

# TEORIA DA LEGISLAÇÃO E ARGUMENTAÇÃO LEGISLATIVA: A CONTRIBUIÇÃO DE MANUEL ATIENZA

Roberta Simões  
Nascimento

Advogada do Senado Federal (2009), Brasília, Distrito Federal, Brasil. Doutora cum laude em Direito pela Universidade de Alicante (2018) e Doutora e Mestre em Direito pela Universidade de Brasília (2018). Membro do Grupo de Pesquisa Retórica, Argumentação e Juridicidades (UnB). Professora voluntária na Universidade de Brasília (2019). bertasimoes@hotmail.com.

Recebido: abril 3, 2019

Aceito: : abril 22, 2019

## Theory of Legislation and Legislative Reasoning: Manuel Atienza's Contribution

### RESUMO

Uma das principais críticas que a teoria *standard* da argumentação jurídica recebe é falta de atenção dada às práticas legislativas. O momento da produção do direito é relevante? Como seria possível analisar uma argumentação legislativa? Como avaliá-la? Qual é o peso dos argumentos para o produto final, a lei? Na Espanha, Manuel Atienza, um dos primeiros autores a dar atenção ao tema, desenvolveu uma teoria da legislação que, com o passar o tempo, recebeu os elementos tendentes à formação do que se pode considerar a primeira teoria da argumentação legislativa. Para isso, o autor formulou cinco níveis ideais de racionalidade a serem alcançados pelas leis: (R1) racionalidade linguística ou comunicativa; (R2) racionalidade jurídico-formal ou sistemática, (R3) racionalidade pragmática, (R4) racionalidade teleológica, e (R5) racionalidade ética. Depois, acrescentou um nível transversal de meta-razionalidade: a razoabilidade. Em seguida, cruzou com as concepções formal, material e pragmática que marcam a sua teoria da argumentação jurídica. O objetivo do artigo é o de apresentar os desenvolvimentos teóricos de Manuel Atienza quanto à temática aos longo dos quase trinta anos em que vem estudando o tema, explicando os pontos fortes e as deficiências de sua teoria. Ao final, o presente trabalho propõe o aprofundamento de uma agenda de estudos mais ampla – a partir das ideias de Manuel Atienza e em resposta às críticas frequentemente lançadas à temática –, voltada para a promoção do giro argumentativo dentro do Poder Legislativo,

fomentando a cultura de legisladores argumentadores, bem como apontando outros elementos na análise e avaliação das decisões legislativas e das argumentações respectivas, o que poderá resultar na construção de leis mais racionais.<sup>1</sup>

**Palavras-chave:** Teoria da legislação; Argumentação legislativa; Racionalidade; Decisão legislativa.

## Abstract

One of the main criticisms that the standard theory of legal argumentation receives is the lack of attention given to legislative practices. Is the law-making moment relevant? How can a legislative reasoning be analysed? How to evaluate it? What is the weight of the arguments for the final product, the parliamentary laws? In Spain, Manuel Atienza, one of the first authors to give attention to the subject, developed a theory of legislation that, over time, received elements tending to build what can be considered the first theory of legislative reasoning. For that purpose, the author formulated five ideal levels of rationality to be achieved by the laws: (1) linguistic or communicative rationality, (R2) legal-formal or systematic rationality, (R3) pragmatic rationality, (R4) teleological rationality, and (R5) ethical rationality. Then he added a transversal level of meta-rationality: the reasonableness. After that, he crossed with the formal, material and pragmatic conceptions that mark his theory of legal argumentation. The purpose of this article is to present the theoretical developments made by Manuel Atienza on this subject during the almost thirty years he has been studying it, explaining the strengths and weaknesses of his theory. In the end, this paper proposes to deepen a broader study agenda – based on Manuel Atienza’s ideas and in response to the criticisms frequently made on the subject – aimed at promoting the argumentative turn in the Legislative Power, fomenting culture of argumentative legislators, as well as pointing out other elements in the analysis and evaluation of legislative decisions and their respective arguments, which may result in the construction of more rational parliamentary laws.

**Keywords:** Theory of legislation; Legislative reasoning; Rationality; Legislative decision.

## 1. INTRODUÇÃO

Há muito, Manuel Atienza insiste na crítica de que um dos principais déficits da teoria *standard* da argumentação jurídica é a desconsideração do fato de que não se argumenta somente no processo de

<sup>1</sup> Este artigo corresponde – com algumas poucas modificações – a trechos da tese de doutorado que realizei na Universidade de Alicante, em regime de cotutela internacional com a Universidade de Brasília. Agradeço ao parecerista da revista pelos comentários e sugestões oferecidas, além do tempo dedicado para a leitura do texto. Para mais detalhes da tese, confira-se: NASCIMENTO, 2018.

interpretação e aplicação do Direito, mas também no processo de seu estabelecimento, da sua produção<sup>2</sup>.

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

Nesse contexto, o objetivo do presente trabalho é o de apresentar os desenvolvimentos teóricos de Manuel Atienza na elaboração de uma teoria da argumentação legislativa. A partir da revisão bibliográfica da vasta obra do autor espanhol, extrai-se o fio condutor de sua teoria da argumentação legislativa, com o propósito de reconstruir e sistematizar suas ideias sobre o tema.

Metodologicamente, trata-se de uma pesquisa qualitativa, de análise documental, compreendendo a análise teórica do autor selecionado e de seus críticos mais destacados nesse assunto (Thomas Bustamante e José Luis Díez Ripollés), trabalhando analiticamente as principais questões teóricas encontradas. A análise do conteúdo das obras torna o trabalho exclusivamente teórico, de análise conceitual, sem prejuízo de alguns dados levantados a partir das práticas. Incursões empíricas, portanto, embora reconhecidamente importantes, não serão realizadas aqui.

## 2. VISÃO GERAL

Pouco tempo depois da obra seminal do GRETEL<sup>3</sup> – o *Grupo de Estudios de Técnica Legislativa*, que introduziu pela primeira vez a temática na Espanha –, em 1989, Manuel Atienza dedicou-se a contribuir para o desenvolvimento de uma teoria da legislação mais substantiva nos

<sup>2</sup> ATIENZA, 1990.

<sup>3</sup> GRETEL, 1986.

artigos *Sociología jurídica y ciencia de la legislación*<sup>4</sup> e *Contribución para una teoría de la legislación*<sup>5</sup>. Posteriormente, esses dois artigos, mais um terceiro trabalho sobre legislação (*Razón práctica y legislación*<sup>6</sup>), foram reunidos (com algumas pequenas adaptações) em forma de livro publicado em 1997 com o título *Contribución a una teoría de la legislación*<sup>7</sup>.

A despeito de esse livro ser a obra mais citada sobre o seu pensamento a respeito da legislação, reputa-se importante registrar que formulações de Atienza sobre a legislação são bastante anteriores à publicação do livro referido: ao serem de 1989 os seus primeiros artigos, entrevê-se o pioneirismo em sua abordagem, prévia à vasta onda de publicações sobre o tema a partir da década de 90 do século passado.

Além disso, importa alertar que o livro citado tampouco reúne todo o seu pensamento sobre a legislação, já que em publicações posteriores seguiu trabalhando o tema, notadamente nas críticas à teoria de Robert Alexy feitas no livro *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*<sup>8</sup>, de 1991; no capítulo sexto do livro *Tras la justicia*<sup>9</sup>, cuja primeira edição é de 1993; no artigo *Argumentación y legislación*<sup>10</sup>, de 2004; no livro *El derecho como argumentación*<sup>11</sup>, de 2006; no artigo *Sobre la nueva Ley de Reproducción Humana Asistida*<sup>12</sup>, de 2008; no seu *Curso de argumentación jurídica*<sup>13</sup>, de 2013; em algumas passagens de *Algunas tesis sobre el razonamiento judicial e Epílogo (abierto)*<sup>14</sup>, ambos publicados em 2017; e na conferência *A model for the analysis of legislative reasoning*<sup>15</sup>, apresentada no *International Workshop on Legisprudence Conceptions and misconceptions of legislation*, realizado na Universidade de Zaragoza, nos dias 23 e 24 de fevereiro de 2018.

<sup>4</sup> ATIENZA, 1989b, pp. 41-70.

<sup>5</sup> ATIENZA, 1989a, pp. 385-403.

<sup>6</sup> ATIENZA, 1991b, pp. 9-31.

<sup>7</sup> ATIENZA, 1997.

<sup>8</sup> ATIENZA, 1991a.

<sup>9</sup> ATIENZA, 2012, pp. 182-249. Nesse capítulo, Atienza analisa o procedimento legislativo que resultou na *Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España*. (Nacionales y extranjeros. Las (sin)razones de una discriminación.

<sup>10</sup> ATIENZA, 2004, pp. 89-112.

<sup>11</sup> ATIENZA, 2006.

<sup>12</sup> ATIENZA, 2008, pp. 4-9.

<sup>13</sup> ATIENZA, 2013.

<sup>14</sup> ATIENZA, 2017a, pp. 11-42, pp. 11-15; ATIENZA, 2017b, pp. 419-460, pp. 420-422.

<sup>15</sup> ATIENZA, 2018.

**Partindo das diversas abordagens até então existentes para o estudo da legislação, bem como dos seus problemas e limitações, Atienza logo revela a necessidade de articular os instrumentos da técnica legislativa *stricto sensu* com os outros objetivos do ordenamento jurídico para garantir a elaboração de leis mais racionais.**

Com isso, vê-se que Atienza voltou a tecer reflexões sobre o tema legislativo em diversas ocasiões e desenvolveu mais ideias que redundaram em uma teoria da argumentação legislativa. Assim, a correta compreensão de seu pensamento passa necessariamente por recompilar todos esses fragmentos, sem o que qualquer explicação sobre sua teoria da legislação será incompleta.

É bem verdade que tal fragmentação dificulta o estudo de suas ideias; entretanto, longe de ser um problema do autor, revela na verdade a complexidade do próprio tema, o qual vem sendo amadurecido por Manuel Atienza em todo esse tempo e, ainda que tangencialmente, tem permanecido presente entre as preocupações do autor. E é mais: esse é um indício da importância da questão legislativa, pois, se assim não fosse, o autor não seguiria dedicando-lhe mais linhas.

Feita essa explicação para justificar antecipadamente as referências feitas às (tantas) obras mencionadas – inclusive as repetidas, sempre que coincidentes – passa-se a reconstruir o pensamento do autor com o propósito de mostrar como foi evoluindo desde os escritos de 1989.

Partindo das diversas abordagens até então existentes para o estudo da legislação, bem como dos seus problemas e limitações, Atienza logo revela a necessidade de articular os instrumentos da técnica legislativa *stricto sensu* com os outros objetivos do ordenamento jurídico para garantir a elaboração de leis mais racionais.

### **3. A PRIMEIRA CONTRIBUIÇÃO: OS NÍVEIS DE RACIONALIDADE LEGISLATIVA**

Em *Sociología jurídica y ciencia de la legislación*<sup>16</sup>, aproveitando algumas ideias básicas lançadas pelo GRETEL – notadamente as distinções entre técnica legislativa e dogmática jurídica, as quais trata de relativizar –, Atienza estabelece sua noção do processo de produção de leis, a legislação, como (atividade consistente em) uma série de interações que tem lugar entre os seguintes elementos: editores, destinatários, sistema jurídico, fins e valores<sup>17</sup>. O produto dessas interações são as leis, as quais constituem o ponto de partida para a interpretação e aplicação do direito.

<sup>16</sup> ATIENZA, 1989b, pp. 41-70.

<sup>17</sup> ATIENZA, 1989b, pp. 41-70, p. 48.

Nesse contexto, fixando como premissa que um procedimento legislativo mais racional pudesse garantir um produto racional (a lei), propõe a racionalização da prática legislativa, a partir do desenvolvimento de cinco modelos (ideias ou níveis) “ideais” de racionalidade:

(R1) Racionalidade comunicativa ou linguística

(R2) Racionalidade jurídico-formal

(R3) Racionalidade pragmática

(R4) Racionalidade teleológica

(R5) Racionalidade ética

No nível de racionalidade R1 (comunicativa ou linguística), o emissor ou editor da norma deve ser capaz de transmitir com fluidez a mensagem da lei ao receptor ou destinatário. Se uma lei fracassa como ato de comunicação, é irracional no nível R1. Incrementar esse nível de racionalidade na legislação implica utilizar os conhecimentos procedentes da linguística, lógica, informática e psicologia cognitiva, por exemplo, para evitar as ambiguidades sintáticas, lacunas e incoerências que decorrem do caráter impreciso da linguagem (especialmente o uso das conjunções “e”, “ou”, das partículas “só”, “salvo”, etc.).

O ideal de racionalidade R2 (jurídico-formal) implica que a nova lei deve inserir-se em harmonia com o ordenamento jurídico. Essa exigência de sistematicidade opera de modo interno e externo: dentro da própria lei, para que não existam lacunas ou contradições na regulamentação do tema proposto; e externo à lei, em observação às regras e aos princípios já constantes do ordenamento jurídico. Aqui, pode-se dizer que os valores preponderantes seriam a segurança jurídica e a supremacia da Constituição. Nesse nível, então, uma lei será irracional se contribuir para a corrosão da estrutura do ordenamento jurídico, o que pode acontecer pela não observância de princípios já estabelecidos pelo ordenamento, pela inserção de novos critérios alheios à lógica respectiva ou simplesmente pela derrogação ou remissão equivocadas, por exemplo.

Aumentar a racionalidade da atividade legislativa nesse nível significa melhorar a “técnica jurídica” a partir da elaboração de uma série de diretrizes legislativas, bem como a “profissionalização” da redação normativa, com o estabelecimento de setores especializados

nos órgãos da Administração encarregados (Poder Legislativo e Ministérios, sobretudo). De acordo com Atienza, isso exige os conhecimentos da dogmática jurídica, do direito comparado, da teoria geral do direito e também da lógica jurídica<sup>18</sup>.

A racionalidade R3 (pragmática) tem por objetivo que a conduta dos destinatários se adeque às prescrições da lei. Trata-se da chamada eficácia social da lei, o que faz com que a lei seja obedecida espontaneamente e se converta “Direito em ação”<sup>19</sup> (eficaz). Desse modo, no nível de racionalidade R3, será irracional a lei que fracasse como diretiva destinada a influenciar o comportamento social. As técnicas para incrementar a racionalidade pragmática vêm da ciência política, da psicologia e, sobretudo, da sociologia, e passa por proporcionar, por exemplo, estímulos adequados, sanções eficazes, viabilidade administrativa, financeira, entre outras.

Na racionalidade R4 (teleológica), a lei deve alcançar os fins sociais perseguidos. Para lograr esse nível de racionalidade, deve-se conceber o Direito do ponto de vista funcional, o ordenamento jurídico como um meio para conseguir certos fins. Esses fins são os mais diversos e variam no tempo e de acordo com o contexto e o estágio de evolução social. Reduzir as desigualdades sociais, promover eficiência econômica, aumentar o nível de educação da população, melhorar as condições sanitárias, gerar mais empregos, por exemplo, são possíveis fins a serem alcançados pela legislação. Uma lei será irracional do ponto de vista teleológico, portanto, quando deixa de produzir os fins desejados pela lei ou termina por originar efeitos não previstos (independentemente de serem desejados ou não, sendo este último caso ainda pior).

<sup>18</sup> Os estudos originários do GRETEL limitavam-se a esses dois níveis de racionalidade (R1 e R2) e é o que costuma acontecer com a maioria das obras de técnica legislativa.

<sup>19</sup> A distância entre o “Direito nos livros” e o “Direito em ação” foi apresentada pela primeira vez por Roscoe Pound em 1910 no artigo seminal *Law in books and law in action* (publicado na *American Law Review*, n. 44, pp. 12-36). Com essa imagem, Pound quis chamar a atenção para a diferença que há entre as regras que abstratamente normatizam as relações (o direito que está nos livros) e as normas que efetivamente governam os homens, o direito que se desdobra na vida real (o direito em ação). Em outra metáfora, Pound exemplifica que o direito distante da vida real lembra o escritor a quem se encomendou que escrevesse sobre metafísica chinesa e que recolheu material para o seu texto lendo na Enciclopédia Britânica os verbetes “China” e “metafísica”. Sustenta que não é possível construir uma Ciência do Direito sem essa conexão com a realidade concreta, com como o Direito vem sendo aplicado e como funciona atualmente. Defende que alcançar a justiça passa por suprimir (ou ao menos reduzir) a distância entre “Direito nos livros” e o “Direito em ação”. Essas ilustrações se encaixam perfeitamente para explicar qual deve ser a preocupação da atividade legislativa: harmonizar o “Direito nos livros” e o “Direito em ação”, promover o ajuste do Direito às circunstâncias concretas, reais, para efetivamente promover os interesses sociais.

Registra-se aqui que não se trata simplesmente da eficácia social da lei (R3), pois a lei pode ser cumprida por seus destinatários, mas simplesmente não alcançar os objetivos que perseguia. Nesse sentido, a falta de eficácia da lei é um problema não de cumprimento, mas de definição de quais são os meios (os conteúdos normativos) idôneos para lograr os fins sociais determinados, o que também é distinto da falta de clareza ou indefinição dos objetivos. Incrementar a racionalidade teleológica envolve aplicar conhecimentos oriundos da sociologia do direito, análise econômica do direito, teorias da implementação, etc.

Por fim, como o fato de o Direito perseguir fins (R4) não necessariamente significa que esses fins sejam legítimos, tem-se que à luz da racionalidade prescrita em R5, as condutas prescritas e as finalidades das leis pressupõem valores que seriam suscetíveis de justificação ética. Em cada contexto, os fins teriam pesos diferentes e estariam sujeitos a uma avaliação dentro do sistema ético – por exemplo, têm mais valor os fins de liberdade, dignidade, igualdade, segurança e justiça.

Do ponto de vista de R5 (racionalidade ética), uma lei será irracional se não está justificada eticamente ou se foi editada por quem carece de legitimidade ética – seja porque prescreve comportamentos imorais (ou deixa de prescrever o que seria moralmente obrigatório), seja porque persegue fins ilegítimos. Diferentemente dos outros níveis de racionalidade, não há uma técnica legislativa para incrementar R5, que acaba desempenhando uma função mais negativa que positiva. Sem prejuízo, podem ser grandes os aportes da filosofia do direito, da moral, da política e da própria sociologia do direito, para revelar quais são os valores socialmente vigentes (predominantes no cenário) e quais teorias permitem a adequada interpretação das finalidades jurídicas.

Observe-se que tal racionalidade ética não costuma figurar nos estudos sobre a legislação. Note-se, ainda, que, embora a Constituição condense diversas ideias morais vigentes na sociedade, não oferece respostas para todas as questões morais, inclusive porque eventualmente pode conter normas que não se justificariam à luz de uma moral crítica ou esclarecida<sup>20</sup>.

<sup>20</sup> ATIENZA, 2012, p. 230. Atienza dá como exemplo a discussão em torno do artigo 14 da Constituição espanhola – de acordo com o qual “os espanhóis são iguais perante a lei” – que não garantiria, conforme a argumentação do Tribunal Constitucional, a igualdade entre espanhóis e estrangeiros. A crítica vai no sentido de que, se bem é verdade que literalmente a norma não garante a igualdade, sua interpretação à luz dos outros valores do ordenamento e à luz da moral jamais poderia sustentar um tratamento diferenciado.



**Atienza propõe um esquema que ajuda a analisar a eficácia e os efeitos sociais das leis, ou seja, o alcance dos níveis de racionalidade R3 e R4. Isso, a partir das perguntas como: A lei é cumprida por todos os destinatários? Isso é o desejável pelo editor? A lei tem efeitos avaliáveis? Eram os efeitos declarados na lei? Foram previstos pelo editor? São positivos (desejáveis ou não)?**

Atienza propõe um esquema que ajuda a analisar a eficácia e os efeitos sociais das leis, ou seja, o alcance dos níveis de racionalidade R3 e R4. Isso, a partir das perguntas como: A lei é cumprida por todos os destinatários? Isso é o desejável pelo editor? A lei tem efeitos avaliáveis? Eram os efeitos declarados na lei? Foram previstos pelo editor? São positivos (desejáveis ou não)?<sup>21</sup>

Especificamente quanto à irracionalidade teleológica, o citado esquema ajuda a revelar os diversos casos dessa natureza. Para Atienza, o uso simbólico do Direito (situações nas quais não se pretende o real cumprimento das leis editadas) não é considerado um problema de irracionalidade, apesar de titubear apontando uma possível incompatibilidade com R5. Na sua ótica, o que é realmente problemático é o uso frustrado do Direito: as leis foram estabelecidas com o propósito de serem cumpridas, mas os destinatários simplesmente não o fazem, por causas diversas. Tais razões podem ser de tipo subjetivo (falta de motivação, por exemplo) ou objetivo (falta de cobertura financeira ou organizativa).

Ainda tratando desse tema, explica que as leis podem ter dois tipos de funções ou finalidades: as manifestas, declaradas no preâmbulo e ressaltadas nas discussões parlamentares; e as latentes, sejam as ocultadas de propósito, sejam as eventualmente silenciadas pelos seus autores (porque não teriam consciência de sua importância)<sup>22</sup>. Revelar as verdadeiras finalidades por trás das que são declaradas é tarefa difícil e nem sempre possível, pois implicaria conhecer informações imprecisas ou que nem sempre estão à disposição. Contrastar o conteúdo do preâmbulo com os efeitos sociais efetivamente verificados pode dar uma pista, embora sirva mais como critério de interpretação e avaliação crítica da lei.

Atienza mostra-se realista ao afirmar que não só não é fácil, mas na verdade talvez seja impossível satisfazer todos os níveis ao mesmo tempo (e às vezes, sequer em separado)<sup>23</sup>. E as situações em que há conflitos entre os níveis de racionalidade devem ser resolvidas dando prioridade aos superiores, ou seja, os níveis de racionalidade

<sup>21</sup> ATIENZA, 1989b, p. 61; ATIENZA, 1997, p. 43.

<sup>22</sup> ATIENZA, 2012, p. 226. Atienza cita o exemplo da Ley Orgánica 7/1985 (Ley de Extranjería), cuja verdadeira finalidade seria a de impedir a imigração ilegal, não a de assegurar direitos e liberdades aos estrangeiros.

<sup>23</sup> ATIENZA, 1989, p. 387; ATIENZA, 1997, p. 56.

mais básicos (R1 e R2, linguística e jurídico-formal), por exemplo, estão subordinados aos níveis de racionalidade mais elevados (R3 e R4, racionalidade pragmática e teleológica)<sup>24</sup>. O exemplo seria o de uma lei obscura ou imprecisa (com má redação ou com déficit do ponto de vista de R1) com o propósito de alcançar aprovação e consequente eficácia social (preponderância de R3 e R4). É dizer, a racionalidade linguística cede espaço, pois tal lei hipotética seria um meio para alcançar racionalidade pragmática ou teleológica.

Com efeito, a esses cinco níveis de racionalidade, depois acrescentou um nível de meta-racionalidade – que poderia ser referido por “R6” (embora o próprio autor não o tenha feito em seu modelo) –, qual seja a “razoabilidade”, assim entendida a exigência de que exista um equilíbrio na concretização das finalidades (racionalidades) anteriores, de maneira que o eventual sacrifício a algum dos fins deveria ser feito a um “custo razoável”<sup>25</sup>. Embora guarde alguma aproximação, deve-se registrar que a razoabilidade legislativa referida pelo autor não se confunde com a noção de eficiência. Na verdade, assemelha-se mais a uma ideia de proporcionalidade. Esse importante ponto será retomado na sequência.

Para Atienza, a racionalidade da argumentação jurídica – na interpretação e aplicação do Direito – exige um mínimo de racionalidade legislativa. Seu pensamento é o de que a jurisdição e a legislação são dois momentos de um mesmo processo. A racionalidade jurídica, assim, teria caráter unitário, e se aplica tanto à produção, quanto à aplicação do Direito. Especificamente sobre a legislação, sua preocupação é com a construção de uma teoria que tenha o propósito não só de descrever, mas também de explicar e propor procedimentos que incrementem a racionalidade da prática legislativa existente (caráter descritivo e prescritivo ao mesmo tempo).

#### **4. O PASSO ADIANTE: A ARTICULAÇÃO COM A PERSPECTIVA ARGUMENTATIVA**

O pensamento de Manuel Atienza sobre a legislação foi completado no artigo *Argumentación y legislación*<sup>26</sup>, de 2004. Diferentemente das abordagens anteriores – concebendo a racionalidade legislativa

<sup>24</sup> ATIENZA, 1989, p. 389; ATIENZA, 2012, p. 224.

<sup>25</sup> ATIENZA 2004, p. 100; ATIENZA, 2013, p. 715.

<sup>26</sup> ATIENZA, 2004, pp. 89-112.

como uma estrutura articulada em cinco níveis de racionalidade, que servem tanto como ideais normativos, quanto como critérios para a avaliação do produto da atividade legislativa –, é nesse artigo mais recente que acrescenta o nível de meta-racionalidade (a “razoabilidade”), apontado antes, a permear todos os demais níveis de racionalidade (e etapas do processo legislativo). Aqui também é a primeira vez que passa a focar a legislação a partir da perspectiva da argumentação jurídica. Nesse sentido, Atienza se propõe a refletir sobre parâmetros de como analisar e avaliar uma argumentação legislativa e como argumentar no contexto da elaboração legislativa.

Parte da afirmação de que a argumentação levada a cabo pelos órgãos políticos (com caráter de assembleia) está fora do alcance da expressão “teoria da argumentação jurídica”, de maneira que os instrumentos conceituais dessas teorias desenvolvidas nas últimas décadas não podem ser utilizados para dar conta da argumentação legislativa.

Para demonstrar, explica as diferenças dos contextos institucionais da produção legislativa e da aplicação judicial do direito, contrastando as figuras ideais de um juiz e de um legislador. De um lado, coloca os primeiros como funcionários independentes; sem responsabilidade política; que desenvolvem suas funções de maneira estável; e especialistas em Direito. De outro, os legisladores como representantes de algum setor, classe social ou ideologia; sem independência em relação aos partidos políticos que integram e à opinião pública em geral; que desenvolvem suas funções de modo ocasional; e sem que lhes seja exigida qualquer formação específica (não precisam ser juristas). Desses diferentes *status* profissionais decorrem diferentes deveres funcionais: os juízes estão sujeitos aos princípios da imparcialidade, independência e à obrigação de motivar suas decisões, ao passo que os legisladores não estão submetidos a tais obrigações; espera-se tão somente coerência ideológica, alguma disciplina e habilidade para levar a cabo os objetivos fixados (fins sociais). De fato, como as leis visam a transformar a realidade, não precisam ser consistentes.

Para Atienza, considerando a composição e a organização do Poder Judiciário e do Poder Legislativo, também existem diferenças substanciais. A organização judiciária está desenhada para, ao menos na maioria das vezes, alcançar-se o consenso, o que seria contribuído

pela homogeneidade dos membros, a hierarquia e o sistema de recursos que uniformizam as opiniões. De forma radicalmente diferente, as legislaturas são órgãos compostos por centenas de membros, tendo sido desenhadas para gerir o dissenso; de modo que se espera que sejam capazes de chegar a acordos razoáveis – dentro dos limites do discurso racional – por intermédio de negociações e compromissos que garantem as decisões legislativas. Por fim, outra diferença está relacionada à possibilidade de escolha das questões sobre as quais cada órgão terá que se pronunciar: enquanto o Judiciário carece dessa iniciativa – prevalecendo o chamado princípio dispositivo ou da inércia (*ne procedat iudex ex officio*) como garantia da imparcialidade do julgador –, o Legislativo a tem com ampla liberdade.

Para facilitar a visualização, tais diferenças poderiam ser esquematizadas no quadro a seguir:

Juízes	Legisladores
São funcionários independentes (é vedada a filiação partidária)	São filiados a partidos políticos
Não têm responsabilidade política	Estão submetidos a eleições periódicas
Gozam de estabilidade	Cumprem mandatos
São especialistas em Direito	Não se lhes exige formação específica
São imparciais	Representam interesses de seus eleitores
Decisões pautadas no Direito	Decisões pautadas na ideologia
São obrigados a motivar suas decisões	Em geral não se lhes exige tal motivação
Atuação unipessoal ou colegiada (tribunais)	Atuação em órgãos numerosos
Poder Judiciário	Poder Legislativo
Está desenhado para alcançar o consenso	Está desenhado para gerir o dissenso
Homogeneidade dos membros (pela escassa diversidade de perfis)	Heterogeneidade dos membros (pelo caráter plural da representação do povo)
Rigorosa hierarquia do sistema	Maior flexibilidade (inclusive para acordos <i>ad hoc</i> para superação dos regimentos em matéria de procedimentos, especialmente)

Sistema de recursos para uniformização	Compromissos e negociações para a decisão
Não pode escolher os temas apreciados	Pode escolher os temas apreciados

#### Tipo de raciocínio que predomina

Subsunção com base nas normas vigentes	Raciocínio prático
Decisão voltada para o passado	Decisão orientada ao futuro
Ponderação (estabelecer prioridades) em caráter excepcional	Ponderação (concretizar fins constitucionais)
Resposta correta ao caso concreto (ao menos como ideal regulativo)	Grande discricionariedade na legislação
A coerência é critério importante	A coerência tem papel mais fraco
Finalidade: cumprir o Direito (objetivos internos)	Finalidade: usar o Direito para alcançar fins sociais (objetivos externos)

#### Natureza da decisão

Decisões fechadas (orientadas ao sistema jurídico, a uma única resposta correta)	Decisões abertas (orientadas ao sistema social, com várias respostas possíveis)
Critérios de correção internos ao Direito	Sem critérios de correção fortes

#### Tipos de argumentos predominantes

Dedutivos; silogismos subsuntivos; argumentos <i>a pari</i> ; <i>a contrario</i> ; <i>ad absurdum</i> ; argumentos quase lógicos.	Indutivos; argumentos baseados em conexões de causalidade; baseados na estrutura do real; pragmático; meios-fins.
---	---

#### Características da argumentação judicial x legislativa

Obedece a um esquema classificatório.	Esquema meios-fins e de ponderação.
Responde a perguntas como: se ocorreu um fato x; se x pertence à categoria X; como se define a classe X; quais são os efeitos que surgem de que x pertença a X.	Responde a perguntas como: como se descreve o estado de coisas considerado problemático; como se explica a situação (causas); que medidas poderiam ser tomadas; quais são as finalidades a alcançar; qual é o ajuste razoável desses fins.

Justificação da decisão tomada em um caso concreto (no passado)	Justificação de normas gerais de aplicação a casos genéricos (no futuro)
Aspecto dialético oculto	Aspecto dialético acentuado
Justificação formal de presença obrigatória	Inexistência de obrigação em justificar
Persuasão acessória e ausência de problema se a argumentação judicial não resulta persuasiva	Persuasão predominantemente voltada à opinião pública e aos eleitores (remota possibilidade em relação à força antagônica no próprio Parlamento)

*Fonte: autoria própria, a partir dos escritos de Manuel Atienza com o intuito de esquematizá-los*

Atienza prossegue esclarecendo que tais diferenças não conduzem à concepção de que a racionalidade legislativa seja de categoria inferior à racionalidade judicial, mas sim que é muito mais complexa pelas razões institucionais expostas acima. Essa constatação ajuda a explicar por que argumentos iguais podem ter pesos muito diferentes conforme sejam emitidos pelo Poder Legislativo, Judiciário ou por outras instâncias jurídicas – por exemplo, o argumento de que determinada norma é inconstitucional pode não ter valor para impedir sua aprovação no Legislativo, ao passo que no Judiciário poderia conduzir a anulação de seu cumprimento ou à própria expulsão do ordenamento jurídico (com declaração de inconstitucionalidade).

Assim, como já é possível perceber, a concepção do autor, estruturada em cinco níveis de racionalidade (e um de meta-racionalidade), não oferece os critérios suficientes para avaliar a força de cada argumento no âmbito do Legislativo<sup>27</sup>. Como mais adiante isso ficará claro, a avaliação é muito mais contexto-dependente.

Após a recapitulação das três concepções nas quais vê a argumentação (formal, material e pragmática), Atienza dedica-se a conectá-las com as características da legislação. Considera que a análise da argumentação legislativa exige um esquema que dê conta da existência de diversos atores que efetuam diversas “jogadas” (atos de linguagem de caráter argumentativo) em diversos momentos. Daí que o peso argumentativo não se concentra tanto no produto do processo legislativo, mas na atividade como um todo, nas fases

<sup>27</sup> ATIENZA, 2012, p. 225.

pré-legislativa, legislativa e pós-legislativa. Desse modo, a análise da argumentação pode ser feita em cada um desses momentos ou, conforme o caso, a partir da argumentação levada a cabo por um interveniente.

Em todas essas situações, para Atienza, a argumentação legislativa poderia ser tomada como uma atividade dirigida a dar resposta aos questionamentos gerados por cada um dos níveis de racionalidade, o que permitira elaborar uma tipologia de argumentos legislativos a partir das seguintes perguntas:

- a) A lei em questão tem forma linguisticamente adequada? (Está assegurada sua comunicabilidade?)
- b) É sistemática? (Abstém-se de criar lacunas e contradições?)
- c) É eficaz? (É possível prever o cumprimento por seus destinatários?)
- d) É efetiva? (Seriam alcançados os objetivos planejados?)
- e) É axiologicamente adequada? (Está de acordo com os princípios constitucionais e outros critérios morais pertinentes?)
- f) É eficiente? (Alcança os objetivos anteriores a um custo satisfatório?)<sup>28</sup>

Aqui convém um alerta. Essas são perguntas críticas que, desde uma perspectiva analítica, podem nortear a análise, muito embora, repita-se, é necessário olhar atentamente para os contextos e constrangimentos para analisar e avaliar a lei. É que o convencionalmente chamado contexto da descoberta imprime fortes condicionantes à argumentação legislativa. Embora o autor não aprofunde esse ponto, é fato que o tempo, o espaço, os atores, entre outros elementos circunstanciais, podem alterar radicalmente a compreensão do contexto de justificação quanto a uma potencial “irracionalidade”.

Em seguida, a avaliação dos argumentos legislativos passaria por distinguir os argumentos bons, os maus, os falaciosos, bem como atribuir-lhes em cada caso um maior ou menor peso justificativo ou efeito persuasivo, sendo certo que tais critérios podem variar

<sup>28</sup> ATIENZA, 2004, p. 105.

**No Legislativo, a dialética permeia todo o debate e a persuasão – ainda que predominantemente voltada para fora (opinião pública e eleitores), porquanto seja muito difícil a persuasão propriamente dita dos antagonistas (demais parlamentares) – joga um papel muito importante.**

a depender da fase analisada (se pré-legislativa, legislativa ou pós-legislativa), bem como da fonte da argumentação sob análise (se os próprios órgãos legislativos, comissões ou plenário, os cidadãos através dos meios de comunicação ou os dogmáticos do direito, por exemplo). Isso porque, do ponto de vista argumentativo, cada uma das fases legislativas tem características próprias, o papel assumido pelos participantes é diferente, o que também ocorre com os objetivos a alcançar, os destinatários da argumentação, etc. No entanto, nem mesmo o próprio Manuel Atienza esclarece como atribuir “peso” aos argumentos.

Com efeito, considerando a perspectiva formal, Atienza explica que a argumentação legislativa tem por característica raciocínios baseados em relações de causalidade, seguindo esquemas de tipo indutivo. Usando a classificação de argumentos de Perelman e Olbrechts-Tyteca<sup>29</sup>, predominam no Legislativo argumentos baseados na estrutura do real, que estabelecem nexos causais, o argumento pragmático, o argumento meio-fim. Nesse contexto, a avaliação da argumentação legislativa equivale à da argumentação judicial.

Já do ponto de vista material, tal exame passa por considerar mais peculiaridades da argumentação legislativa, notadamente que está dirigida para justificar normas gerais que serão aplicadas no futuro e que geralmente contempla casos genéricos – em contraposição à argumentação judicial, por exemplo, que costuma justificar uma decisão tomada em um caso concreto, usando as normas já estabelecidas, etc.

Da mesma maneira, a avaliação a partir da perspectiva pragmática exige sopesar os aspectos dialéticos e retóricos da argumentação legislativa, cuja presença é detectada de modo acentuado, diferentemente do que se vê na argumentação judicial (na qual o aspecto dialético é ocultado e não há qualquer obrigação de persuasão). No Legislativo, a dialética permeia todo o debate e a persuasão – ainda que predominantemente voltada para fora (opinião pública e eleitores), porquanto seja muito difícil a persuasão propriamente dita dos antagonistas (demais parlamentares) – joga um papel muito importante.

<sup>29</sup> PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2002.



Na opinião de Atienza, esse aspecto retórico da argumentação legislativa traria elementos de “irracionalidade”, em suas próprias palavras<sup>30</sup>. Para ele, a dinâmica política afastaria a argumentação legislativa do discurso crítico racional, na medida em que para alcançar acordos com outras forças, grupos de interesse, etc., recorre-se sobretudo à negociação, e, para obter a aceitação popular, lança-se mão de *slogans* propagandísticos e outras técnicas publicitárias, em detrimento dos argumentos de caráter “racional”<sup>31, 32</sup>.

Aponta, ainda, outros “defeitos” que trazem elementos de irracionalidade à argumentação legislativa, embora os considere inevitáveis: o tempo de discussão é e deve ser limitado; as informações disponíveis também são limitadas; a participação dos cidadãos e grupos interessados é restrita; nem sempre os parlamentares se movem pelo interesse público, às vezes se guiam por interesses partidários, por exemplo, e mesmo quando atuam com independência, há a questão ideológica<sup>33</sup>.

Entretanto, em sua opinião, há aspectos que, sim, poderiam ser corrigidos. Tomando em consideração o sistema espanhol, menciona uma possível reforma institucional no Senado e a modificação do direito parlamentar para: a) dar mais protagonismo ao debate no plenário, em lugar das comissões – pois nessas últimas não participariam todos os parlamentares, especialmente os dos grupos minoritários; b) acabar com a prática da disciplina de voto – porque conduz à desconsideração das razões envolvidas –, o que talvez exigisse a modificação das regras do sistema eleitoral (Atienza sugere o fim das listas fechadas e adoção do sistema distrital)<sup>34</sup>.

<sup>30</sup> ATIENZA, 2004, p. 109.

<sup>31</sup> ATIENZA, 2004, p. 109.

<sup>32</sup> Sem prejuízo da visão de Atienza, a grande questão é que, sem tais “elementos de irracionalidade da política”, não se pode compreender em sua inteireza a argumentação desenvolvida no âmbito do Poder Legislativo. É dizer, não é possível isolá-los do seu contexto, sob pena de serem deixados de lado aspectos importantes que explicam muito da lógica legislativa. Nesse sentido, pode ser de grande utilidade a explicação de como atua a publicidade política (neuropropaganda). Na medida em que representa, antes de tudo, uma estratégia de distribuição da mensagem desejada – de forma análoga à operada pela retórica, mas cuja diferença consiste no uso de conhecimentos advindos da neurociência – fazendo uso das emoções e do processamento inconsciente da comunicação para influenciar a opinião e o comportamento dos cidadãos e eleitores.

<sup>33</sup> ATIENZA, 2012, p. 217.

<sup>34</sup> ATIENZA, 2012, p. 218.

No que diz respeito ao último item a que Atienza se propunha desenvolver, consistente em como argumentar no contexto da legislação, mais uma vez registra a necessidade de considerar a fase, a fonte e o contexto da argumentação (se seria um publicitário, um cientista social, um jurista, um político no Parlamento, etc.). A recomendação vai no sentido de aproveitar as fases tradicionais de produção do discurso judicial (*inlectio, inventio, dispositio, elocutio, memoria e actio*) ou distinguir suas partes (*exordio, narratio, argumentatio e peroratio*), adaptando no que for necessário às peculiaridades do discurso deliberativo que representa a argumentação legislativa – o que passa por fazer uso de argumentos pragmáticos, meio-fim, bem como lançar mão de razões em prol dos níveis de racionalidade já mencionados.

Atienza parece considerar também legislativa uma argumentação levada a cabo por um jurista dogmático<sup>35</sup>. Isso, a despeito das peculiaridades que revestiriam tal argumentação – bastante distintas do que caracteriza o contexto legislativo –, notadamente a independência quanto ao que chamou “leis da política” e a notável preocupação quanto à interpretação e aplicação do direito. Embora a uma primeira vista essa ideia resulte incompatível (inclusive com sua própria ideia de legislação-atividade<sup>36</sup>), tem-se a impressão de que seu propósito foi o de estender os níveis de racionalidade aplicáveis à legislação ao que se conhece simplesmente como raciocínio *de lege ferenda*, é dizer, é dizer, às recomendações que se reputam convenientes considerar em uma possível atuação legislativa para modificar o tratamento de determinada matéria tal como posto no direito positivo, isto é, *de lege lata*.

Em 2006, no livro *El Derecho como argumentación*<sup>37</sup>, Atienza retoma o tema da legislação (atividade), não sob a forma de um capítulo específico, mas em passagens diversas ao longo do livro, de maneira praticamente inseparável da apresentação que faz de seu enfoque argumentativo do Direito. Ao conceber o Direito como um processo integrado por fases, momentos ou aspectos da atividade, a legislação

<sup>35</sup> ATIENZA, 2012, p. 110.

<sup>36</sup> Recorde-se que o autor considera a legislação – o processo de produção das leis – como uma série de interações que têm lugar entre elementos distintos: editores, destinatários, sistema jurídico, fins e valores. (ATIENZA, 1989b, p. 48; ATIENZA, 1989a, p. 385; ATIENZA, 1997, p. 24).

<sup>37</sup> ATIENZA, 2006.

(como momento de produção do Direito) passa a fazer parte da prática argumentativa no Estado constitucional cujo avanço igualmente conduz à limitação do poder do legislador, que deve justificar-se de forma mais exigente<sup>38</sup>.

Entrevê-se seu pensamento sobre a legislação inclusive através dos exemplos que dá ao longo do livro. Ao abordar o raciocínio jurídico como raciocínio prático e colocar o Direito como técnica de controle social, cujo raciocínio deve estar voltado para a ação, e não ao conhecimento, ilustra com a argumentação legislativa que se dirige ao estabelecimento de normas com determinados conteúdos para alcançar determinados objetivos<sup>39</sup>. Explica que mesmo o raciocínio teórico dos legisladores (ao constatar a existência de um problema social, analisar suas causas, prever consequências de uma não atuação, de editar uma lei com determinado conteúdo) está a serviço da tomada de decisões legislativas e se insere em argumentações mais amplas de caráter prático<sup>40</sup>.

O autor também destaca a natureza instrumental da argumentação legislativa. Para Atienza, na maioria das ocasiões, trata-se de mostrar que, se for estabelecida uma lei com determinado conteúdo, então serão alcançados determinados objetivos, os quais deverão responder a necessidades sociais e ser conformes as normas e os valores constitucionais. Problematiza, ainda, explicando que na argumentação legislativa é frequente a discussão sobre quais são os verdadeiros objetivos perseguidos pela nova lei (conscientemente queridos ou que serão produzidos, ainda que indesejados), pois disso depende que a medida esteja justificada ou não<sup>41</sup>. Essa tarefa, característica do legislador, é nada mais que a ponderação legislativa, para Atienza<sup>42</sup>.

Com isso, revela o caráter complexo da argumentação no âmbito do Legislativo, pois consistente tanto no esquema finalístico (quais meios normativos são aptos para alcançar os fins), quanto na ponderação referente a quais fins, entre os diversos princípios e valores do sistema jurídicos, devem ser contemplados.

<sup>38</sup> ATIENZA, 2006, p. 17, 33.

<sup>39</sup> ATIENZA, 2006, p. 197.

<sup>40</sup> ATIENZA, 2006, p. 198.

<sup>41</sup> ATIENZA, 2006, p. 202.

<sup>42</sup> ATIENZA, 2006, p. 226.

Sem prejuízo, Atienza repete sua opinião no sentido de que não existem as condições ou pressupostos do diálogo racional na argumentação produzida nos contextos legislativos<sup>43</sup>.

## 5. A APLICAÇÃO DO MODELO DE ANÁLISE EM ARGUMENTAÇÕES CONCRETAS

No artigo *Sobre la nueva Ley de Reproducción Humana Asistida*<sup>44</sup>, de 2008, o autor volta a usar suas “ferramentas” para analisar a *Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida* (embora o próprio autor não tenha fornecido o número em seu texto).

Meditando que as leis em geral podem ser avaliadas a partir de diversos prismas, faz algumas perguntas (que parece considerar serem as mais importantes para a avaliação das leis): 1) quais são os objetivos da lei? 2) há objetivos ou resultados não declarados (queridos ou não pelo “legislador”)? 3) estão justificados de acordo com os valores socialmente dominantes, com os princípios constitucionais ou com os de uma determinada concepção da ética? 4) são os con-

<sup>43</sup> Nas suas palavras, no original: “Pues bien, aunque sea en cierto modo acertado considerar que el diálogo racional o la discusión crítica constituye el centro de una concepción dialéctica de la racionalidad, ése es un juicio que tiene que ser matizado. Y tiene que serlo, simplemente, porque hay muchos contextos de la vida social (y jurídica) en los que no parece que se den las condiciones o los presupuestos para que puedan aplicarse las reglas de ese tipo de diálogo. Las argumentaciones que llevan a cabo los abogados o las argumentaciones que se producen en contextos legislativos (por ejemplo, en el interior de un parlamento) son ejemplos claros de ello. Considerarlas como formas deficitarias de argumentación quizás no resulte (o no resulte siempre) satisfactorio. Quiero decir que puede estar justificado criticar la forma de argumentar de los abogados o de los parlamentarios, en la medida en que las mismas no cumplen los requisitos que deberían cumplir las argumentaciones en esos contextos institucionales, pero no estaría justificado (no tendría sentido) ver como una deficiencia, por ejemplo, el que esas argumentaciones tengan un sesgo “partidista”, porque eso supondría tanto como negar que se trata de juegos argumentativos legítimos, de prácticas sociales legítimas: un abogado imparcial es tan inconcebible (conceptualmente hablando) como un juez parcial.

*En mi opinión, es posible conciliar una postura realista, consistente en reconocer que hay otras formas también racionales de argumentación dialéctica, con atribución de cierta prioridades al discurso racional: bastaría para ello con que el diálogo racional permitiera justificar (como creo que lo permite) la existencia de otros juegos dialécticos: las reglas que rigen estos últimos no pertenecen al discurso crítico racional, sino que pueden justificarse a partir de él, lo que es muy distinto. Se trata, así pues, de un punto de vista que no coincide con el que defiende Alexy cuando afirma que la argumentación jurídica en sus diversos contextos (no sólo la argumentación judicial, sino también la de los abogados o la legislativa) es un caso especial de la argumentación práctica racional. Esa tesis parece suponer que las reglas del discurso práctico racional definen una especie de superjuego que contiene – en forma muy abstracta – a todas las reglas de los otros juegos argumentativos. Lo cual supone adoptar una postura excesivamente idealizada y que no permite un análisis, una evaluación y un desarrollo adecuado de las argumentaciones que tienen lugar en muchos contextos jurídicos y sociales” (ATIENZA, 2006, pp. 269-270).*

<sup>44</sup> ATIENZA, 2008, pp. 4-9.

**Como já se pode ir vendo, é uma constante dos textos de Atienza a repetição de que as discussões legislativas não se enquadram no chamado “diálogo racional”, o que poderia ser interpretado como um certo ceticismo do autor para com as possibilidades de melhoria das práticas legislativas.**

teúdos da lei (as obrigações, proibições e permissões que contém) assim como as instituições que cria adequadas para alcançar esses objetivos? 5) existem incentivos (sanções positivas ou negativas) e recursos (por exemplo, financeiros) que possam assegurar a eficácia da lei? 6) deixa a lei vazios e/ou cria contradições ou, ao contrário, regula tudo o que pretende regular e o faz de forma harmônica, tendo em vista o conjunto do articulado e o resto do ordenamento jurídico? 7) está, finalmente, redigida de maneira que a mensagem de suas normas resultem razoavelmente precisa e seja compreensível aos seus destinatários – diretos e indiretos – de forma que não dê lugar a problemas interpretativos que poderiam ser evitados?

Atienza passa, então, a discorrer especificamente sobre a lei mencionada, registrando que as principais controvérsias se centraram sobre seus aspectos éticos e se dedica a reconstruir a discussão que se desenvolveu em concreto, registrando de cara que o debate (tanto nos meios de comunicação, quanto no Parlamento) se afastou muito do que se pode chamar um “diálogo racional”. O autor entra no mérito das opções legislativas e chega a sugerir redações alternativas para aperfeiçoar o texto da lei.

Como já se pode ir vendo, é uma constante dos textos de Atienza a repetição de que as discussões legislativas não se enquadram no chamado “diálogo racional”, o que poderia ser interpretado como um certo ceticismo do autor para com as possibilidades de melhoria das práticas legislativas.

O mesmo tom pode ser detectado no capítulo sexto (*Nacionales y extranjeros. Las (sin)razones de una discriminación*) do seu livro *Tras la justicia*<sup>45</sup>, em que analisa a argumentação levada a cabo para a aprovação da *Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España* e, naturalmente, o texto legislativo respectivo e as discussões pós-legislativas.

No seu *Curso de Argumentación Jurídica*<sup>46</sup>, de 2013, Atienza logrou de resumir o essencial de todo o seu pensamento sobre a argumentação legislativa em seis páginas<sup>47</sup>. O *Curso* é o livro que pode ser considerado sua obra máxima, representando a complementação e

<sup>45</sup> ATIENZA, 2012, pp. 182-249.

<sup>46</sup> ATIENZA, 2013.

<sup>47</sup> ATIENZA, 2013, pp. 712-718.

consolidação de todo o seu pensamento. Nada obstante, quanto à argumentação legislativa, não chegou a acrescentar nada que já não estivesse nas publicações anteriores quanto ao tema.

## 6. OS DESENVOLVIMENTOS MAIS RECENTES: PRETENSÃO DE CORREÇÃO E AVALIAÇÃO DA ARGUMENTAÇÃO LEGISLATIVA

No livro *Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza*<sup>48</sup>, o Manuel Atienza confere ainda mais precisão a algumas ideias sobre o raciocínio jurídico e trava uma breve discussão com Thomas Bustamante sobre as peculiaridades do raciocínio legislativo, que merecem ser reportadas sinteticamente. É que, para o autor espanhol, o raciocínio judicial constitui somente um tipo, embora muito importante, do raciocínio jurídico. Desse modo, a vida jurídica tem outras instâncias com argumentações não judiciais (como é o caso da argumentação legislativa, a argumentação dos advogados, da argumentação dogmática, etc.), na linha do que já foi explicado antes.

Ao pensar dessa forma, Atienza expõe sua discordância quanto à chamada “tese do caso especial” de Robert Alexy<sup>49</sup>, cujo núcleo consiste na ideia de que a argumentação jurídica, tomada em toda a sua extensão, seja um caso especial da argumentação prática em geral. Consequentemente, as regras do discurso prático racional teriam que operar como ideais regulativos também nessa seara. Para Alexy, tais regras precisam ser aplicadas na maior medida possível, dentro das possibilidades.

Para Atienza, no entanto, a argumentação jurídica é uma prática social complexa, na qual concorrem diversos tipos de diálogos e onde, dependendo do contexto que se trate, as regras do diálogo racional não cumprem sempre o mesmo papel<sup>50</sup>. E mais, em determinados jogos jurídicos argumentativos não se aplicam determinadas obrigações – como a obrigação de sinceridade na argumentação legislativa, conforme o entendimento de Atienza, – ou implicam regras específicas adicionais não contidas na teoria de Alexy, como a racionalidade estratégica que costuma vir misturada nos processos de negociação

<sup>48</sup> AGUILÓ REGLA; GRÁNDEZ CASTRO, 2017.

<sup>49</sup> Exposta em seu *Teoría de la Argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*.

<sup>50</sup> ATIENZA, 2017b, pp. 11-42, p. 14.

e mediação. Essas características, portanto, contradiriam a tese do caso especial, e não se poderia falar em uma relação gênero-espécie (discurso prático-discurso jurídico), mas sim de tipo diferente.

Examinando esse ponto da tese de Manuel Atienza, Thomas Bustamante<sup>51</sup> considera que não assiste razão no abandono, quanto ao raciocínio legislativo, das teses de Robert Alexy no sentido de que: (i) o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral; e (ii) todos os contextos da argumentação jurídica têm em comum a pretensão de correção.

Abordando especificamente o contexto legislativo, Bustamante argumenta que a obrigação de sinceridade do legislador se satisfaz com um requisito mais fraco, como a exigência de “consistência de princípio” ou “responsabilidade moral”, mas no plano institucional. Ou seja, não se trata de subjetivamente o legislador acreditar na correção moral das decisões que sustenta, mas simplesmente de que tais decisões não sejam produto do arbítrio ou capricho individual. Em outras palavras, Bustamante parece defender que é suficiente e bastante que os participantes em uma discussão legislativa aduzam razões orientadas ao entendimento, e não ao êxito (persuasão), de maneira legal, sem buscar o engano ou a manipulação<sup>52</sup>.

Além disso, para Bustamante, a circunstância de que os componentes pragmático e estratégico tenham mais peso no âmbito legislativo, em comparação à argumentação judicial, por exemplo, não faz com que a argumentação legislativa deixe de submeter-se às regras e formas do discurso prático geral. A questão reside unicamente na ênfase posta nas diferentes regras e formas de argumentação e refutação de razões juridicamente relevantes<sup>53</sup>. Com isso, Bustamante defende que não é evidente o erro da intuição de Alexy de que todos os âmbitos da argumentação jurídica se submetem às regras e formas do discurso prático geral. É dizer, sua opinião é que Atienza se equivoca nesse ponto.

Nada obstante esse único ponto de discordância, Bustamante afirma textualmente que a teoria da legislação de Atienza continua sendo, até hoje, a mais importante, robusta e enriquecedora con-

<sup>51</sup> BUSTAMANTE, 2017, pp. 43-57.

<sup>52</sup> BUSTAMANTE, 2017, p. 53.

<sup>53</sup> BUSTAMANTE, 2017, p. 54.

tribuição que se pode encontrar na literatura de filosofia do direito e teoria da argumentação jurídica<sup>54</sup>. E reconhece a plausibilidade da tese de Atienza no sentido de que a teoria da argumentação jurídica deve desenvolver *standards* e regras voltados ao âmbito legislativo, analisando as exigências de racionalidade que se impõem nesse contexto, e tentando estabelecer a forma como elas se relacionam e por quê cada uma pode ter mais ou menos importância<sup>55</sup>. Especialmente quanto a esse ponto, parece impossível discordar de Thomas Bustamante.

Retomando a discussão, Manuel Atienza responde às considerações de Thomas Bustamante no *Epílogo (abierto)*<sup>56</sup>. Não dedica muitas palavras (duas páginas e meia, precisamente), mas é certo: embora o significado da tese do caso especial de Alexy não seja claro, essa não pode ser tomada em um sentido fraco, sob pena de perder todo o seu interesse (se tornaria uma tese banal).

Sobre a “pretensão de correção”, brevemente afirma que essa não pode ser traduzida em simples “pretensão de sinceridade”, significando com isso que se reputa atendido o dever quando se argumenta seriamente, e não seguindo caprichos pessoais. Para Atienza, a pretensão que existe na argumentação legislativa é a de alcançar o êxito (leia-se, a persuasão e, concretamente, a aprovação da lei), e, como tal não pode acontecer de qualquer maneira, observa-se certa incompatibilidade real (prática) com a noção de pretensão de correção moral. Rebatendo o outro comentário sobre a concepção da argumentação, Atienza afirma que tanto Bustamante, quanto Alexy adotam uma visão restritiva da argumentação jurídica. Para o autor espanhol, sua própria visão conduz a enxergar a argumentação jurídica de forma mais realista e menos idealizada<sup>57</sup>.

Nos últimos tempos, Atienza insiste muito nessa crítica à teoria de Alexy de que a argumentação jurídica é um caso especial do discurso racional. Afirma que diversos erros decorrem de tomar esse ponto de partida. Constantemente repete que existem contextos nos quais se argumenta no Direito e nos quais não se seguem as regras sistematizadas por Alexy e que, para construir uma teoria que dê conta

<sup>54</sup> BUSTAMANTE, 2017, p. 54.

<sup>55</sup> BUSTAMANTE, 2017, p. 56.

<sup>56</sup> ATIENZA, 2017b, pp. 419-460.

<sup>57</sup> ATIENZA, 2017b, p. 422.



de todas as práticas argumentativas, não se pode ficar somente no plano do discurso racional.

Ainda no que diz respeito à discussão acima mencionada entre Atienza e Bustamante, especificamente acerca da controvérsia sobre a “pretensão de correção” e “pretensão de sinceridade”, registre-se seu relevo. Embora o ponto pareça carecer de qualquer importância para a teoria da legislação – ou até mesmo figurar como algo inútil para o labor legislativo, guarde-se a problemática. Isso porque a admissibilidade da mentira em uma teoria da legislação sob o enfoque argumentativo é um capítulo que merece maiores aprofundamentos<sup>58</sup>.

Na conferência *A model for the analysis of legislative reasoning*<sup>59</sup>, Manuel Atienza voltou a reproduzir as suas ideias que já estavam em outros escritos sobre a teoria da legislação e a conexão feita posteriormente com a argumentação legislativa, tal como aqui já explicado. Pela primeira vez, no entanto, procura desenvolver um “esquema” para a análise de casos legislativos concretos, o que denomina como “estudo empírico”<sup>60</sup>. Nesse sentido, Atienza se debruça sobre a argumentação legislativa a propósito da *Ley Orgánica 11/2015 para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo*<sup>61</sup> e, depois, a propósito da *Ley Orgánica 4/2015, de protección de la seguridad ciudadana*.

Embora seja consciente de que a análise dos dois casos não constitui uma amostra que permita chegar a uma generalização, Atienza formula algumas conclusões, que serão na sequência muito brevemente sintetizadas. Em primeiro lugar, alerta que alguns argumentos podem ter um *status* ambíguo com relação aos cinco tipos de razões legislativas (o cerne de sua teoria) e que o juízo sobre a maior

<sup>58</sup> Algumas ideias sobre o ponto podem ser encontradas em: NASCIMENTO, 2018, pp. 494-512.

<sup>59</sup> Apresentada no International Workshop on *Legisprudence Conceptions and misconceptions of legislation*, realizado na Universidade de Zaragoza nos dias 23 e 24 de fevereiro de 2018. A programação está disponível em: <<http://www.legisprudence.es>>. Acesso em: 24 fev. 2018. Aqui será comentado o rascunho em espanhol, gentilmente fornecido em primeira mão pelo autor. Em breve, os trabalhos do evento serão publicados em livro editado por Springer.

<sup>60</sup> ATIENZA, 2018, p. 4.

<sup>61</sup> Esse caso foi escolhido para contrastar com Daniel Oliver-Lalana, que já havia analisado a mesma argumentação na conferência *Mejores y peores argumentaciones legislativas: un enfoque para evaluar la justificación parlamentaria de las leyes, presentada no Convegno La motivazione delle leggi* (Università degli Studi di Milano, Dipartimento Cesare Beccaria, aprile 2017). O arquivo foi gentilmente disponibilizado pelo próprio autor.

ou menor bondade da lei tem que ser conjunto, holístico, ou seja, não separado conforme a mencionada tipologia, já que a atividade de editar uma lei pressupõe a pretensão de alcançar um determinado objetivo social (razões teleológicas) que possa ser considerado justificado (razões axiológicas), para o qual se precisa formular uma série de enunciados bem construídos (razões linguísticas) cujos conteúdos se ajustem ao ordenamento jurídico (razões sistemáticas) e deem lugar a ações (razões pragmáticas) que permitam alcançar esse objetivo.

Em outras palavras, na linha do que já se explicou aqui, as categorias de Manuel Atienza funcionam mais do ponto de vista analítico, com algum papel de vetor (ou ideal normativo, regulativo em um sentido fraco, como critérios para serem levados em conta no momento da elaboração legislativa). Sem dúvida, o maior proveito dos níveis de racionalidade comentados está na sua utilidade para avaliar (sobretudo *ex post*) o grau de qualidade da legislação (e da argumentação legislativa respectivamente envolvida). Tais racionalidades são, portanto, graduais e complementares, de modo que níveis menores em alguma(s) das categorias podem não afetar a racionalidade da lei em uma avaliação global, a qual deve considerar sobretudo a eficácia e efetividade no alcance de seus objetivos.

Atienza, então, propõe um modelo para analisar e avaliar uma argumentação produzida em um assembleia legislativa, conforme os seguintes passos: 1) exposição das circunstâncias nas quais se insere a iniciativa parlamentar (condições políticas, sociais que explicam a existência do problema); 2) identificação dos pontos fundamentais da discussão; 3) identificação das razões a favor e contra cada um dos pontos; 4) representação eventual mediante diagrama de flechas, os quais podem se referir ao conjunto de uma argumentação ou a algum fragmento (este passo seria opcional); 5) exame pormenorizado, conforme o caso, do(s) argumento(s) que tenham desempenhado papel central no debate e, dependendo do tipo de argumento, das perguntas críticas; 6) identificação dos elementos dialéticos da discussão; 7) identificação dos elementos retóricos: o tipo de linguagem usado, as técnicas retóricas a que se recorre, as características do orador e do auditório, o papel da opinião pública; 8) detecção e análise das falácias que tenham surgido durante o debate; e 9) avaliação do conjunto de toda a argumentação.

**Para Atienza, as regras da discussão parlamentar têm um caráter estratégico e incluem, necessariamente, certa parcialidade. Daí a necessidade de definir com alguma precisão quais seriam as regras que regem a argumentação legislativa, ou seja, como caracterizar – de uma maneira que evite a idealização e ao mesmo tempo não impeça a possibilidade de críticas a – esse tipo de discurso.**

O autor reitera a importância de que mais estudos se lancem sobre o vasto material empírico existente com o objetivo de identificar quais são os argumentos mais usuais na argumentação legislativa e, desde logo, cita o argumento consequencialista. Em sua opinião, o outro tipo de raciocínio que merece exame mais cuidadoso é a ponderação legislativa. Além disso, pontua a máxima relevância do trabalho de detectar e combater as falácias, especialmente as informais, sobretudo na argumentação legislativa, na qual os elementos dialéticos e retóricos são da máxima relevância (cita, por exemplo, que argumentar *ad hominem* não é necessariamente uma falácia quando se debate no Parlamento, a menos que se use como uma manobra de distração ou para desqualificar injustificadamente a outra parte).

Mais uma vez, Atienza aproveita a oportunidade para criticar o esquema de Alexy quanto ao discurso racional e sua falta de correspondência com a argumentação legislativa. Novamente repete que não há sentido em apresentar as regras estabelecidas por tal autor alemão como ideal regulativo do debate parlamentar e que isso constitui um erro manifesto. Para Atienza, as regras da discussão parlamentar têm um caráter estratégico e incluem, necessariamente, certa parcialidade. Daí a necessidade de definir com alguma precisão quais seriam as regras que regem a argumentação legislativa, ou seja, como caracterizar – de uma maneira que evite a idealização e ao mesmo tempo não impeça a possibilidade de críticas a – esse tipo de discurso<sup>62</sup>.

## **7. BALANÇO DOS AVANÇOS TEÓRICOS: PONTOS FORTES, DEFICIÊNCIAS E CRÍTICAS**

Em que pese a simplicidade com que expõe sua teoria, a verdade é que as ideias de Atienza são extremamente sofisticadas e não seria exagero afirmar que expõe uma das visões mais complexas (e completas até o momento) sobre a racionalidade da atividade legislativa e talvez a única teoria dedicada ao estudo da legislação a partir do enfoque argumentativo.

<sup>62</sup> Não está escrito na conferência em comento, mas as longas conversas com o autor sugerem que, para ele, essa seria a grande agenda a desenvolver dentro das teorias da argumentação. Na prática, equivaleria a traçar regras – tal como fez Alexy para o discurso racional – específicas para o tipo de argumentação que se desenvolve no Parlamento, ou seja, as regras do debate legislativo. Em outras palavras, esboçar quais seriam os requisitos de um debate legislativo ideal, ainda que claramente não “racional” (no sentido alexyano).

A rigor, sua teoria poderia ser inserida no âmbito da argumentação material: para que uma lei seja considerada justificada do ponto de vista argumentativo, teria que apresentar fundamentos para cada uma das racionalidades por ele indicadas. Esse é definitivamente um dos pontos fortes de sua contribuição, já que de fato a teoria de Manuel Atienza é uma das poucas que ilumina o campo da elaboração legislativa.

Por outro lado, nota-se que ainda pende o vazio de uma teoria mais pragmática, voltada para a elaboração de catálogos dos (e sobre o uso dos) argumentos legislativos mais frequentemente utilizados a título de cada uma dessas categorias de racionalidade, é dizer, o estudo dos argumentos de forma mais concreta, de como se dá a argumentação legislativa empiricamente. Realmente, Manuel Atienza não se dedicou a esse ponto.

Como foi possível perceber, as grandes contribuições teóricas de Manuel Atienza foram ter alçado a argumentação legislativa a um tema de interesse jurídico e, normativamente, ter estabelecido os níveis de racionalidade como critérios de correção (ideais normativos), além de servir para avaliar a qualidade do produto legislativo. Esse é outro mérito do autor.

Nada obstante, surge uma crítica decorrente do caráter gradual dos diversos níveis de racionalidade propostos por Manuel Atienza. É que não resta claro o momento a partir do qual uma lei pode ser considerada racional, é dizer, qual “balanço” de racionalidades permitiria tal conclusão. Em sendo o meta-critério de razoabilidade – transversal a todos R1, R2, R3, R4 e R5 – também um conceito gradual, faltam critérios mais seguros para afirmar a racionalidade geral.

Seguindo por essa linha de raciocínio, deve-se reconhecer que a teoria de Atienza é muito mais analítica do que normativa, na medida em que não se detém em refletir sobre o que deve ser feito concretamente para alcançar uma legislação melhor, mais racional. É dizer, uma das deficiências de sua teoria consiste precisamente nesse caráter demasiado abstrato, não sendo possível extrair diretrizes mais práticas de como incrementar os níveis de racionalidade nas elaborações legislativas em concreto. É dizer, não traz o que deve ser feito para melhorar a racionalidade legislativa.

Nada obstante, um grande valor da contribuição está no fato de que Atienza desenvolveu uma teoria que permite um controle ético da legislação (o nível R5, de racionalidade ética), em um momento em que essa discussão era incipiente. Depois, em segundo momento, cuidou de reforçar esse ingrediente ético, com o artigo *Argumentación y legislación*<sup>63</sup>, de 2004, quando integrou os níveis de racionalidade propostos com sua teoria da argumentação jurídica, consolidando uma teoria da argumentação legislativa, também concebida nos planos formal, material e pragmático, incluindo parâmetros para analisar e avaliar a argumentação no âmbito do Legislativo.

E mais: o dado de que Atienza segue escrevendo sobre a questão em 2018 – embora não somente sobre isso, tampouco se valendo de muitas linhas, mas indicando que mantém o assunto dentro de sua pauta de preocupações – só serve para comprovar a importância do tema e do grande desafio que representa teorizar sobre a argumentação no âmbito do legislativo.

O fato de a proposta de Atienza ser convincente não o livrou de receber críticas, sendo uma das mais destacadas a feita por José Luis Díez Ripollés em *La Racionalidad de las leyes penales: teoría e práctica*<sup>64</sup>. Com essa obra, o autor pretendeu chamar a atenção para o processo de criação da lei penal, haja vista ser essa atividade pressuposto e condição prévia da aplicação racional das leis penais vigentes. Pontuou que o fato de essa reflexão ter ficado em segundo plano teria aberto espaço para uma legislação conjuntural e oportunista, em mãos de interesses políticos imediatos, o que, com “sua irracionalidade”, socavava todos os intentos de assegurar uma aplicação judicial racional do Direito Penal.

O primeiro dos cinco capítulos de *La racionalidad de las leyes penales* conclama para a urgente necessidade de que o Direito Penal retome o foco na legislação, com base nas seguintes razões: a) a lei penal veio acumulando recentemente funções sociais significativamente distintas das que lhe eram tradicionais, assumindo o papel de código moral da sociedade; b) a progressiva desconfiança da opinião pública e da sociedade em geral nos corpos expertos da justiça; e c) a improvisação e o oportunismo político no campo da criação das leis<sup>65</sup>.

<sup>63</sup> ATIENZA, 2004, pp. 89-112.

<sup>64</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, 2003.

<sup>65</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, 2003, p. 14.

Segundo o próprio Díez Ripollés, seu propósito com a obra foi o de fundamentar o que deveria ser uma teoria da legislação penal, entendendo a legislação como um processo de decisão que fosse o mais próximo possível de uma teoria da decisão racional. Grosso modo, após analisar a prática da produção legislativa penal, descrevendo o plano dinâmico ou operacional<sup>66</sup> (objeto do capítulo segundo, cujo conteúdo será retomado adiante), propõe (no capítulo terceiro) um modelo de racionalidade – o plano normativo, prescritivo ou valorativo<sup>67</sup> – que deveria ser respeitado sempre por qualquer lei penal, independentemente do conteúdo concreto. Tal modelo proposto com critérios de racionalidade segue claramente a classificação desenhada por Manuel Atienza, com algumas poucas precisões e adaptações que, segundo Díez Ripollés, decorrem da especificidade do campo penal. Por razões de didática, passa-se diretamente essas considerações de Díez Ripollés, já que se acaba de ver a teoria de Atienza.

Basicamente, o autor considera que o estudo das diversas racionalidades deve ser realizado de modo inverso ao feito por Atienza<sup>68</sup>. Embora matize sua própria crítica registrando a possível influência do enfoque jurídico penal de seu cenário, independentemente do ramo do direito, parece sim fazer sentido a inversão da ordem, se a intenção é agregar racionalidade ao procedimento legislativo na prática, e não simplesmente avaliar a racionalidade das leis já existentes, situação em que o enfoque contrário não traria prejuízo.

Assim, de cara, para Díez Ripollés, a racionalidade ética delimitaria o campo de atuação de todas as outras racionalidades. Na sequência, a racionalidade teleológica fixaria os objetivos a serem satisfeitos dentro desse moldura. Depois, as demais racionalidades se sucederiam em ordem decrescente de instrumentalidade. Essa ordem proposta por Díez Ripollés parece refletir com mais precisão o procedimento de tomada da decisão de legislar, daí que a redação (racionalidade linguística) entraria em último lugar.

Díez Ripollés igualmente cuida de precisar com mais detalhes a racionalidade ética, por ele considerada como o sistema de crenças,

<sup>66</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, 2003, p. 15.

<sup>67</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, 2003, p. 15.

<sup>68</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, 2003, p. 91.

cultural e historicamente condicionado, que por sua vez também condiciona determinada sociedade e que deverá enquadrar necessariamente a atividade legislativa<sup>69</sup>. Utiliza, assim, um conceito de ética diferenciado do de moral, segundo explica, em sentido similar ao tomado por Habermas<sup>70</sup>, em cujos termos equivaleria à identificação do *mundo da vida* dos integrantes da coletividade: o conjunto de atitudes vitais e princípios reguladores do comportamento que, conquanto compartilhados, modulam a atuação comunicativa.

Essas convicções sociais amplamente majoritárias também abarcariam o critério democrático na qualidade de legitimador das decisões legislativas concretas, sobretudo as que implicam controvérsias quanto aos outros níveis de racionalidade. Em casos excepcionais, portanto, o critério democrático corresponderá à própria racionalidade ética (coincide integralmente com ela). Díez Ripollés chega a afirmar que a própria estrutura em cinco níveis de racionalidade legislativa é uma questão ética, na medida em que a discussão poderia tomar outros caminhos ou simplesmente não existir<sup>71</sup>.

Quanto à racionalidade teleológica, apresenta Díez Ripollés outro ponto de desacordo. Segundo Atienza, a esse nível importa alcançar os objetivos sociais perseguidos pela lei, é dizer, que essa tenha eficácia (*sic*). Naturalmente, seria uma análise *ex post*. Sem menosprezar a importância desse aspecto, Díez Ripollés – tendo presente mais uma vez o contexto de suas preocupações – entende que a racionalidade teleológica no procedimento legislativo consiste, na verdade, no debate sobre quais devem ser os objetivos alcançados pela lei. Representa, assim, um momento anterior à avaliação sobre a realização dos objetivos, consistente na sua própria definição ainda durante o debate legislativo.

Díez Ripollés, então, concebe esse momento prévio como a conformação (pragmática) dos princípios que representam a racionalidade ética, que gozam de amplo acordo, com os interesses particulares e setoriais controvertidos (defendidos por agentes sociais e grupos de pressão, por exemplo) que atuam no procedimento

<sup>69</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, 2003, p. 92.

<sup>70</sup> Refere-se à obra *Facticidad y validez* (Madrid: Trotta, 2001). Para Habermas, os conteúdos morais possuem validade universal, para qualquer indivíduo, enquanto os éticos são válidos dentro de uma determinada coletividade a partir da auto-compreensão compartilhada pelos seus integrantes.

<sup>71</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, 2003, p. 93.

legislativo para a formação da vontade política. Tal confrontação, no marco da racionalidade ética, implicaria a obtenção de compromissos decisivos para o critério democrático e os próprios contornos da decisão legislativa.

No âmbito jurídico-penal (foco de Díez Ripollés) – mas, repita-se, tal raciocínio guarda sentido também para os outros ramos do direito, porquanto pertinente ao procedimento legislativo como um todo –, a racionalidade teleológica daria surgimento aos objetivos perseguidos pela proposta e também aos seguintes outros aspectos: o objeto da tutela legislativa, os graus de proteção, os níveis de responsabilidade e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento da norma<sup>72</sup>. Equivaleria, assim, ao acordo ético-político em torno da importância do bem jurídico protegido, a intensidade da obediência exigida e as repercussões negativas derivadas da desobediência e a respectiva interrelação.

Como consequência dessa concepção sobre a racionalidade teleológica, Díez Ripollés coloca a racionalidade pragmática como o ajuste entre os objetivos traçados pela racionalidade teleológica e as possibilidades reais de intervenção social que estariam ao alcance da correspondente decisão legislativa. Isso implicaria assegurar no grau máximo possível uma resposta positiva às diversas exigências da norma, que poderiam ser assim resumidas: a) que seus mandatos sejam cumpridos; b) em não sendo, que suas sanções sejam aplicadas; e, simultaneamente, c) que o cumprimento da norma produza os efeitos perseguidos; e d) não haja efeitos não desejados. Tomando o modelo de Atienza, equivaleria a introduzir a maior parte de sua concepção sobre a racionalidade teleológica na racionalidade pragmática<sup>73</sup>. De fato, o próprio Atienza já apontava para a dificuldade de separar essas duas racionalidades<sup>74</sup>.

No que diz respeito às racionalidades jurídico-formal e linguística, Díez Ripollés coincide com as caracterizações traçadas por Atienza, enfatizando seu acerto em conceber a eficiência como uma dimensão transversal, sem constituir um nível independente de racionalidade, funcionando na verdade como uma qualidade exigida de cada

<sup>72</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, 2003, p. 94.

<sup>73</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, 2003, p. 95.

<sup>74</sup> ATIENZA, 1989a, pp. 391-392; ATIENZA, 1997, p. 63.



**Ocorre que, assim como as demais teorias da legislação disponíveis, o que se observa é um caráter excessivamente abstrato, que não considera como efetivamente funciona a prática legislativa, tampouco os constrangimentos reais nela envolvidos.**

uma das racionalidades – para prevenir que a priorização de certos aspectos em detrimento de outros não chegasse a afetar a relação adequada de custo-benefício.

As considerações de Díez Ripollés foram bem recebidas por Atienza, que reconheceu a pertinência da inversão da ordem dos níveis de racionalidade quando se trata de propor uma legislação (a prática legislativa propriamente dita, e não a atividade de analisar e avaliar as leis já postas)<sup>75</sup>.

## 8. CONCLUSÕES

Ao longo do artigo, foram apresentados os desenvolvimentos teóricos de Manuel Atienza no que diz respeito à teoria da legislação, bem como a evolução de suas ideias rumo à elaboração de uma teoria da argumentação legislativa. Igualmente, foram enfatizados os pontos meritórios, as deficiências e as críticas que podem ser lançadas à teoria do autor indicado.

Como foi possível ver, o pensamento de Manuel Atienza oferece uma das balizas mais importantes para responder à pergunta *Como deveriam argumentar os legisladores?* De fato, em um Estado Constitucional, a prática de dar razões não pode se deter ante as portas do Parlamento.

Ocorre que, assim como as demais teorias da legislação disponíveis, o que se observa é um caráter excessivamente abstrato, que não considera como efetivamente funciona a prática legislativa, tampouco os constrangimentos reais nela envolvidos. Disso resulta que as teorias da legislação (e da argumentação legislativa) no atual estágio de desenvolvimento parecem representar modelos de “baixa inaplicabilidade prática”, ou, se se prefere, a partir dos quais é difícil extrair conselhos mais palpáveis de como melhorar as práticas legislativas, especialmente as levadas a cabo dentro do Parlamento.

Tal constatação conduz à reflexão de que mais desenvolvimentos teóricos pareceriam ser necessários para conferir maior concreção às teorias da legislação e da argumentação legislativa no intuito de promover o desejado “giro argumentativo” no Poder Legislativo. É que a prática de dar razões ainda precisa ecoar com mais força Par-

<sup>75</sup> ATIENZA, 2004, p. 111.

lamento adentro. A construção de um Estado Constitucional pressupõe a motivação das decisões também no âmbito da elaboração legislativa, o fomento à cultura de legisladores argumentadores. Além disso, o aprofundamento dos estudos é necessário até mesmo para organizar as peças para a construção de uma teoria mais abrangente e para a uniformização de determinadas categorias usadas ainda sem o devido cuidado<sup>76</sup>.

Inicie-se, por exemplo, com os próprios conceitos de “racionalidade” e “racionalidade legislativa”. Falar em racionalidade sem mais é como nada dizer. Fora de um contexto, e um contexto nunca será igual ao outro, essa palavra tem significados tão amplos, que se torna esvaziada e a racionalidade se converte em um compromisso conceitual abstrato. Por seu turno, definitivamente, os estudos sobre as “peculiaridades da racionalidade legislativa” merecem maior continuidade.

Manuel Atienza ensaia diferenciar “racionalidade” e “razoabilidade”, explicando que ambas tem “conteúdo variável”, e envereda por outro caminho, notadamente influenciado pelo raciocínio judicial, não pelo legislativo. E de fato deve-se reforçar que tais digressões sobre esses conceitos não constam de seus escritos sobre a teoria da legislação e da racionalidade legislativa.

O autor entende que uma decisão jurídica é “racional” se (e somente se): 1) respeita as regras da lógica dedutiva; 2) respeita os princípios da racionalidade prática; 3) é adotada sem eludir a utilização de alguma fonte do direito de caráter vinculante; e 4) não é tomada sobre a base de critérios éticos, políticos, etc., não previstos especificamente (embora possam estar genericamente) no ordenamento jurídico.

Por seu turno, entende que uma decisão jurídica é “razoável” (e somente se): 1) é tomada em situações em que não seria aceitável (ou não se podia) adotar uma decisão estritamente racional; 2) alcança um equilíbrio entre exigências contrapostas, mas que necessariamente tinham que ser consideradas na decisão; e 3) é aceitável pela comunidade.

Como se vê, seria preciso fazer uma releitura desses conceitos no âmbito legislativo. A racionalidade na atividade legislativa não é a

<sup>76</sup> O aprofundamento desta e outras discussões pode ser encontrado em: NASCIMENTO, 2018.

da filosofia tradicional, de uma racionalidade lógico-matemática, formal, dedutiva. No espectro legislativo, a racionalidade provém sobretudo da “lógica prática”, pragmática, estratégica, argumentativa, o que muitas vezes faz com que se confundam as noções de racionalidade e razoabilidade. Nessa esfera, pode ser difícil traçar uma fronteira entre o razoável e o racional, embora tenha que ficar para outro momento a explicação sobre tais palavras.

A elaboração legislativa é uma atividade essencialmente cooperativa e, como se sabe, existe uma racionalidade específica nos empreendimentos coletivos. Nesse contexto, como as ações independentes dificilmente levam ao resultado que se deseja alcançar (a aprovação de uma única lei), são necessários acomodamentos e adaptações de cada um dos participantes para a aproximação à obra global. Essa dinâmica se traduz nas emendas parlamentares e nos acordos políticos. Tomando-se emprestada a metáfora de Carlos Santiago Nino, o comportamento dos legisladores é como o dos músicos em uma orquestra, cada qual devendo ajustar suas contribuições às dos demais (se o que interessa é a obra coletiva, a aprovação da lei).

Em resumo, o aporte de Manuel Atienza à racionalidade legislativa é um dos mais importantes de que se tem notícia, mas ainda há muito por fazer. A produção teórica precisa avançar. É necessário o fomento a reflexões mais genuínas sobre a legislação, considerando todas as peculiaridades desse campo, abstando-se de usar como referências autores que, embora consagrados na teoria e na filosofia do direito, não se dedicaram a refletir sobre as questões legislativas como devido.

As teorias da legislação e da argumentação, para serem úteis, precisam ter mais pontos de conexão entre o direito (e os ideais abstratos) e a realidade, até mesmo porque os legisladores (em maior medida que os juízes) precisam incorporar melhor esse papel de protagonismo para diminuir a distância entre o direito dos livros (*law in the books*) e o direito em ação (*law in action*). Não se pode falar em Estado de direito se as leis não são cumpridas, sem que haja uma boa legislação. É que definitivamente as leis são o instrumento mais legitimado de controle, direção e, o mais importante, de transformação social.

## REFERÊNCIAS

AGUILÓ REGLA, Josep; GRÁNDEZ CASTRO, Pedro Paulino (Eds.). *Sobre el razonamiento judicial. Un diálogo con Manuel Atienza*. Lima: Palestra Editores, 2017.

ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

ATIENZA, Manuel. *A model for the analysis of legislative reasoning*. Conferência apresentada no International Workshop on Legisprudence Conceptions and misconceptions of legislation. Universidade de Zaragoza, 23 e 24 de fevereiro de 2018. (Manuscrito fornecido no evento).

\_\_\_\_\_. Algunas tesis sobre el razonamiento judicial. In: AGUILÓ REGLA, Josep; GRÁNDEZ CASTRO, Pedro Paulino (Eds.). *Sobre el razonamiento judicial. Un diálogo con Manuel Atienza*. Lima: Palestra Editores, 2017a, pp. 11-42.

\_\_\_\_\_. Epílogo (abierto). In: AGUILÓ REGLA, Josep; GRÁNDEZ CASTRO, Pedro Paulino (Eds.). *Sobre el razonamiento judicial. Un diálogo con Manuel Atienza*. Lima: Palestra Editores, 2017b, pp. 419-460.

\_\_\_\_\_. *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta, 2013.

\_\_\_\_\_. *Tras la justicia*. Barcelona: Ariel, 2012.

\_\_\_\_\_. *El derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel, 2006.

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

\_\_\_\_\_. *Contribución a una teoría de la legislación*. Madrid: Civitas, 1997.

\_\_\_\_\_. *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 1991a.

\_\_\_\_\_. Razón práctica y legislación, *Revista Mexicana de Estudios Parlamentarios*, n. 3, v. 1, septiembre-diciembre de 1991, pp. 9-31b.

\_\_\_\_\_. Para una teoría de la argumentación jurídica. *Doxa*, n. 08, 1990, pp. 39-40.

\_\_\_\_\_. Contribución para una teoría de la legislación. *Doxa*, n. 06, 1989a, pp. 385-403.

\_\_\_\_\_. Sociología jurídica y ciencia de la legislación. In: BERGALLI, Roberto (Coord.). *El Derecho y sus realidades: investigación y enseñanza de la sociología jurídica*. Barcelona:

Jornadas sobre la investigación y la enseñanza de la sociología jurídica, 1989b, pp. 41-70.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La racionalidad de las leyes penales: teoría e práctica*. Madrid: Trotta, 2003.

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

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta, 2001.

NASCIMENTO, Roberta Simões. *Teoria da legislação e argumentação legislativa na Espanha e no Brasil: análise dos cenários das leis sobre a violência contra a mulher*. 2018. 699 f., il. Tese (Doutorado em Direito)—Universidad de Alicante, Universidade de Brasília, Alicante – Brasília, 2018.

PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.