

## INTRODUÇÃO

Este artigo pretende reconhecer a crise legislativa como uma oportunidade dada ao jurista para incrementar a racionalidade no processo legislativo, partindo do modelo proposto por Manuel Atienza (1997; 2004b; 2017) e da dignidade da legislação de Jeremy Waldron (2003; 2007).

Há de se concordar com Jeremy Waldron de que há um excessivo interesse dos filósofos do Direito contemporâneo pelo raciocínio judicial e pelas cortes, o que os cega para praticamente qualquer outra coisa. Como defende Manuel Atienza, é preciso desjudicializar a Teoria do Direito. Reaproximar - o que jamais deveria ter sido separado - a Constituição e a legislação.

A legislação é um espaço que precisa ser ocupado também pelo Direito. Não se pode deixar que a característica de discordância da legislação a desqualifique. Ao contrário, pode enriquecê-la, pois confere a oportunidade de contrapor argumentos no debate político. Entender e participar desses debates é indispensável para o Direito, pois o direito é fruto da política. É por meio da política que se constrói o direito positivo. Portanto, o jurista precisa se integrar nesses debates, com o intuito de permitir o aprimoramento do Direito. O Direito não se resume ao silêncio dos Tribunais. Também se constitui do barulho da divergência.

Sabe-se que a autoridade da legislação passa por um momento de questionamentos (RIPOLLÉS, 2001; LAPORTA, 1999; HIERRO, 1996). Apesar disso, ao invés de propor um afastamento do Direito, a proposta deste artigo é a reinserção jurídica neste debate. Então, a pergunta que desafia essa pesquisa é a seguinte: A argumentação jurídica pode contribuir com reconquista da legitimidade da legislação por meio de boas razões?

Para respondê-la, este artigo se vale de Atienza e de Waldron, para defender a importância da análise e da avaliação argumentativa para a racionalidade legislativa. Apesar da notória relevância do processo legislativo, ante o seu impacto na democracia, poucas são as pesquisas na área do Direito que se interessam por este tema.

A primeira parte do artigo apresentará a importância da argumentação, pautada em uma ideia de que é necessário dar boas razões para justificar as decisões. Isso se impõe não só no contexto judicial, mas também no legislativo. Trata-se de uma forma de dar ensejo à participação democrática no debate público.

Na segunda parte será tratado o convencimento no debate público e a preocupação com a racionalidade das razões legislativas. Neste espaço, será reconhecida

a existência de uma crise legislativa, mas essa oportunidade não merece ser desperdiçada, pois a teoria da argumentação pode colaborar como instrumento na reconquista da legitimidade. A terceira parte falará sobre o modelo de racionalidade legislativa proposto por Manuel Atienza, para propor alguns ajustes e mudanças. A pesquisa é indutiva, pautada em revisão bibliográfica, para apresentar um modelo.

Como resultado, pretende-se partir do modelo de cinco níveis da Teoria da Legislação de Manuel Atienza para complementá-lo e lançá-lo como importante instrumento a ser utilizado pelos juristas na reconquista da legitimidade da legislação.

## **1 CONTRIBUIÇÃO DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO PARA A JUSTIFICAÇÃO DEMOCRÁTICA**

No Direito, cada instância produz decisões que precisam ter razões, sustentadas por argumentos. Nesse sentido, tanto a argumentação dos tribunais quanto aquela que se produz nos parlamentos e na produção legislativa, são jurídicas. Ambas estão dentro do Direito (ATIENZA, 2013; 2004a).

Os argumentos são os instrumentos do jurista e do parlamentar para dar boas razões e convencer de que a sua posição é a que deve ser acolhida. Afinal, em uma democracia, deve-se pressupor a capacidade de argumentar racionalmente e de maneira competente sobre as escolhas feitas nas decisões (PEIXOTO; ROESLER; BONAT, 2016). Por isso, o pano de fundo desse estudo é a teoria da argumentação (ATIENZA, 2003) que se pauta “na racionalidade, conjugada com uma preocupação de comunicação, com a finalidade de persuasão<sup>1</sup>”. A argumentação busca deduzir, fundamentar e convencer (REGLA, 2015). Em outras palavras, uma teoria da argumentação necessita conjugar as dimensões formal, material e pragmática, no intuito de alcançar os valores básicos do Direito<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Este artigo trabalha com a ideia de convencimento, ao invés de persuasão. Para alguns autores, haveria aqui um sinônimo entre essas palavras. Para outros autores, o sentido pode ser distinto. Perelman e Tyteca (1996, p. 31) diferenciam persuadir - como uma preocupação com o resultado (o que valeria para um auditório particular) – de convencer - decisão com caráter racional da adesão – o que valeria para a adesão de todo ser racional. Pautando-se, nesta distinção, cabe adotar uma perspectiva de convencimento, pois este artigo se pauta em uma visão argumentativa, não retórica.

<sup>2</sup> Para a concepção formal, a argumentação é uma série de enunciados, sem necessidade de interpretá-los. Para a concepção material, o essencial não é a forma, mas sim o que torna os enunciados verdadeiros e corretos. Para a concepção pragmática, a argumentação deve ser vista como atividade linguística, complexa. Os seus problemas são a persuasão de um auditório ou a interação para se chegar a um acordo sobre problema prático ou teórico. As 3 concepções não são sempre puras, podendo ocorrer combinação entre elas. Para o Direito, cada uma dessas concepções está relacionada a um valor básico do sistema jurídico. A formal, relaciona-se com a certeza; a material, relaciona-se com a verdade e a justiça; a pragmática, relaciona-se com a aceitabilidade e consenso (ATIENZA, 2013, p. 110-111). Josep Aguiló Regla (2015)

Apesar de saber que o conhecimento de quem se pretende conquistar pode ser uma condição prévia à argumentação eficaz (PERELMAN; TYTECA, 1996, p. 23), este artigo se pauta em uma perspectiva argumentativa e não retórica (REIS, 2014; ADEODATO, 2002) das discussões que levam ao produto final legislativo. Há, aqui, uma preocupação com a qualidade dos argumentos, que merece ser prestigiada (SARLO, 2010; ATIENZA, 2013). Isso porque a argumentação não se pauta apenas na finalidade de convencimento, mas também na utilização de bons argumentos. E isso permite a formulação de uma crítica muito mais sofisticada que a habitualmente obtida pela dogmática (SARLO, 2010). Em suma, a teoria pode servir como instrumento para formular uma crítica sobre a argumentação.

A teoria *standard* de argumentação parte da distinção entre o contexto de descoberta - motivos que levam o juiz a decidir, que explicam as causas - e o contexto de justificação das decisões, - motivos para considerar algo aceitável, justificado (ATIENZA, 2013) - estando no último o objeto de estudo da argumentação. Defende, portanto, que existem dois contextos para as razões e que essa distinção é relevante para uma discussão, como a deste artigo, pautada na racionalidade prática.

Pode-se, então, investigar os motivos que levam a autoridade a decidir daquela forma (contexto de descoberta), ou se pautar nas razões que justificam – sustentam - aquela decisão (contexto de justificação) (SHECAIRA; STRUCHINER, 2016). No contexto de descoberta, cabe a explicação, enquanto no da justificativa, a motivação. No primeiro, competiria avaliar quais os reais motivos que levaram à decisão, o que poderia incluir componentes como: a) a estrutura dos tribunais, o que envolve a sobrecarga de trabalho, dificuldades burocráticas; b) a experiência pessoal do magistrado, o que demanda preocupações psicológicas e questões individuais como a fome e o humor de quem decide; e c) o grau de influência dos truques retóricos no convencimento. Contudo, esse parece um ambiente mais complexo para se adentrar no Direito.

Apesar de reconhecer que decisões irracionais podem acontecer – e não se nega isso – parece mais pertinente presumir que existe uma pretensão de racionalidade nestes processos decisórios. O Direito precisa ser visto “com base em uma preocupação fundamental com a interpretação das normas jurídicas e com a construção de seu sentido em processos argumentativos” (ROESLER, 2007, p. xiv-xv). Os argumentos jurídicos

---

parte das concepções propostas por Atienza, mas propõe vê-las como dimensões (o que permite ver a argumentação como um fenômeno social complexo que apresenta simultaneamente diversos aspectos). Por concordar com essa perspectiva, este trabalho passa a utilizar a noção de dimensão.

dados para a decisão precisam seguir uma coerência, pois eles também valerão para outros problemas que se apresentem à avaliação jurídica. Não se nega que diversos fatores podem influenciar a decisão, mas permanece, como ambiente mais seguro para o Direito, a necessidade de fundamentação. Opta-se, aqui, em dar ênfase não ao como, mas sim ao porquê das decisões (BUSTAMANTE, 2008).

Em resumo, quem decide deve necessariamente buscar fundamentar suas decisões. Os órgãos judiciais e administrativos não precisam, então, explicar, mas sim justificar suas razões (ATIENZA, 2004a). Essa é a base do Direito, ao se pautar nas suas motivações. Deve-se, então, partir de uma ideia de que quem decide tem uma pretensão de convencer racionalmente quanto aos fundamentos de sua decisão. Sob essa perspectiva, dá-se a oportunidade de colocar a decisão para o debate público e democrático. Será possível entender os argumentos e criticá-los, o que é imprescindível para uma democracia.

## **2 O CONVENCIMENTO NO DEBATE PÚBLICO E A PREOCUPAÇÃO COM A RACIONALIDADE DAS RAZÕES LEGISLATIVAS**

Como defendido por Toulmin (2001), no processo de concluir mediante a produção de argumentos, se uma alegação é desafiada, é preciso conseguir justificá-la. Essa justificação merece ser prestigiada como o eixo central da argumentação, pois o Direito se constrói nessas razões. Há, no Direito moderno, uma obrigação de motivar decisões para fazê-las aceitáveis e cumprir a função de guiar a conduta humana (ATIENZA, 2004a).

No âmbito legislativo, judiciário e executivo são produzidas decisões que, para o direito contemporâneo, devem ser pautadas em razões, devem estar fundamentadas. Nesta noção de Direito – que não se restringe ao Judiciário e se fundamenta em razões – que está construído este trabalho.

Uma das críticas de Manuel Atienza (2003) a outras teorias da argumentação jurídica é a restrição aos raciocínios produzidos na elaboração da dogmática jurídica e na interpretação e aplicação do Direito (ROESLER, 2007, p. xiii). Ao se propor uma teoria da argumentação jurídica, não pode ficar de fora o âmbito da produção do Direito. Como a teoria da argumentação jurídica busca racionalizar o uso dos instrumentos jurídicos, não pode deixar de exercer o seu controle também na produção das normas (LÓPEZ, 2016; ZAPATEIRO, 1994). Deve-se partir de uma concepção totalizadora e crítica do

fenômeno jurídico. A racionalidade da aplicação e da interpretação do Direito não está alheia ao que ocorre nos parlamentos e nos órgãos administrativos que produzem normas jurídicas válidas. Sobre esse ponto, Jeremy Waldron (2003, p. 30) questiona: “Pensamos agora que sabemos como os legisladores argumentam. Mas sabemos realmente? Isto é, compreendemos realmente a que equivalem, para fins jurídicos, a legislação e o raciocínio legislativo?”

A proximidade da legislação com o humano não pode ser vista como obstáculo para enfrentar esses questionamentos (WALDRON, 2003, p. 29). A legislação não deve, portanto, ser vista como um processo arbitrário. Apesar de investir-se de autoridade por ter os números ao seu lado (votação majoritária), existe uma racionalidade legislativa para se alcançar essa vitória. A decisão majoritária - que também está presente no Judiciário – não lhe retira a oportunidade de tomar a decisão por meio de argumentos, mesmo que a discordância, ao fim, permaneça.

A preocupação com racionalidade nas decisões legislativa deve continuar dentro da Teoria do Direito por vários motivos. Em primeiro lugar, porque não cabe mais reduzir o Direito ao estatal, ante a internacionalização da vida social, política e econômica, e o reflexo na nossa legislação da experiência estrangeira. A redução das barreiras entre países facilita a comparação entre as escolhas políticas. Em segundo lugar, a teoria da soberania do parlamento precisa lidar com o surgimento de novas fontes do Direito. Isso reforça a necessidade de melhor fundamentar suas decisões. Em terceiro lugar, está em andamento uma mudança do papel do Estado, o que demanda uma avaliação sobre se as decisões legislativas alçaram seus objetivos. Isso exige um constante refinamento dos projetos (no caso, das leis) para manter a sua legitimidade. Em quarto lugar, existe uma insatisfação dos cidadãos com a infração legislativa, a falta de clareza das normas e a insegurança provocada por uma redação defeituosa. Neste contexto, cabe ao legislador se preocupar com técnicas de desenvolvimento normativo que respeitem o direito dos cidadãos e reconstruam a sua legitimidade. Em quinto lugar, há uma crescente necessidade de reflexão sobre os mecanismos que fazem o direito, ante o intenso debate social. Não basta apenas a escolha democrática para legitimá-los. As razões precisam auxiliar neste convencimento. Em sexto lugar, as reflexões geradas na legislação por outras ciências social como a sociologia jurídica, ciência política e administrativa ampliaram a fragilidade de uma legislação sem a sua justificativa. É possível, contudo,

uma visão interdisciplinar para aprimorá-la<sup>3</sup>. Em oitavo lugar, houve um afastamento da generalidade e da abstração características da lei. Passou-se de um sistema pautado na providência de leis gerais para um sistema de providências especiais, *ad hoc*. Ao invés de trazer direitos e deveres, a lei passou a ser uma mera regra a serviço da política de governo. Contudo, aprimorar a racionalidade da legislação poderá garantir a estabilidade, a previsibilidade e a igualdade formal exigidas em um Estado de Direito<sup>4</sup>.

Há, portanto, uma crise da lei instalada que questiona o seu protagonismo no ordenamento jurídico. Os motivos dessa crise são muitos, mas cabe destacar alguns deles. O primeiro deles são as sucessivas reestruturações do Estado de Direito Moderno. As fases revolucionárias, positivistas – pautada nas codificações – chegando ao Estado de Direitos Constitucional, com textos repletos de direitos aos quais as leis devem se adequar, reduzem o seu protagonismo e questionam a sua racionalidade (RIPOLLÉS, 2001; LAPORTA, 1999; HIERRO, 1996). Um segundo motivo foi a ampliação das fontes de criação do Direito. Não só acontece em razão da criação de uma legislação comunitária, mas também do protagonismo dado hoje às fontes sociais do Direito. Um terceiro motivo é o controle de constitucionalidade das leis. Ao invés de colocar as leis sob o julgamento da Constituição, trouxe como consequência um protagonismo da jurisdição frente à legislação (RIPOLLÉS, 2001). Um quarto motivo é a complexidade do ordenamento, ante a legislação federal e estadual, o que se agrava no Brasil com o acréscimo das leis municipais. Isso dificultou a relação da soberania da legislação quanto aos cidadãos, ante a complexidade de três níveis federativos (CIRNE, 2014). Como quinto motivo pode-se citar a deslegitimação parlamentar frente à opinião pública, que tem, entre outros motivos, a captação oligárquica das entidades políticas, o sectarismo dos partidos políticos e a falta de moralidade dos políticos como motivos centrais (LAPORTA, 1999).

Apesar de reconhecer que existem muitos motivos para a crise legislativa, parece necessário perceber que por trás dessa discussão está a passagem de um paradigma positivista (legalista) para um pós-positivista, que conferiu maior relevância à

---

<sup>3</sup> Zapatero (1994, p. 772-774) utiliza estas cinco causas para justificar um crescente interesse pela teoria da legislação. Apesar de discordar sobre a centralidade dessa preocupação no Direito – tanto que se preocupou neste trabalho em justificar porque este tema era importante nos dias de hoje para o Direito – as cinco razões podem ser atualizadas para as demandas de hoje, como foi feito neste parágrafo, para sensibilizar sobre a importância da racionalidade legislativa e a preocupação com uma racionalidade que possa justificá-la e assim legitimá-la democraticamente.

<sup>4</sup> O último motivo foi incluído com base nos apontamentos de Francisco Laporta (1999, p. 324-327) e Liborio Hierro, (1996, p. 293-295).

argumentação, ao não limitar a legitimidade das leis a um argumento de autoridade. Uma renovação das lentes que observam o Estado de Direito, no qual a constituição tem um papel de destaque, se impõe, mas isso não pode significar a desconsideração das leis, sob pena de arbitrariedade e do decisionismo prevalecerem na aplicação do Direito (DÍAS, 2009; LAPORTA, 1999). Cabe, então, transformar essa crise em uma oportunidade de melhorar a justificação das decisões legislativas.

Em suma, pode-se que dizer que a preocupação com a racionalidade legislativa é pertinente, inclusive, para permitir reconectá-la com a aplicação do Direito. Os problemas da produção legislativa – que podem ser mitigados por uma pretensão de racionalizar este processo – podem garantir uma maior efetividade sobre quem aplica a norma. Justifica-se, portanto, retomar o tema da racionalidade legislativa como parte do objeto do Direito na pretensão de melhorar a sua prática. Um possível caminho será apresentado em seguida.

### **3 UMA PROPOSTA DE MODELO DE RACIONALIDADE NA ARGUMENTAÇÃO LEGISLATIVA**

Manuel Atienza (1997, 2003b, 2017) apresenta uma concepção estruturada sobre a racionalidade legislativa, articulando-a em seus diversos níveis. Propõe uma Teoria da Legislação como uma explicação do fenômeno da legislação em uma perspectiva mais geral. Para tanto, decompõe os elementos que interagem para formar a legislação em: a) editores; b) destinatários; c) sistema jurídico; d) objetivos; e) valores que a justificam. O resultado desse processo de interação são as leis. Por essa razão, a racionalidade legislativa possui vários níveis com um tipo característico de argumentação jurídica.

Atienza (1997) defende que a racionalidade legislativa se desdobra em cinco níveis. Explica que a racionalidade da atividade legislativa contém as seguintes dimensões: 1) linguística: o editor deve conseguir transmitir com fluidez uma mensagem ao receptor; 2) jurídico-formal: a nova lei deve se adequar com harmonia ao sistema jurídico; 3) pragmática: a conduta dos destinatários deve se adequar ao que está prescrito em lei; 4) teleológica: a lei deve alcançar os fins pretendidos; 5) ético: as condutas prescritas e os fins da lei pressupõem valores que precisam ser suscetíveis de serem justificados eticamente. Esses são os cinco níveis da racionalidade legislativa, colocados, em resumo, na tabela a seguir:

<b>linguístico</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Busca transmitir com fluidez uma mensagem</li> <li>• Pauta-se na comunicação</li> </ul>
<b>jurídico-formal</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Prega a harmonia ao sistema jurídico, evitando-se contradições, lacunas e redundâncias</li> <li>• Busca avaliar o grau de coerência entre as alternativas que se encontram no ordenamento.</li> <li>• Pauta-se na sistematicidade e nas decisões do passado</li> </ul>
<b>pragmática</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Pretende conseguir que as leis sejam obedecidas.</li> <li>• Pauta-se em influir no comportamento humano.</li> </ul>
<b>teleológica</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Defende que a lei deve alcançar os fins pretendidos.</li> <li>• Pauta-se em conseguir resultados</li> </ul>
<b>ética</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Pressupõe valores que precisam ser suscetíveis de serem justificados eticamente. Defende que a interpretação feita no passado, para um caso, deverá continuar sendo feita quando aparecerem novos casos semelhantes</li> <li>• Pauta-se na liberdade, igualdade e justiça</li> </ul>

Tabela 01 – racionalidade legislativa de Atienza

Note-se que os primeiros quatro níveis têm uma preocupação mais instrumental, de técnica legislativa (LÓPEZ, 2016). Diversamente, o quinto nível – ético – é valorativo, já que busca conectar a racionalidade legislativa com uma dimensão político-moral. Funciona como um nível que proporciona razões ou critérios de correção para articular e fundar todos os demais, internamente e conjuntamente com eles. Por isso, a argumentação ética merece destaque, ante o papel diferenciado na produção de normas. Por meio dele se faz uma ligação entre a racionalidade legislativa e a judicial<sup>5</sup>. Decorre da ideia de que se vive em um Estado de Direito, no qual não se pode acolher decisões legislativas que não se coadunam com seus princípios e valores (LÓPEZ, 2016). Uma norma de qualidade não pode se resumir a questões técnicas, formais ou pragmáticas. O conteúdo material é inerente à discussão sobre a racionalidade legislativa. Adota-se neste trabalho, como Atienza, uma posição maximalista sobre a ciência da legislação<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> Como explica Aguiló Regla (2008, p. 20), ao se passar de um paradigma positivista para um pós-positivista, supera-se a ideia de que as leis decorrem apenas autoridade, para agregar em seu conteúdo uma dimensão valorativa e justificativa. Em outras palavras, o nível ético insere na prática legislativa um tema aparece central na prática judiciária: a ponderação dos princípios e valores constitucionais. Essa ponderação também é realizada pelo legislativo. O ordenamento jurídico não se resume as regras.

<sup>6</sup> Ao tratar sobre a avaliação de um conteúdo de uma lei, para ponderar se é ou não uma boa lei, Zapatero (1994, p. 785-789) divide os autores que propõem um modelo de racionalidade legislativa em duas correntes: a) minimalista, que entende a ciência da legislação como uma técnica, com a escolha dos meios jurídicos para alcançar alguns fins; b) maximalista, que entende a ciência da legislação como política legislativa ou ética. Determina não apenas a finalidade, mas também os valores que são perseguidos. Wroblewsky e maioria dos autores se situam na primeira linha, mas este trabalho acompanha Atienza na segunda linha, pois não parece fazer sentido falar em racionalidade legislativa sem um conteúdo ético. Sem analisar o seu contexto social e histórico, preocupando-se com a pretensão de justiça. Díez Ripollez (2001,



Em uma revisão à sua proposta de racionalidade legislativa, Atienza incorporou em 2004 um sexto nível, como elemento transversal a todos os níveis: a razoabilidade. Consistiria esse nível na busca de um equilíbrio, uma ponderação, na hora de obter os níveis anteriores. Apesar de reconhecer que este novo nível poderia dar resultados interessantes, parece-nos, de outro lado, que essas preocupações já estão contempladas no nível teleológico e pragmático (centrais para a racionalidade legislativa) e no nível ético (aquele de conteúdo material, indispensável para a materialização de um Estado de Direito que possui valores definidos). Na proposta original de Atienza já parecia existir a preocupação com a junção da política e da moral, especialmente pelo destaque conferido ao nível ético, como um diferencial na sua proposta de racionalidade legislativa não restrita às questões técnicas. O nível ético, portanto, permite explorar o papel do Estado de Direito nesta racionalidade legislativa.

Cabe esclarecer ainda que os níveis de racionalidade legislativa pretendem, então, cumprir 3 objetivos: a) buscar uma unidade ou ao menos articulação entre valores heterogêneos (estabelecer finalidades, sendo as 4 primeiras instrumentais e a última de justificação ética); b) definir o estatuto epistemológico dos estudos sobre legislação (mostrar como potencializar a racionalidade e evitar a irracionalidade); e c) evitar o uso ideológico (sabendo, inclusive, que o Direito não se resume ao legislado, ao estatal, reconhecendo o pluralismo jurídico) (ATIENZA, 1997).

Na racionalidade legislativa, haveria, então, uma análise interna de cada um desses níveis, e outra externa, que mostra as relações entre esses níveis, quanto à compatibilidade e à independência (ATIENZA, 1997). Para viabilizar uma racionalidade legislativa, é preciso uma avaliação legislativa. Há, então, um nível estático e outro dinâmico da racionalidade legislativa. Neste último, Atienza (1997) propõe um modelo que se pauta nas 5 racionalidades, mas com 3 fases: prelegislativa, legislativa e pós-legislativa, como inter-relacionadas.

Para Atienza (1997), a racionalidade legislativa é a mesma que a judicial, apesar das particularidades do momento de produção e de aplicação do Direito. Os níveis de racionalidade propostos em sua teoria da legislação também fazem sentido no contexto

---

p. 503-504) também se filia à segunda corrente, mas compreende essa visão, ao se pautar na segurança jurídica e colocar ênfase na linguagem jurídica, na estrutura da lei e na sua inserção no ordenamento. Pauta-se em uma perspectiva linguística e jurídico-formal. Apesar de reconhecer a importância desses aspectos, parecem incompletos sem uma inserção no nível ético. Aqueles níveis precisam desse para se firmarem e apesar de o terreno político ser mais instável, uma abordagem que o exclua padece de uma incompletude que torna falho o modelo.

de aplicação da norma. Uma sentença judicial também precisa ter clareza e precisão; obediência ao caráter sistemático do ordenamento; à eficiência e à eficácia social; e às questões éticas. Apesar disso, não se pode deixar de perceber que o princípio da utilidade (racionalidade teleológica e ética) é o que pauta a formulação da legislação, enquanto o princípio da certeza jurídica (racionalidade lógico-jurídica) pauta a aplicação normativa. Há, portanto, uma diferença de orientação que afeta o desenho institucional e organizacional. Mas se trata de ênfase distinta, não de diferença substancial. A racionalidade legislativa é, então, um pressuposto para poder se falar em racionalidade judicial.

Com certos ajustes – já que a teoria de avaliação judicial foi pensada para o judiciário – defende-se aqui que cabem contribuições do modelo judicial ao modelo de análise e avaliação jurídica dos argumentos legislativos.

Dois critérios de avaliação, a universalidade e a coerência podem colaborar com a racionalidade legislativa. A moral social, a moral justificada e a aceitabilidade das consequências parecem já estar contempladas de maneira suficiente na racionalidade legislativa. Esses dois critérios (moral social e moral justificada) buscam incluir um componente democrático nas decisões judiciais que não parece pertinente em uma análise e avaliação legislativa.

O critério da moral social, segundo Atienza (2013) se pauta no fato de que o juiz não pode ser indiferente às convenções sociais, pois os valores socialmente majoritários estão vinculados à democracia. No caso do Poder Judiciário – que tem magistrados técnicos investidos na função por concurso público – isso faz sentido, pois há um distanciamento do componente democrático, mas no caso do Legislativo não. O critério da moralidade justificada, por sua vez, defende o construtivismo ou procedimentalismo moral. Sua pretensão é a de buscar um consenso em um conjunto de agentes que discutem, respeitadas certas regras. Contudo, isso é inerente ao papel legislativo.

O critério da adequação das consequências merece outras objeções. Ao se propor olhar para o futuro, a adequação das consequências parece já estar suficientemente contemplada nos níveis teleológico e pragmático da racionalidade legislativa (ATIENZA, 2013).

Os demais critérios (universalidade e coerência), diversamente dos anteriores, parecem poder complementar a racionalidade legislativa com certa medida da racionalidade judicial, cooperando com a difícil tarefa de dar conta de sua complexidade.

A universalidade defende que é preciso um enunciado normativo universal para ser possível inferir um enunciado normativo particular. Prega que não se deve, contudo, reduzi-la ao aspecto lógico, pois ela se materializa como uma regra formal de justiça (ATIENZA, 2013). Trata-se de um critério que se aplica a problemas normativos e de fato. Nos primeiros problemas - os normativos - significa que uma interpretação que foi feita no passado, para um caso, deverá continuar sendo feita quando aparecerem novos casos semelhantes. Trata-se de uma regra formal de justiça, tratando-se igualmente quem se encontra na mesma categoria ou situação. Em outras palavras, defenderia que uma decisão de inconstitucionalidade apontada em uma norma tenha o mesmo desfecho quanto a outros projetos de lei em situações similares. Nos segundos problemas (menos centrais para o objeto deste artigo) – os fáticos – exigiria que na justificação externa seja incluído um enunciado do tipo universal, mesmo que probabilístico. Bem se vê, portanto, que a universalidade pode colaborar com o nível ético da racionalidade legislativa que apresenta uma perspectiva mais negativa (seria como ruas proibidas, segundo Atienza). Ao se incluir esse critério de universalidade no nível ético da racionalidade legislativa, permite-se observar uma perspectiva de justiça, positiva. Por isso, o nível ético deste modelo será observado com a faceta negativa original, acrescido de uma face positiva, proveniente da universalidade.

O critério da coerência, por sua vez, liga-se à consistência lógica, mas se refere à compatibilidade em relação a valores e princípios do ordenamento. Nela, cabe avaliar o grau de coerência entre as possíveis alternativas com o que se encontra no ordenamento (ATIENZA, 2013). A coerência divide-se, então, em duas perspectivas (a normativa e a narrativa) para olhar para o passado. A coerência normativa – que seria a perspectiva que interessaria a este artigo - volta-se para o sistema jurídico e para as normas estabelecidas, enquanto a coerência narrativa trabalha com a experiência acumulada no passado (ATIENZA, 2013). Como tem direta relação com o nível lógico-formal (adequação ao sistema jurídico), sugere-se no modelo de racionalidade legislativa deste artigo que se inclua naquele elemento a coerência quantos aos conceitos jurídicos e quanto às decisões judiciais. Em outras palavras, o nível lógico-formal passa a contemplar os precedentes judiciais - aquilo que já foi decidido pela Corte Constitucional - para apontar inconstitucionalidade e colaborar com o nível jurídico-formal na sua pretensão de evitar contradições no sistema jurídico. Também permite que se valha de conceitos jurídicos de institutos a serem avaliados dentro do processo legislativo, quando houve divergência quanto aos sentidos jurídicos das questões.

Esses dois critérios foram eleitos, portanto, como importantes para trazer novo sentido aos níveis ético e jurídico-formal, ampliando-os. Foram reunidos nos critérios de racionalidade legislativa algumas contribuições interessantes da racionalidade judicial para conferir um modelo que possibilite avaliar a racionalidade jurídica das leis. Pode-se concluir, então, que os critérios de análise e avaliação legislativa, pautada na teoria de Manuel Atienza, a ser aplicada neste artigo, tem os seguintes critérios: 1) linguístico; 2) jurídico-formal (acrescido da coerência); 3) pragmático; 4) teleológica; e 5) ético (acrescido da universalidade). O quadro abaixo sintetiza o modelo defendido. Os níveis jurídico-formal e ético estão maiores e sublinhados, pois tiveram o seu conteúdo ampliado para esta pesquisa:

	esta pesquisa:
<b>linguístico</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Busca transmitir com fluidez uma mensagem</li> <li>• Pauta-se na comunicação</li> <li>• Prega a harmonia ao sistema jurídico, evitando-se contradições, lacunas e redundâncias</li> </ul>
<b><u>jurídico-formal</u></b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Busca avaliar o grau de coerência entre as alternativas que se encontram no ordenamento.</li> <li>• Pauta-se na sistematicidade e nas decisões do passado</li> </ul>
<b>pragmática</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Pretende conseguir que as leis sejam obedecidas.</li> <li>• Pauta-se em influir no comportamento humano.</li> </ul>
<b>teleológica</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Defende que a lei deve alcançar os fins pretendidos.</li> <li>• Pauta-se em conseguir resultados</li> </ul>
<b><u>ética</u></b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Pressupõe valores que precisam ser suscetíveis de serem justificados eticamente. Defende que a interpretação feita no passado, para um caso, deverá continuar sendo feita quando aparecerem novos casos semelhantes</li> <li>• Pauta-se na liberdade, igualdade e justiça</li> </ul>

Tabela 02 – racionalidade legislativa ampliada

Esses são os critérios de racionalidade legislativa – enriquecidos com alguns aspectos conceituais da racionalidade judicial - eleitos como instrumento hábil a colaborar com a superação da crise legislativa, ao integrar os juristas no debate da legitimidade da legislação a ser conquistada por boas razões.

## CONCLUSÃO

Com este trabalho, pretendeu-se contribuir com o debate sobre a crise da legislação e apresentar possíveis caminhos para a sua superação. Na primeira parte foi apresentada a teoria da argumentação, como instrumento hábil nesta empreitada, ao ligar a decisão com as suas razões. Na segunda parte, defende-se uma reinserção dos juristas no debate de racionalidade legislativa. O Direito não pode se resumir às decisões judiciais, cabendo a sua participação na produção legislativa.

Ao invés de observar a crise como um obstáculo insuperável, pretende-se apresentar um modelo que possa colaborar com esse debate. Incrementar a racionalidade jurídica do processo legislativo, por meio da análise e da avaliação.

Apresenta-se, então, os critérios de racionalidade legislativa de Manuel Atienza – enriquecidos com alguns aspectos conceituais da racionalidade judicial - como proposta que pode contribuir com o aprimoramento do Direito. Sabe-se que o tema apresentado é extremamente complexo e de difícil solução, mas apenas com o debate público sobre possíveis caminhos parece plausível avançar na reconquista da legitimidade da legislação.

Ao invés de se centrar nos tradicionais locais de interesse do jurista (os tribunais), esta pesquisa buscou voltar os olhos para a argumentação no processo legislativo, sua importância e a possibilidade de se realizar o controle argumentativo e democrático que gera o importante produto da legislação. Agregar à racionalidade legislativa um pouco das preocupações da racionalidade judicial colabora para o enriquecimento do debate e o aprendizado na construção do Direito.

## REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002.

ATIENZA, Manuel. *Contribución a una teoría de la legislación*. Madri: Civitas, 1997. \_\_\_\_\_ . **Las razones del derecho**. Mexico: UNAM, 2004a.

\_\_\_\_\_. Argumentación y legislación. In: MENÉNDEZ, Aurelio Menéndez (Dir.). **La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho**. Madrid: Civitas, 2004b, p. 89-112.

\_\_\_\_\_. **Curso de Argumentación Jurídica**. Madri: Torta, 2013.

\_\_\_\_\_. **Curso de Argumentação Jurídica**. Tradução de Cláudia Roesler. Curitiba: Alteridade, 2017.

\_\_\_\_\_; CRUZ, Paulo Márcio. Direito e Estado. In. CRUZ, Paulo Márcio; ROESLER, Claudia Rosane (org.) **Direito & Argumentação no Pensamento de Manuel Atienza**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 133-183.

\_\_\_\_\_; FERRAJOLI, Luigi. **Jurisdicción y argumentación em el Estado constitucional de derecho**. México: Universidad Nacional Autónoma de Mexico, 2005.

\_\_\_\_\_; MELO, Oswaldo Ferreira de. Sobre o âmbito da Política Jurídica. In. CRUZ, Paulo Márcio; ROESLER, Claudia Rosane (org.) **Direito & Argumentação no Pensamento de Manuel Atienza**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 185-190.

\_\_\_\_\_; ROESLER, Claudia Rosane. Os Diversos enfoques da Teoria Contemporânea do Direito e a Passagem para uma Teoria Constitucional do Direito. In. CRUZ, Paulo Márcio; ROESLER, Claudia Rosane (org.) **Direito & Argumentação no Pensamento de Manuel Atienza**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 43-84.

\_\_\_\_\_; SILVA, Moacyr Motta da. Razão e Razoabilidade. In. CRUZ, Paulo Márcio; ROESLER, Claudia Rosane (org.) **Direito & Argumentação no Pensamento de Manuel Atienza**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 85-108.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Teoria do Direito e Decisão Racional. **Temas de teoria da argumentação jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CIRNE, Mariana Barbosa. A Lei Complementar 140/2011 e as competências ambientais fiscalizatórias. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 18, n. 72, p. 67-116, 2014.

DÍAS, Elías. Realismo crítico y filosofía del Derecho. Alicante, **Doxa**, Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 32, p. 91-118, 2009.

HIERRO, Liborio L. El imperio de la ley y la crisis de la ley. Alicante, **Doxa**, Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 19, p. 287-360, 1996.

LÓPEZ, Jesús Vega. Legislación, racionalidad y argumentación en Aristóteles. eSPANHA, Revista Iberoamericana de Argumentación – **RIA**, nº 13, p. 1-39, 2016.

PEIXOTO, Fabiano Hartmann; ROESLER, Claudia Rosane; BONAT, Debora. Decidir e Argumentar: racionalidade discursiva e a função central do argumento. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Curitiba, v. 61, n.3, p. 213-231, set/dez. 2016.

PERELMAN, C. e TYTECA L. O. **Tratado da Argumentação**. Tradução de Maria E. G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

REGLA, Josep Aguiló. **Sobre Derecho y argumentacion**. Palma: Lleonard Muntaber Editor, 2008.

\_\_\_\_\_. **El arte de la mediación. Argumentación, negociación y mediación**. Madrid: Trotta, 2015.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. Presupuestos de un modelo racional de legislación penal. Alicante, **Doxa**, Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 24, p. 485-524, 2001.

REIS, Isaac. Análise Empírico-Retórica do Discurso Constitucional: uma contribuição metodológica para a pesquisa de base em Direito. In: Conpedi/UFSC (org.). **Direito. Educação, Ensino e Metodologia Jurídicos**. Florianópolis: CONPEDI, p. 70-90, 2014.  
ROESLER, Claudia Rosane. Manuel Atienza na Filosofia Contemporânea do Direito. In. CRUZ, Paulo Márcio; ROESLER, Claudia Rosane (org.) **Direito & Argumentação no Pensamento de Manuel Atienza**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SARLO, Oscar. Algunas Observaciones Críticas al Trabajo de Enrique P. Haba. Alicante, **Doxa**, Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 33, p. 419- 428, 2010.

SHECAIRA, Fábio P.; STRUCHINER, Noel. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Rio de Janeiro: PUC Rio: Contraponto, 2016.

TOULMIN, Stephen. **Os usos do argumento**. Tradução de Reinaldo Guarani. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

WALDRON, Jeremy. **A Dignidade da Legislação**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. Public reason and “justification” in the courtroom. *Journal of Law, Philosophy and Culture*, n.1, Lincoln, spring 2007.

ZAPATERO, Virgilio. **El arte de legislar**. Cizur Menor: Aranzadi, 2009.

\_\_\_\_\_. Virgilio. De la jurisprudencia a la legislación. Alicante, **Doxa** Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, n. 15-16, p. 769-789, 1994.