendá-las, consertá-las...”* (FERREIRA FILHO, 1997, p. 254).

Os problemas decorrentes de leis malfeitas atingiram, com particular ênfase, os países de tradição romanística, que elegeram a lei como fonte do Direito principal. É o caso dos países do mundo latino, herdeiros da tradição jurídica romana, que concedem à lei posição central no sistema jurídico, nada obstante a crescente importância e relevância dos precedentes judiciais (REALE, 2003, p. 142-143). A irracionalidade legislativa é, então, problema concreto central nos países latinos, onde o Direito ainda está, embora não exclusivamente, baseado na lei.

Em razão disso, não é de se estranhar que a preocupação com a racionalidade das leis seja mais forte nos países latinos (vide a emblemática proposta de teoria da argumentação jurídica do espanhol Atienza, que inclui, expressamente, a racionalidade do processo legislativo), porque é o mundo latino (e o romanista como um todo) que convive mais de perto com o problema das leis irracionais. E se, no mundo latino, esse problema foi notado mesmo em países que investiam (embora não suficientemente) no controle de qualidade das leis, onde havia, ainda que não comparável à dedicada ao estudo da aplicação, doutrina acerca do assunto; em países que não realizavam esse controle, onde a Teoria do Direito não se dedicava, nem periféricamente, à análise da racionalidade legislativa, o problema foi ainda mais

---

<sup>14</sup> Nas sociedades modernas, a congruência interna do Direito, para usar uma expressão de Tércio Sampaio, deixou de se assentar em um referencial fixo e imutável, como a natureza, costume, razão ou moral, e passou a se basear, apenas, na própria vida social: “Destarte, em comparação com o passado, o direito deixa de ter um ponto de vista em nome do qual mudanças e transformações são rechaçadas. Em todos os tempos, o direito sempre fora percebido como algo estável face às mudanças do mundo, fosse o fundamento desta estabilidade a tradição, como para os romanos, a revelação divina, na Idade Média, ou a razão na Era Moderna” (FERRAZ JUNIOR, 2008, p. 1-49).

intenso: é o caso dos países da América Latina, particularmente, do Brasil, onde a racionalidade legislativa, mais que periférica, é quase inexistente, e o Legislativo (inclusive, por ausência de substratos teóricos) exerce seu poder de modo desorganizado e arbitrário.

Por isso, a chamada “crise da lei”<sup>15</sup>, mesmo alcançando todo o mundo latino (e romanista), é mais intensa nos países latino-americanos, os quais não seguiram o exemplo dos europeus, que há algumas décadas perceberam a importância, para o Direito, da racionalidade legislativa, e a ela começaram a se dedicar. Pode-se criticar a insuficiência, mas não a inexistência, na Europa, de pesquisas jurídicas no âmbito da racionalidade legislativa: há centros de estudos, cursos e eventos dedicados ao tema.<sup>16</sup> A racionalidade judicial, portanto, embora ainda exerça supremacia na Europa, não se impõe de modo absoluto. Na América Latina, por outro lado, o estudo da racionalidade judicial exerce um quase monopólio. Enquanto sobram estudos, eventos, livros, seminários sobre a racionalidade judicial, não avançam as pesquisas científicas sobre a decisão legislativa. E esse problema, em razão da língua, é ainda mais intenso no Brasil, pois os países de língua espanhola conseguem, pelo menos, ter acesso direto às publicações produzidas na Espanha, centro de referência, enquanto o Brasil permanece no seu já proverbial isolamento.<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> Conforme lição de MARCILLA CÓRDOBA, a crise da lei se inicia no final do século XIX, em larga escala pela transformação da concepção de lei até então vigente, surgida no Estado liberal, que acabou ficando ultrapassada em razão de uma nova realidade social, econômica, etc: “Pero constituyó también el resultado de una práctica legislativa desarrollada más o menos de espaldas a los postulados del liberalismo ilustrado y revolucionario” (MARCILLA CÓRDOBA, 2000, p. 94-95).

O constitucionalismo concretiza a crise da concepção de lei construída no Estado liberal, ao subordinar a norma legal aos princípios constitucionais, além de assinalar sua origem democrática, rompendo com a figura da supremacia efetiva da lei (MARCILLA CÓRDOBA, 2000, p. 97). O constitucionalismo, além disso, estimulou a profusão de novos direitos e garantias, ampliando quase ilimitadamente as funções do poder público, e o aumento exponencial do número de leis, prejudicando a qualidade das normas, o que levou ao agravamento da crise legal.

<sup>16</sup> Zapatero Gomez (ZAPATERO GOMEZ, 1994, p. 775-777) sintetiza a crescente importância da legislação na Europa, pontuando o surgimento e a especialização de órgãos voltados ao estudo do tema. Explica o autor que, no plano europeu, foi criada, inicialmente, a Associação Europeia de Legislação, a partir da Conferência sobre Legislação nos países europeus celebrada, entre os dias 11 a 13 de dezembro de 1991, na Alemanha. Também foi criado o Serviço de Gestão Pública da OCDE em Paris. Houve, ainda, criação de centros específicos de estudo na França, Itália, Espanha.

<sup>17</sup> Por isso, não nos espanta que, no Brasil, leis importantes sejam aprovadas com pareceres rápidos e formais, para, logo depois, ser apresentado um anteprojeto de lei, novamente, com fundamentos ligeiros, propondo modificações na lei recém aprovada. Ou que anteprojeto de lei, já no momento da votação, sejam trocados por substitutivos que alteram completamente o que foi discutido, sendo aprovados sem discussão e sem fundamentação: os motivos do legislador são apenas pressupostos. De qualquer modo, como dito, nada disso nos espanta. O que causa certa perplexidade é a posição da Teoria do Direito



#### 4. CORRELAÇÃO ENTRE ARBÍTRIO LEGISLATIVO E ARBÍTRIO JUDICIAL: IRRACIONALIDADE JUDICIAL COMO EFEITO DA IRRACIONALIDADE LEGISLATIVA

A ruptura entre a dimensão jurídico-cognitiva do Direito e a dimensão jurídico-volitiva da criação do Direito (PAIVA, 2009, p. 34) ignorou uma situação inevitável no mundo real: os problemas decorrentes da aplicação de uma norma irracional. Isso ocorre porque, dada a adesão do juiz aos pontos de partida (normas legais), o sistema não permite, salvo por inconstitucionalidade, o afastamento da norma legal irracional. Tal situação, na prática, gera um dilema para o juiz: seguir a hermenêutica convencional e aplicar a norma “irracional” ou se socorrer de princípios e valores e buscar uma solução concreta que afaste o “erro” do legislador? Colocado diante desse dilema, o juiz busca, muitas vezes, “consertar” o trabalho malfeito do legislador, sanando a irracionalidade da norma, o que o faz transitar em um terreno pantanoso, nas bordas, ou além, dos limites da aplicação racional da norma.<sup>18</sup>

A irracionalidade legislativa, deste modo, estimula a irracionalidade judicial,<sup>19</sup> sendo uma das causas, inclusive, do ativismo judicial, nos casos em que o juiz, para consertar o trabalho malfeito ou a omissão do legislador, ignora a norma legal posta e se aproxima da atividade legiferante (LIRA, 2015, p. 49).

---

brasileira, que continua se preocupando, quase que exclusivamente, com a argumentação judicial: o suposto desconhecimento ou errônea aplicação, por um Ministro do Supremo Tribunal Federal, de alguma “regra” específica desenvolvida por Robert Alexy choca mais que a constante produção de leis sem quaisquer limites, fundamentações válidas, controles de qualidade, rigores metodológicos.

<sup>18</sup> “En efecto, la inflación normativa, la incomprendibilidad del tenor de la norma, la baja calidad de ésta, el cambio del contexto social en que se ha de aplicar, junto con la pérdida de protagonismo y prestigio de las instituciones parlamentarias son factores que se aducen para justificar que el juez abandone, con excesiva precipitación, el texto normativo para buscar, fuera del mismo, el criterio para resolver el problema en cuestión.

[...]

tengo la impresión de que el escepticismo ante las reglas es en estos momentos el escollo que conviene corregir. Que con excesiva frecuencia el aplicador del derecho no se mueve en las zonas marginales en las que el legislador le delega competencias normativas (facultándole para una elección informada entre alternativas abiertas) sino que trata simplemente de crear la norma, destilándola a partir de los más heterogéneos componentes que su imaginación aporta y entre los que, eso sí, figura la ley.

Un Estado de Derecho no puede aceptar, sin poner en peligro sus propios fundamentos, que las leyes sean un simple criterio, junto con otros criterios, para decidir el caso controvertido: La ley ha de ser el criterio relevante” (ZAPATERO GOMEZ, 1994, p. 778-779).

<sup>19</sup> “Numa frase: sem uma adequada Teoria da Legislação, falar em adequada aplicação do Direito pode tornar-se, se não impossível, algo extremamente difícil, mormente em se levando em consideração a complexidade com que se depara o aplicador do Direito no contexto das sociedades multiculturais” (HOMMERDING; LYRA, 2014, p. 18).

## 5. CAMINHO POSSÍVEL PARA UTILIZAÇÃO FUNCIONAL (COMO MEIO DE IDENTIFICAR E RESOLVER PROBLEMAS) DA RACIONALIDADE LEGISLATIVA NO MUNDO LATINO: BASE CIENTÍFICA ADEQUADA E MODELOS DE RACIONALIDADE LEGISLATIVA

A primeira tarefa a ser cumprida pela Teoria do Direito, para sanar sua compreensão insuficiente do fenômeno jurídico, é o desenvolvimento de uma Teoria da Legislação que cumpra papel parecido ao do arcabouço científico utilizado para análise da racionalidade do processo de interpretação e aplicação da norma. Para tanto, em um primeiro momento, caberá à Teoria do Direito analisar: se a argumentação que se constrói para promulgação de uma lei é, ou não, racional; quais serão as regras e formas a ser adicionadas àquelas do discurso prático geral para dar conta da racionalidade legislativa, de forma análoga ao que foi desenvolvido nos processos de aplicação da norma; se a racionalidade legislativa se aplicará, apenas, à fase legislativa propriamente dita ou poderá se estender às fases pré-legislativa e pós-legislativa (ATIENZA, 2005, p. 206).

Além disso, como a racionalidade da decisão legislativa passa a ser um objetivo, deve-se trabalhar com o estudo das diretrizes que precisam ser seguidas, topicamente, para que a decisão do legislador seja considerada racional, o que enseja a construção de modelos de análise e controle de racionalidade legislativa.<sup>20</sup> Os “modelos de racionalidade legislativa” devem definir caminhos e técnicas para avaliação, com alguma margem de segurança, da atuação do legislador, diminuindo, em consequência, o arbítrio da decisão legislativa.<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> Esses modelos de racionalidade legislativa podem ter, em linhas gerais, um enfoque minimalista, quando priorizam a Técnica Legislativa e a busca da eficiência da norma, detendo-se na análise dos melhores meios jurídicos para se alcançar determinados fins (que não se discutem); ou maximalista, quando analisam, além dos elementos do modelo minimalista, os valores, avaliando a legitimidade dos fins pretendidos, havendo uma preocupação com a racionalidade ética da lei, incluindo-se, no estudo da Teoria da Legislação, questões de política legislativa (ZAPATERO GOMEZ, 1994, p. 778-779).

<sup>21</sup> Entre os modelos existentes, placitamos o proposto por Atienza, por sua completude e pela preocupação do autor com a precisa definição de cada um dos níveis de racionalidade, o que o torna um sistema adequado e preciso de controle.

Atienza propõe um modelo analítico de racionalidade legislativa que se inicia antes e continua depois da criação da lei, que é descritivo e também prescritivo, dissecando a análise das leis em cinco perspectivas distintas, por ele denominadas níveis de racionalidade, a saber, linguística (R1); jurídico-formal (R2); pragmática (R3); teleológica (R4); e ética (R5): “[...] una racionalidad comunicativa o linguística (R1), em cuanto que el emisor (edictor) deve ser capaz de transmitir com fluidez um mensaje (la ley) ao receptor (el destinatario); una racionalidad jurídico-formal (R2), pues la nueva ley debe insertarse armoniosamente em un sistema jurídico; una racionalidad pragmática (R3), pues la conducta de los destinatarios tendrá

De posse desse instrumental, poder-se-á prescrever ao legislador um caminho organizado para criação de normas jurídicas racionais, cabendo-lhe a fundamentação adequada das suas escolhas – que, mesmo livres, nos limites do ordenamento jurídico, devem ser adequadamente justificadas. Além de organizar o processo de criação, caberá ao legislador a avaliação periódica da racionalidade das leis e a revogação ou alteração daquelas que se tornarem irracionais.

A sociedade e os juristas, por sua vez, poderão, concretamente, avaliar a racionalidade da decisão do legislador, criticando-a, quando irracional, e propondo alterações legais que incrementem a racionalidade da norma – o que demonstra o enfoque duplo da racionalidade legislativa: *“Ella no necessita tan solamente describir lo que es, sino prescribir lo que debe ser”* (HOMMERDING, 2012, p. 34-350). Neste ponto, abrir-se-á um horizonte amplo e inexplorado para os estudiosos do Direito posto: a possibilidade de análises, também organizadas, da racionalidade tópica das leis, demonstrando-se problemas concretos de determinada lei, bem como formas de saná-los.<sup>22</sup>

Todos os países do mundo latino seriam beneficiados (inclusive no campo econômico)<sup>23</sup> por essa abertura científica, mas alguns se beneficiariam mais que outros,

---

que adecuarse a lo prescrito em la ley; una racionalidad teleológica (R4), pues la ley tendría que alcanzar los fines sociales perseguidos; y una racionalidad ética (R5), pues las conductas prescritas y los fines de las leyes presuponen valores que tendrían que ser susceptibles de justificación ética” (ATIENZA, 1997, p. 27-28).

Nada obstante nossa posição pessoal, a favor do método de Atienza, é preciso destacar que, independentemente do modelo escolhido, ter-se-á, em maior ou menor amplitude, um sistema de organização e controle da decisão legislativa, diminuindo-se o arbítrio e os equívocos do legislador.

<sup>22</sup> Foi o que se tentou fazer no estudo “Racionalidade legislativa do processo tributário”(MELO FILHO, 2018), onde, utilizando-se, como base, o modelo de Atienza (complementado por uma pesquisa de Direito Comparado), analisou-se a racionalidade do processo tributário criado pelo Legislador brasileiro.

<sup>23</sup> Em uma perspectiva econômica (e também política e social), não se pode deixar de mencionar a relação direta entre reformas legislativas (direcionadas pela racionalidade legislativa) e desenvolvimento econômico, conforme conclusão da OCDE em documento oficial: “The 1995 Recommendation of the Council of the OECD on Improving the Quality of Government Regulation”.

Marta Tavares Almeida (ALMEIDA, 2007, p. 91) registra que as recomendações da OCDE serviram de base para a política de regulação estimulada pela União Europeia no âmbito do Conselho Europeu de Lisboa, ocorrido no ano 2000, onde foram fixadas metas ambiciosas de desenvolvimento econômico para a Europa, pontuando-se a importância de uma legislação de qualidade no quadro de uma economia competitiva. Criou-se, na ocasião, um grupo de trabalho, Grupo Mandelkern, que apresentou um relatório enunciando os princípios fundamentais para a melhoria da qualidade legislativa na União Europeia e nos países que a compõem. No relatório, pontuou-se que “a melhoria da qualidade dos atos normativos é um benefício público em si, aumentando a credibilidade do processo de gestão pública e contribuindo para o bem-estar dos cidadãos, das empresas e dos demais envolvidos”, registrando-se, ainda, que “um ato normativo de qualidade evita que as empresas, os cidadãos e as administrações públicas fiquem

pois, enquanto os países europeus, pelo menos, já descobriram o problema e trabalham, de algum modo, para resolvê-lo; os latino-americanos continuam despendendo suas energias, no âmbito da teoria da argumentação, apenas no processo de aplicação da norma, como se todos seus problemas jurídicos concretos estivessem na forma de interpretação e fundamentação das Cortes Superiores – nada obstante já exista uma série de constrangimentos argumentativos (inclusive, no âmbito normativo) a limitar o trabalho dos juízes e se consiga, pelo menos, discutir, cientificamente, a decisão judicial; enquanto o legislador continua atuando de forma arbitrária, com fundamentação mais *pro forma* que formal, não havendo como, pela falta de densidade da justificativa (quando há), sequer se criticar seu processo de decisão.<sup>24</sup>

## CONCLUSÃO

A teoria da argumentação jurídica dominante se concentra nas questões relativas à interpretação da norma jurídica pelos órgãos superiores de administração da

---

submetidos a encargos inúteis”, contribuindo “para evitar que a competitividade das empresas [...] seja prejudicada por custos acrescidos e distorções de mercado” (RELATÓRIO MANDELKERN, 2000, p. 13). De fato, dificilmente haverá desenvolvimento econômico sem planejamento legislativo e produção de normas legais racionais, pois o desenvolvimento só será sustentável, factível e contínuo se estabelecida uma relação entre atividade econômica e atividade legislativa criadora de políticas públicas (SOARES, 2007, p. 46-47). Na lição de Mader: “Um arcabouço institucional estável e regras legais que respondam adequadamente às necessidades socioeconômicas e às expectativas da população são as melhores garantias para termos segurança, justiça social, desenvolvimento econômico e bem-estar” (MADER, 2007, p. 52).

<sup>24</sup> Poder-se-ia argumentar que o subsistema político prevaleceria e a racionalidade legislativa, de uma forma ou de outra, seria ignorada pelo legislador no mundo real, mantendo-se, em qualquer caso, o arbítrio. Seguíssemos tal pensamento, contudo, teríamos que afastar a racionalidade de todo o Direito, porque temos o mesmo problema na análise da racionalidade judicial: são constantes as críticas à falta de rigor técnico na aplicação da norma legal pela decisão judicial, nada obstante os – igualmente – constantes estudos e debates acerca da racionalidade da argumentação judicial. Poder-se-ia, por isso, argumentar no sentido da inutilidade prática de qualquer tipo de estudo no âmbito da racionalidade. Tal ideia, contudo, colocar-nos-ia no campo da hiper-racionalidade, ou seja, da irracionalidade (PULIDO, 2015, p. 413). Ora, não há como se garantir, no mundo real, uma objetividade ideal do legislador, até porque não se pode garantir uma perfeita objetividade em nenhum âmbito normativo (PULIDO, 2015, p. 413). Tal dado não quer dizer, contudo, que se deva renunciar à busca da racionalidade possível; porque, se é verdade que sempre remanescerá alguma margem para o arbítrio da decisão judicial, mesmo com esmeradas teorias da argumentação, também é verdade que essa margem seria muito maior se não existissem tais teorias. E é exatamente isto que ocorre na produção da norma legal: como inexistente um adequado suporte teórico de apoio, a margem de atuação do legislador é quase ilimitada, não havendo controles rigorosos, nem abstratos e nem concretos. Então, embora não exista nem um juiz ideal e nem um legislador ideal, enquanto o primeiro está sujeito a uma série de constrangimentos argumentativos, ao menos em tese, o segundo exerce seu mister com quase nenhum limite, com consequências danosas para o sistema jurídico e para toda a sociedade.

Justiça (ATIENZA, 2005, p. 2), relegando o processo de decisão legislativa a um papel secundário. Ocorre que, nos países latinos (de tradição romanística), a ideia de priorizar a atribuição de conteúdos às normas constitucionais, relativizando as leis, mais aptas à regulação das situações sociais típicas,<sup>25</sup> não conseguirá resolver todos os problemas concretos, nem do Direito e nem da sociedade. Um problema causado por uma lei malfeita dificilmente será resolvido no momento da sua aplicação, e talvez essa resolução, pelo juiz, tampouco seja conveniente, porque um problema criado por uma lei deverá ser tratado (pelo legislador) no âmbito próprio da racionalidade legislativa.

E não se está dizendo, com isso, que, nos países latinos, a racionalidade legislativa deva ter mais relevância que a judicial, mas, apenas, que, sem o desenvolvimento da primeira, além de haver dificuldades para se conseguir, na prática, a segunda, o mundo latino dificilmente construirá alternativas adequadas para enfrentamento das suas dificuldades reais. Então, embora não se possa negar a importância da racionalidade judicial, como esta não é suficiente para resolver, sozinha, os problemas efetivos dos países latinos, justifica-se o título (propositadamente) incisivo e provocador deste estudo: é preciso, sim, que a Teoria do Direito latina (e, sobretudo, latino-americana) direcione seus estudos para o processo de produção da norma legal.

A racionalidade legislativa não resolverá todos os problemas jurídicos (nem sociais e nem políticos) dos países latinos (inclusive, porque, obviamente, nem todos os problemas são causados ou alimentados pela baixa qualidade das leis), nem tirará do legislativo sua margem de discricionariedade (que é inerente à atividade política); mas fará com que o legislador, submetido a um modelo rigoroso de atuação, tenha que refletir antes da tomada da decisão, e, depois, tenha que fundamentar – de modo organizado – a decisão tomada. A organização do discurso legislativo, além de exigir uma análise real antes da decisão (diminuindo-se, conseqüentemente, os problemas jurídicos e políticos das leis malfeitas), permitirá que a sociedade fiscalize o método de produção legislativa; especificará a *mens legislatoris*; e oferecerá, aos juristas (e à sociedade), a oportunidade de verificar, em um primeiro momento, a adequação da racionalidade legislativa declarada, e, posteriormente, sua manutenção ao longo do tempo.

---

<sup>25</sup> “Por lo demás, la capacidad de adaptación de una jurisdicción con un ámbito interpretativo constitucionalmente expandido no puede contrarrestar la evidencia de la mayor fuerza socialmente transformadora de la legislación, aun sometida a una constitución materialmente enriquecida” (RIPOLLÉS, 1994, p. 496).

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Marta Tavares de. A contribuição da Legística para uma política de legislação: concepções, métodos e técnicas. In: *Congresso Internacional de Legística: Qualidade da lei e desenvolvimento*. p. 83-10. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2009.

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

\_\_\_\_\_. *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Instituto de Investigaciones Jurídicas: México, 2005.

\_\_\_\_\_. Para una teoría de la argumentación jurídica. In: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. p. 19-61. Núm. 8, 1990.

CALSAMIGLIA, Albert. ¿Debe ser la moral el único criterio para legislar?. *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*. p. 161-178. nº 13. Alicante (ES): 1993.

CARVALHO, Cristiano. *Teoria da decisão tributária*. São Paulo: Saraiva, 2013.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.

GEMA, Marcilla Córdoba. Sobre Contribución a una teoría de la legislación de Manuel Atienza. In: *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. p. 177-193. Núm. 11, octubre 1999. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes.

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

\_\_\_\_\_; LYRA, José Francisco Dias da Costa. *Racionalidade das leis penais e legislação penal simbólica*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2014.

LIRA, Cláudio Rogério Souza Lira. *Direito penal na pós-modernidade: a racionalidade legislativa para uma sociedade de risco*. Curitiba: Juruá, 2015.

GEMA, Marcilla Córdoba. Sobre la necesidad de una nueva ciencia de la legislación. In: CARBONELL, Miguel PEDROZA DE LA LLAVE, Susana Thalía (coordinadores). *Elementos de técnica legislativa*. Serie doctrina jurídica. p. 93-116. núm. 44. México, D. F: Instituto de investigaciones jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.

MADER, Luzius. Legística: história e objeto, fronteiras e perspectivas. In: *Congresso Internacional de Legística: Qualidade da lei e desenvolvimento*. p. 43-54. 2007: Belo Horizonte.

MELO FILHO, João Aurino de. *Racionalidade legislativa do processo tributário: Desjudicialização e democratização (execução fiscal administrativa, harmonização de instâncias, transação e arbitragem) como fundamentos de um sistema racional (inteligível, juridicamente harmônico, eficaz, eficiente e ético) de resolução de conflitos tributários*. Juspodium: Salvador, 2018.

PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. *A fábrica de penas: racionalidade legislativa e a lei dos crimes hediondos*. Rio de Janeiro: Revan, 2009.

PULIDO, Carlos Bernal. La racionalidad de la ponderación. In: ZAMORA, Fabra; JARAMILLO, Jorge Luis García (coordenadores). *Filosofía del derecho constitucional. Cuestiones fundamentales*. p. 411-431. Instituto de Investigaciones Jurídicas: México, 2015.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2013.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. Presupuestos de un modelo racional de legislación penal. In: *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*. p. 485-523. nº 24. Alicante (ES): 1994.

Relatório Mandelkern – Melhoria da Qualidade Legislativa, 2000. In: RELATÓRIO Mandelkern. *Legislação: Cadernos de Ciência de Legislação*, Oeiras, Portugal, n. 29, out.-dez. 2000.

SERPA, Ferney Asdrúbal Rodríguez; RINCÓN, Sandra Viviana Díaz. La racionalidad de las decisiones judiciales. In: *Revista Justicia*. p. 166-178. nº 19 - - Junio 2011 - Universidad Simón Bolívar - Barranquilla, Colombia.

SOARES, Fabiana de Menezes. Legística: história e objeto, fronteiras e perspectivas. In: *Congresso Internacional de Legística: Qualidade da lei e desenvolvimento*. p. 55-68. 2007: Belo Horizonte.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. A model of rational Law-Making. In: *Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy ARSP*. Vol. 65, H. 2 (1979), pp. 187-201. Franz Steiner Verlag, 1979.

ZAPATERO GOMEZ, Virgilio. De la jurisprudência a la legislación. In: *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*. p. 769-784. nº 15-16. Alicante (ES): 1994.