

RACIONALIDADE LEGISLATIVA: UMA “PONTE” ENTRE A TEORIA DA LEGISLAÇÃO E A TEORIA DO DIREITO COMO INTEGRIDADE¹.

LEGISLATIVE RATIONALITY: A "BRIDGE" BETWEEN THE THEORY OF LAW AND THEORY OF LAW AS INTEGRITY

*Adalberto Narciso Hommerding²
Cláudio Rogério Sousa Lira³*

Resumo: O estudo tem por objeto a abordagem da Teoria da Legislação e da Teoria do Direito como Integridade em um cenário de coexistência teórica no processo de racionalidade da produção da legislação. A partir dos fundamentos da Teoria da Legislação, o detentor do poder-dever de produzir as normas jurídicas destinadas à regulamentação das relações sociais deve orientar-se por uma técnica legislativa alicerçada em níveis de racionalidade linguística, pragmática, teleológica, jurídico-formal e ética, visando à produção de leis efetivas e eficazes. Por sua vez, a Teoria do Direito como Integridade incorpora padrões como coerência e integridade, justiça e devido processo legal, na busca de decisões menos discricionárias e menos arbitrárias que representem uma “resposta correta”. As racionalidades orientadoras do mister legislativo, preponderantemente a pragmática e a teleológica, possibilitam o enfraquecimento da discricionariedade sem limites do legislador e do gigantismo desarrazoado do Estado-Juiz nas decisões difíceis, fortalecendo, assim, a integridade no Direito.

Palavras-chave: Legislação; Racionalidade; Direito; Integridade.

Abstract: This study has, as its aim, the approach on the Theory of Legislation and on the Theory of Law as Integrity in a scenery of theoretical coexistence in the process of rationality in legislation production. From the fundamentals of the Theory of Legislation, the one who holds the duty of producing the legal norms must orient himself towards a legislative technique based on linguistic, pragmatic, teleological, juridical-formal and ethical rationality levels, aiming at the production of effective and efficient laws. In its turn, the Theory of Law as Integrity incorporates such patterns as coherence and integrity, justice and the due process of law in its search for less discretionary and arbitrary decisions which represent a “correct answer”. The rationalities which orient the legislative need, mainly the pragmatic and the teleological ones, make the impairment of the discretionary without limits of the legislator and of the gigantism of the State-Judge in hard decisions possible, strengthening, thus, the integrity in Law.

Keywords: Legislation; Rationality; Law; Integrity.

1 Considerações iniciais

Não é novidade que a concepção tripartite de um Estado alicerçado no modelo de Governo Republicano – Poder Legislativo, Poder Judiciário e Poder Executivo – estabeleceu funções precípua para a atividade de cada um dos poderes. O legislador, assim, é o representante (presentante) do povo no Poder Legislativo. Daí a afirmação de que o poder pertence ao povo. Esse poder é legitimado pela representação do cidadão no Legislativo. Ao Estado-Legislador incumbe a tarefa principal de produzir/alterar o arcabouço jurídico do país para regulamentar a vida em sociedade. É o Poder Legislativo quem assegura a vontade geral do povo, à medida que irradia seus comandos por meio de texto de leis. Então, como se sabe, a função principal do Poder Legislativo é traduzida no ato de legislar. Esse mister “legislar” pode ser traduzido como o processo de produzir normas jurídicas destinadas aos órgãos que integram o Estado e aos particulares. Aos particulares as leis funcionam como limite à liberdade individual plena em benefício do todo, enquanto que, com relação ao próprio Estado, as leis constituem as bases definidoras de seus limites de atuação.

Dessa forma, o agir do cidadão somente será limitado se houver lei válida – formal e materialmente – vedando comportamento em qualquer de suas formas: ativo ou omissivo. Essa interpretação decorre da observância ao princípio da legalidade, afirmado durante a fase do Estado Moderno. Em decorrência do primado

¹ O presente artigo é resultado das pesquisas realizadas nas disciplinas de Políticas Legislativas e Diversidade, e Processo e Constituição, ambas desenvolvidas no Programa de Mestrado em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, campus de Santo Ângelo (RS).

² Pós-doutor em Direito pela Universidad de Alicante, Espanha. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina e Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Professor da URI - Universidade Regional Integrada, de Santo Ângelo. Professor palestrante nos cursos de preparação para Magistratura e Ministério Público na escola da AJURIS. Juiz de Direito. Email: adanarhom@via-rs.net.

³ Mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI). Especialista e Graduado em Direito em Ciências Contábeis pelo Instituto de Ensino Superior de Santo Ângelo (IESA), Servidor da Promotoria de Justiça de Campo Novo (Ministério Público - RS) e Professor do Ensino Superior da Fundação Educacional Machado de Assis (FEMA). Email: cirlira@mp.rs.gov.br.

da legalidade⁴ até mesmo os governantes devem se submeter à lei, em especial à lei fundamental que é a Constituição, visando a assegurar a proteção dos direitos individuais, não apenas nas relações entre particulares, mas também entre estes e o Estado⁵. Frise-se: essa é uma premissa marcante da sustentação do Estado Moderno⁶. Em *Leviatã*⁷, Hobbes vai dizer que “o legislador é aquele que faz a lei” – sem diferença entre o fato de ser monarca ou integrar uma assembleia –, com missão de prescrever e ordenar a obediência às regras, que a Ciência do Direito convencionou denominar de “leis”.

Com a evolução do Estado até a denominação de “Estado de Direito⁸” afirmou-se a função do legislativo na criação e na alteração das leis para limitar, regular e garantir a convivência em sociedade. No dizer de Zagrebelsky, o Estado de Direito é inimigo dos excessos, isto é, do uso “não regulamentado” do poder. Daí que, para Zagrebelsky, a generalidade da lei comporta uma “normatividade média”, ou seja, feita para todos, o que naturalmente contém uma garantia contra um uso “desbocado” do próprio legislativo⁹.

Não há dúvida de que a elaboração da norma jurídica e as correções necessárias no curso da vigência são tarefas essenciais a serem desempenhadas pelo Poder Legislativo. Isso por que o legislador deve manter uma racionalidade a fim de evitar a “contaminação” do seu agir constitucional, por meio de uma interferência – popular e midiática – na produção das normas jurídicas, sob pena de gerar normas destinadas à regulação de condutas para um contexto social momentâneo.

Esses arroubos de iniciativa legislativa açodada e irracional, portanto, devem ser evitados pelo Poder Legislativo. A produção da norma jurídica deve ser orientada por um processo o mais racional possível. A norma jurídica alumia as atividades do Estado e baliza, por meio de comandos “legal/ilegal” e “permitido/proibido”, o agir do particular.

Em suma, o legislador orienta o seu *múnus* para um poder (dever) de manter o funcionamento da sociedade com a produção de regramentos jurídicos, com força de aplicação e de coerção aos integrantes da sociedade e do Estado.

2 Racionalidade jurídica e crise

A lei é um instrumento de controle social a serviço da segurança jurídica nas relações sociais simples (entre sujeitos), assim como nas relações complexas que envolvem uma pluralidade de interesses de indivíduos e do Estado.

Essa missão principal do legislador tem se tornado cada vez mais difícil diante do constante desafio de produzir/alterar leis para uma sociedade de relações complexas e multifacetadas, características marcantes de Estados em tempos de pós-modernidade¹⁰. O ofício da produção das leis deve ser orientado por um processo legislativo baseado em níveis de racionalidades suficientes para criar normas possíveis de serem aplicadas em um recorte temporal de modernidade tardia, em que os ventos do Estado de Direito ainda não sopram plenamente.

⁴ Consoante os ensinamentos de Zagrebelsky, “el principio de la legalidad, en general, expresa la idea de la ley como acto normativo supremo e irresistible al que, en línea de principio, no es oponible ningún derecho más fuerte, cualquiera que sea su forma y fundamento: ni el poder de excepción del rey y de su administración, en nombre de una superior ‘razón de Estado’, ni la inaplicación por parte de los jueces o la resistencia de los particulares, en nombre de un derecho más alto (el derecho natural o el derecho tradicional) o de derechos especiales (los privilegios locales o sociales)”. (ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia**. Novena edición. Madrid: Trotta, 2009, p. 24).

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 19.

⁶ O Estado Moderno apresentou-se como laico e tinha o Direito Positivo como principal regramento do convívio em sociedade. A cidadania e a igualdade entre os povos também consistiram em marcantes traços do Estado moderno. O “princípio” da desigualdade entre os homens, característica do pré-Estado, foi afastado com o advento da Revolução Francesa, ocorrida em 1789. A personificação do indivíduo como sujeito uno de direitos e deveres passou a se sobrepor em relação às castas, às ordens e às corporações de ofício. No Estado da modernidade nasceu o Projeto de Luzes de Kant e a Teoria Pura do Direito de Kelsen. Aquele mundo rural da pré-Estado foi transformado em urbano/cidades. Se no pré-Estado a política era fragmentada, no Estado surge a soberania e a concentração da política, fazendo com que as relações passem a existir de Estado para Estado. O tempo do Estado moderno estendeu-se até 1948, havendo divergência quando a essa data, pois há quem sustente que o marco do término do Estado moderno se deu com a criação da ONU, e não com a Declaração dos Direitos do Homem, em 1948. Ver BEDIN, Gilmar Antônio. **A idade média e o nascimento do estado de direito: aspectos históricos e teóricos**. Ijuí: Editora Unijuí, 2008.

⁷ HOBBS, Thomas. **Leviatã, ou, Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Trad. Rosina D’Angina. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 189.

⁸ Nesse passo, é de se salientar que a afirmação do Estado de Direito, compreendido na transformação do Estado liberal para o Estado social de Direito dos direitos fundamentais constitui ligação umbilical às formas constitucionais. Esse é o ensinamento de Pérez Luño, ao afirmar “que el tránsito del Estado liberal al Estado social de Derecho haya supuesto, em este plano, la extensión de la incidencia de los derechos fundamentales a todos los sectores del ordenamiento jurídico y, por tanto, también al seno de las relaciones particulares”. PEREZ LUÑO, Antônio Henrique. **Los derechos fundamentales**. Madrid, Tecnos, 2004, p. 23.

⁹ ZAGREBELSKY. *Op. Cit.*, p. 29.

¹⁰ O tempo da pós-modernidade reconhece as diferenças entre os sujeitos e também sua singularidade perante a sociedade de identidade multicultural, reestruturando o conceito de igualdade do Estado moderno a partir da fragmentação do sujeito. O mundo do Estado pós-moderno é multifacetado agregando culturas híbridas originadas da pré-modernidade e da modernidade. Nos tempos de pós-modernidade já não se vislumbra uma soberania absoluta, uma vez que as relações são transnacionais e se dão entre Estados e outros entes. Cfe. BEDIN. *Op. Cit.*

Não é exagero destacar que a força do direito, enquanto comando normativo, depende logicamente da eficiência do processo de criação da norma jurídica, sob pena de se produzirem leis inaplicáveis às relações sociais em decorrência de vícios nos níveis de racionalidade. Essa questão ganha ainda mais importância quando se refere ao processo produtivo de normas de natureza penal em países como o Brasil.

Por essa razão, Pierre Bordieu e Günther Teubner sugerem que a racionalidade jurídica no estado pós-moderno pode estar vivendo um momento de crise¹¹. Pare esses autores, independentemente de se no direito ocorre uma crise de legitimação cíclica, ao estilo de Habermas, ou uma crise oriunda da intervenção do Estado na vida social, como assevera Teubner, ou até uma crise do conceito ocidental de Direito, no dizer de Berman, o fato é que, em qualquer dessas possibilidades, sempre é possível vislumbrar uma crise de racionalidade do direito. O Direito, enquanto conjunto de comandos normativos direcionados aos indivíduos, deve ser produzido de forma a resolver os conflitos da vida em sociedade. O Direito não deve ser qualquer coisa; tampouco pode ser criado ou aplicado sob qualquer justificativa. O “criador” da norma jurídica também deve racionalizar o processo legislativo com o “pensamento voltado à elaboração de leis e instituições jurídicas específicas que produzirão as mudanças sociais específicas”, como assinala, por exemplo, Ronald Dworkin¹².

As incorreções do processo legislativo produzem irritações no sistema harmônico dos poderes, à medida que despertam no Judiciário uma atividade não de hermenêutica, mas de “criação” de Direito, o que se costuma designar como “ativismo judicial legislativo”. Não é que o Poder Judiciário se arvora da função de legiferar, mas resta acuado pela função jurisdicional de dizer o direito quando esse “direito” foi mal produzido.

O Direito, refere Francisco José Borges Motta¹³, parafrazeando Lenio Streck¹⁴, “é sempre, nos quadros de um Estado assim formatado, um instrumento de transformação, porque regula a intervenção do Estado na economia, estabelece a obrigação da realização de políticas públicas e traz um imenso catálogo de direitos fundamentais-sociais”. E, se é assim, não pode ser “qualquer direito”. Passemos, assim, à análise do que se denomina “Teoria da Legislação”.

2.1. A Teoria da Legislação

Inicialmente, a despeito de alguma tendência do emprego do termo “Técnica Legislativa” como sinônimo de Teoria da Legislação¹⁵, Atienza adverte que não se pode confundir técnica(s) legislativa(s) com teoria(s) da legislação. Para o autor, apenas de maneira aproximada pode dizer-se que cabe denominar como “teorías de la legislación” a “aquellos análisis más bien de conjunto, de tipo explicativo y de carácter básico”. As técnicas legislativas possuem características muito mais setoriais, sem pretender explicar um fenômeno, mas “indicar cómo conseguir ciertos objetivos a partir de determinados conocimientos y, en consecuencia, utilizan o aplican saberes que, por tanto, cabe considerar como más básicos”. Por fim, arrematando a distinção de técnica legislativa e de Teoria da Legislação, Atienza observa que “cada tipo de racionalidad presupone una o varias teorías (científicas o no)”¹⁶.

Como exemplo dessa distinção, Atienza observa que a Racionalidade Linguística (R1) pressupõe uma teoria de linguagem, como por exemplo, a teoria da informação, enquanto que a Racionalidade Ética (R5) pode conter apenas uma ou várias teorias da ética, sem significar, necessariamente, uma teoria de legislação. No entender de Atienza¹⁷, a técnica legislativa vem a ser mais uma forma de superar e fazer frente com certa dignidade à “crise da legislação”, como forma de se evitar a produção de normas simbólicas. Segundo o Professor espanhol, uma das razões para isso é que os limites da racionalidade não são apenas “cognoscitivos”, mas também de caráter material e ideológico. No que tange à Teoria da Legislação, Atienza¹⁸ destaca que essa teoria “tendría, por consiguiente, que confrontarse, o quizás que enriquecer, con la tesis del pluralismo jurídico que, como se sabe, niega - ahora y antes - la identificación entre derecho y derecho estatal”, pois não se pode entender bem o que seja a legislação, ou no que reside a afirmação da “crise da legislação” enquanto não se compreender o que seja o Direito em seu conjunto.

A técnica legislativa constitui uma parte da chamada “Ciência da Legislação”, esta composta por quatro campos fundamentais: (1) a teoria geral da legislação, a (2) analítica, a (3) tática e a (4) metódica da legislação. O objeto da técnica legislativa é a busca de uma eficiente redação de leis sem afetar a unidade e coerência do

¹¹ BORDIEU, Pierre; TEUBNER, Günther. **Estudio preliminar y traducción Carlos Morales de Setién Ravina**. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Ediciones uniandes, Instituto Pensar, 2000, p. 15.

¹² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 4.

¹³ MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o Direito a sério: Uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial**. Florianópolis, Conceito Editorial, 2010, p. 26.

¹⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) Crise: Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

¹⁵ Cf. ATIENZA, Manuel. **Contribución a una teoría de la legislación**. Madrid: Cuadernos Civitas, S. A., 1997.

¹⁶ ATIENZA, Manuel. **Contribución para una Teoría de la Legislación**. In: CARBONELL, Miguel; PEDROZA DE LA LLAVE, Susana Thalia (Org.). **Elementos de técnica legislativa**. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2000, p. 20-22.

¹⁷ *Idem, Ibidem*.

¹⁸ *Idem, Ibidem*.

ordenamento jurídico, a qualidade, a publicidade e a viabilidade das normas¹⁹. A Teoria da Legislação de Atienza parte do pressuposto da existência de uma relação existente entre os seguintes elementos: editores, destinatários, sistema jurídico, fins e valores. Ao mesmo tempo, Atienza²⁰ propõe uma concepção de Teoria da Legislação alicerçada em cinco níveis de racionalidade: 1º) Racionalidade Linguística (R1), na qual o emissor (editor) deve ser capaz de transmitir com fluidez uma mensagem (lei) ao receptor (o destinatário); 2º) Racionalidade Jurídico-Formal (R2), no sentido de que a nova lei deve inserir-se harmoniosamente no sistema jurídico; 3º) Racionalidade Pragmática (R3), na qual a conduta dos destinatários teria de se adequar ao prescrito na lei; 4º) Racionalidade Teleológica (R4), consistente no fato de a lei ter que alcançar os fins sociais perseguidos; e 5º) Racionalidade Ética (R5), na medida em que as condutas prescritas e os fins das leis pressupõem valores que teriam que ser suscetíveis de justificação ética.

A análise dos níveis de racionalidade na contribuição de Atienza²¹ para uma Teoria da Legislação está assentada em três objetivos: (a) buscar a unidade ou até mesmo uma articulação entre saberes tão distintos que envolvem os estudos da legislação; (b) definir o estatuto epistemológico dos estudos sobre a legislação; e (c) evitar um uso ideológico, uma sobrevalorização da teoria e da técnica da legislação, que leve não à solução de problemas, mas ao seu mascaramento.

Entretanto, Atienza assume a impossibilidade de cumprir plenamente esses três objetivos delineados. Para o autor, esses níveis de racionalidade (R1/R5) destinavam-se à análise interna da atividade legislativa. O incremento de Atienza como contribuição para uma teoria legislativa reside na tese da necessidade de uma análise externa da atividade legislativa. Primeiramente, esse estudo externo da atividade legislativa estaria voltado inicialmente ao relacionamento entre os cinco níveis de racionalidade, isto é, uma análise estática da racionalidade na produção de normas jurídicas. Depois, o exame externo “implicaría un análisis dinámico, en cuanto que se trataría de ver cómo podrían combinarse estas nociones de racionalidad para dar cuenta del proceso real de la legislación”²².

Analisando a relação entre os níveis/fases de racionalidade, Atienza²³, ensina que o nível de racionalidade linguística é provavelmente o nível de racionalidade que estabelece menos problemas em sua relação com os outros. Segundo o autor, embora se considere a racionalidade linguística como o nível mais básico de racionalidade e que esse nível é pressuposto para todos os demais, deve se ter mente que a racionalidade linguística trata também de uma noção de racionalidade que estabelece exigências que, nos casos de conflitos, haveria que subordinar claramente as derivadas de outras noções de racionalidade.

Como exemplo da quase-ausência de conflitos entre R1 e os demais níveis de racionalidade, Atienza²⁴ sustenta que uma lei não perde nunca sua sistematicidade pelo fato de que aumentou seu grau de clareza e precisão linguística (R1) e vice-versa. Por outro lado, uma lei pode ser altamente racional do ponto de vista linguístico, “pero no desde el punto de vista jurídico-formal (lo que prueba que se trata de dos nociones distintas de racionalidad), aunque no sea posible lo contrario: una ley racional en sentido jurídico-formal es también - al menos en un grado considerable - una ley lingüísticamente racional”.

Apesar dessa fraca possibilidade de conflito entre a racionalidade linguística e os demais níveis de racionalidade, Atienza sugere, por exemplo, que o que faz com que o primeiro nível de racionalidade (R1) possa entrar em conflito com (R3) e/ou (R4) é a existência de legislação simbólica, isto é, de leis feitas para não serem cumpridas, ou para não produzirem os efeitos declarados no seu texto, pois, nesse caso, tais normas tendem a ser intencionalmente “imprecisas” e “obscuras”, significando dizer que a racionalidade linguística (R1) se subordina à racionalidade pragmática (R2) ou à racionalidade teleológica (R4), como se (R1) fosse um meio para atingir as racionalidades pragmática e teleológica²⁵.

Em continuação à análise interna (estática) da atividade legislativa, Atienza destaca a relação entre a racionalidade jurídico-formal (R2) e a racionalidade teleológica (R4). Para explicar essa relação, lança mão do pensamento de Niklas Luhmann. De acordo com Atienza²⁶,

Luhmann [1974] ha mostrado que frente al modo tradicional de dogmática (orientado hacia el pasado, hacia las normas), en los últimos tiempos se pretende instaurar un nuevo tipo de dogmática orientada hacia el futuro, hacia las consecuencias, lo que, en su opinión, pone en grave riesgo la propia subsistencia de la dogmática; una razón importante para ello sería que la orientación hacia las consecuencias significa una amenaza para la seguridad jurídica, ya que el futuro es mucho más complejo que el pasado y, por tanto, también más incierto.

¹⁹ GARCÍA-ESCUADERO MARQUÉZ, Piedad. **Manual de técnica legislativa**. Pamplona, Espanha: Editorial Aranzadi, AS, 2011, 24-25.

²⁰ ATIENZA. **Contribución para una Teoría de la Legislación**, p. 20.

²¹ *Idem*, p. 20-21.

²² *Idem*, p. 23.

²³ *Idem, Ibidem*.

²⁴ *Idem, Ibidem*.

²⁵ ATIENZA. **Contribución para una Teoría de la Legislación**, p. 23.

²⁶ *Idem*, p. 24.

Para Atienza²⁷, a tese de Luhmann é a de que, com a positivação do direito – considerado como o momento na evolução do direito em que as normas entram em vigor e se transformam mediante as decisões, o que implica que não se consideram já como imutáveis –, tem lugar uma diferenciação funcional entre os procedimentos para responder de forma normativa às expectativas não realizadas pela jurisdição e os procedimentos para aprender pelas expectativas não realizadas pela legislação.

Para Atienza, essa contraposição entre a racionalidade orientada, dita por Luhmann, feita pelo *input* – racionalidade normativa – e feita pelo *output* – racionalidade das consequências – estabelece-se também dentro da própria legislação. Ainda, no entender de Manuel Atienza, a contraposição entre a racionalidade jurídico-formal (R2) e a racionalidade teleológica (R4), “podría seguramente mostrarse también empíricamente em los trabajos de elaboración - incluyendo la redacción - de las leyes, en los que cada vez participan más economistas y otros científicos sociales que van desplazando al jurista de formación clásica”.²⁸ Esse processo – superação dos juristas pelas ciências sociais – está acompanhado de uma perda de sistematicidade e de coerência das leis que nem sempre leva consigo um aumento de sua eficiência, pela simples razão de que “los aplicadores del derecho - de cuyas decisiones depende, naturalmente, el que las leyes puedan llegar a ser eficientes - siguen siendo básicamente juristas que orientan su labor de acuerdo con una racionalidad jurídico-formal”.²⁹ É dizer, os cientistas ou técnicos sociais tendem a considerar a racionalidade jurídico-formal não como um meio, mas como um obstáculo para a racionalidade teleológica.

Concluindo o seu pensamento na abordagem da análise interna da atividade legislativa (estática), Atienza observa que não ocorre o mesmo entre a racionalidade pragmática (R3), na qual a conduta dos destinatários teria de se adequar ao prescrito na lei, e a racionalidade teleológica (R4), racionalidade ética (R5), na qual a lei deve alcançar os fins sociais perseguidos.

Atienza sustenta que o cumprimento do direito e/ou a realização dos objetivos sociais estabelecidos é uma questão independente de sua justificação ética (R5). No dizer do autor, essa independência é “la distinción que va entre la técnica y la ética, entre la racionalidad instrumental y la racionalidad de los fines”. Por isso se pode dizer que a racionalidade ética (R5) se diferencia dos outros níveis de racionalidade e não gera nenhuma técnica legislativa, pois não existe nenhum procedimento específico para atingir a liberdade, a igualdade e a justiça por meio das leis, fora das técnicas que geram as racionalidades R1-R4³⁰.

Encerrada a análise interna – estática – da atividade legislativa, Atienza inicia o estudo da análise externa – dinâmica – dos níveis de racionalidade na produção legislativa.

Para a análise externa da dinâmica do processo legislativo, Atienza apresenta três argumentos teóricos da Teoria da Legislação – Noll (1973), Wróblewski (1985) e Losano (1984) – e tece sua crítica a cada um desses modelos. Ao final, Atienza oferece sugestões e estabelece três pontos críticos que poderão servir para investigações futuras sobre a Teoria da Legislação. Segundo Atienza, desde o ponto de vista da metódica da legislação, o processo da legislação se considera como um processo de decisão, de maneira que se possam desenhar modelos da legislação seguindo, de forma mais ou menos explícita, os elaborados pela teoria da decisão racional³¹.

As teorias da decisão racional de Noll (1973) e de Wróblewski (1985), de acordo com Atienza³², são exemplos de modelos de teoria da produção legislativa.

A dinâmica externa do modelo de Noll inicia pela (1) seleção de problemas. A seguir, define os problemas selecionados (2). A próxima fase consiste no planejamento dos possíveis objetivos (3). Na sequência, analisam-se os fatos (4) e se passa à determinação de alternativas (5). A próxima etapa é a crítica da redação eleita (6), encerrando a fase *ex ante*, isto é, antes da criação do texto da lei. Por fim, na fase *ex post*, ou seja, depois de escrita a norma, é realizada a comprovação posterior (7) e a correção (8), retornando ao começo de processo (1).

O modelo de dinâmica externa da produção legislativa de Wróblewski inicia pela determinação de um objetivo (1). Em seguida, passa para a determinação de meios potenciais (2). A próxima etapa consiste na determinação dos meios legais (3). Após, determina uma norma legal como meio para alcançar um objetivo (4). Por fim, é estabelecida uma norma geral como resultado final da atividade legislativa (5).

A crítica trazida por Atienza a esses modelos – apropriando-se de uma reconstrução realizada por W. van der Velden (1985) –, é que, diferentemente do modelo de Noll, que é circular, o modelo legislativo de Wróblewski é linear e não apresenta uma fase *ex post*³³. Além disso, Atienza reforça a avaliação realizada por W. van der Velden em relação aos modelos de Noll e Wróblewski, ao sustentar que essas dinâmicas externas do processo legislativo propostas por esses autores não indicam a ordem temporal das ações, baseiam-se em

²⁷ *Idem*, p. 25.

²⁸ *Idem*, *Ibidem*.

²⁹ *Idem*, *Ibidem*.

³⁰ ATIENZA. *Contribución para una Teoría de la Legislación*, p. 26-27.

³¹ *Idem*, p. 27.

³² *Idem*, p. 28.

³³ *Idem*, *Ibidem*.

exemplos primitivos de modelos de tomadas de decisão e partem de uma série de pressupostos inadmissíveis, pois, em ambos os modelos, o ponto de partida é o legislador, há a suposição de que no processo da legislação só se produz uma lei de cada vez, a figura do legislador é vista como um ser monolítico e se prescinde do contexto do processo da legislação³⁴.

Em relação ao modelo da análise interdisciplinar do caminho legislativo proposto por Losano (1984), Atienza afirma que tal proposta corrigiu algumas das falhas enumeradas anteriormente no dinamismo externo da produção legislativa de autoria de Noll e de Wróblewski. Contudo, no entender de Manuel Atienza, no modelo de análise externa da dinâmica da produção legislativa de autoria de Losano, não se diferencia a fase pré-legislativa da fase legislativa, além de dispensar a fase pós-legislativa. Em razão disso, não há circularidade no modelo de Losano, ou existe de maneira incompleta, bem como pressupõe uma noção de racionalidade apenas instrumental, porquanto “los objetivos o las necesidades aparecen como elementos dados y que quedan fuera de todo control racional”³⁵.

Como visto, apesar do avanço em relação às propostas de Noll e de Wróblewski, Atienza destaca a ausência de distinção da fase pré-legislativa da propriamente legislativa, e a incompletude da circularidade no modelo de Losano, gerando uma “racionalidade absolutamente instrumental”. Atienza entende que a proposta de Losano, dividida em fases pré-legislativa, legislativa e pós-legislativa, melhorou parcialmente, pois ainda se manteve infectada por um considerável/inevitável grau de imprecisão³⁶. O exemplo trazido por Atienza da imprecisão desse processo legislativo externo oferecido por Losano é o caso da discussão nos meios de comunicação sobre a despenalização do aborto e das drogas que, segundo Atienza, não só pode conduzir a iniciativas legislativas em um determinado sentido, mas, também, fazer com que a aplicação das leis em questão passe a tomar parte dessa discussão.

Nesse sentido, para Manuel Atienza, “las experiencias a que da lugar dicha aplicación hacen surgir nuevos problemas sociales, permiten ver aspectos del problema que antes pasaron inadvertidos, etcétera”³⁷. Atienza defende a ideia de que cada uma das fases legislativas – pré-legislativa, legislativa e pós-legislativa – está delimitada por dois extremos que marcam o começo e o final do processo que no esquema se representa por meio de uma série de operações intermediárias³⁸. Esse processo é do tipo circular, arremata Atienza, pois o resultado a que leva uma operação posterior sempre é possível que repercuta em um anterior.

Ao encerrar a abordagem entre o modelo interno e o externo da técnica legislativa, Atienza chama a atenção para uma última distinção de que, segundo ele, não se pode prescindir. Essa importante distinção é fato de que a integração em ambos os procedimentos é difícil (impossível) de se fazer. Para Atienza, a razão para isso é que um modelo de procedimento externo tem característica descritiva, enquanto que os modelos procedimentais internos são caracterizados pelo modo prescritivo, indicando como se deve agir na tomada de decisão racional na promulgação de uma norma. Isso, naturalmente, adverte Atienza, não significa dizer que não haja pontos de contatos entre os modelos – interno e externo –, mas seria demais supor que o caminho legislativo constitui, sim, a realização de um modelo de decisão racional. Provavelmente, arremata Atienza, esta dificuldade tenha a ver com alguns dos inconvenientes que estabeleciam os modelos anteriores. Depois de havermos analisado os modelos interno e externo da atividade legislativa e realizado as críticas que entendemos cabíveis, passam-se à apresentação das três considerações escolhidas por Atienza como sua contribuição para uma Teoria da Legislação.

A primeira consideração de Atienza³⁹ é a de que uma Teoria da Legislação deve conceber-se, obviamente, como uma parte de uma teoria do Direito, e esta última no contexto de uma teoria da sociedade. De acordo com o autor, aqueles que se ocupam da técnica legislativa lamentam a falta de uma autêntica Teoria da Legislação capaz de fornecer um marco adequado para seu trabalho. Atienza⁴⁰ sugere que se faz necessária a existência de teoria geral do direito que objetive “no sólo hacia abajo (es decir, hacia teorías menos generales, como la teoría de la legislación o de la aplicación, las diferentes teorías dogmáticas, etcétera), sino también hacia arriba (hacia la teoría de la sociedad) e incluso hacia los lados (hacia la teoría política y la teoría moral)”.

A segunda consideração de Atienza⁴¹ é a de que a sociologia do Direito ocupa um lugar importante no desenvolvimento dos estudos da Teoria da Legislação, principalmente, no que se refere aos níveis de racionalidade pragmática (R3) e teleológica (R4). O autor entende que teorias da sociologia do direito, como a de Günther Teubner, por exemplo, possuem alcance muito geral e são propensas ao conservadorismo. Conforme Atienza, se a legislação se vê como resultado da autorreprodução do direito, torna-se difícil de assegurar (promover) a função de transformação social do direito⁴².

³⁴ *Idem*, p. 29.

³⁵ ATIENZA. *Contribución para una Teoría de la Legislación*, p. 29.

³⁶ *Idem*, *Ibidem*.

³⁷ *Idem*, p. 32.

³⁸ *Idem*, *Ibidem*.

³⁹ *Idem*, p. 33.

⁴⁰ ATIENZA. *Contribución a una teoría de la legislación*.

⁴¹ *Idem*, *Ibidem*, p. 41.

⁴² *Idem*, p. 34.

Por fim, a terceira consideração de Atienza como contribuição para uma Teoria da Legislação consiste na afirmação de que, nos modelos de Noll, Wróblewski e Losano, antes apresentados, a racionalidade legislativa surge exclusivamente como uma racionalidade do tipo instrumental. No dizer de Atienza, “la racionalidad ética (R5) no figura en ellos o, quizás más exactamente, aparece como un dato más a considerar (esto es, en cuanto conjunto de opiniones sobre lo que está bien o mal, que forma parte de la realidad social), lo que en realidad equivale a eliminar la dimensión ética en cuanto tal”⁴³. Na opinião de Atienza, essa tendência apenas instrumental da racionalidade ética (R5) na atividade legislativa pode estar relacionada com os aspectos descritivos e prescritivos que obrigatoriamente tem que incorporar um modelo dinâmico da legislação. O objetivo da Teoria da Legislação, adverte Atienza, não é a de apenas descrever, mas também de explicar e propor procedimentos que suponham um incremento de racionalidade no que tange à prática legislativa existente⁴⁴.

Como visto, os níveis de racionalidade constituem um processo encadeado da atividade do legislador na produção das leis. O que Manuel Atienza quer dizer com “racionalizar” a produção das leis, dentre outras coisas, é que o legislador não deve carregar a dogmática jurídica de pragmatismo, inviabilizando a eficácia da lei enquanto produtora de efeitos no mundo da vida. A aplicação de uma Teoria da Legislação no processo legislativo contribui para evitar problemas como o simbolismo da lei, a inflação legislativa, a discricionariedade absoluta do legislador e o ativismo judicial, este compreendido como o ofício do juiz que ultrapassa a linha da hermenêutica e transmuda seu mister principal (aplicar a norma jurídica) em “criador” do Direito.

O esforço de Atienza na contribuição para uma Teoria da Legislação reflete a importância da produção de uma dogmática jurídica eficaz, sem implicar que se possa pensar que a função do legislador possui maior valor do que a do julgador. Em outras palavras, não é que a intenção do legislador, ou racionalidade teleológica, se sobreponha e seja a tarefa mais importante do Direito, subjugando a hermenêutica. E também não significa dizer que o juiz deva ser “boca da lei”.

A Teoria da Legislação oferece um embasamento científico para uma produção eficiente de normas jurídicas, o que, notadamente, resultará em uma melhor atuação do Estado-juiz na aplicação/interpretação/integração da lei ao caso concreto.

2.3 O Direito como Integridade e a racionalidade legislativa

A partir das contribuições de Atienza para uma Teoria da Legislação, é possível lançar mão da Teoria do Direito como Integridade, de Ronald Dworkin, para estabelecer um cenário de “convivência” teórica da dogmática com a hermenêutica no campo da Ciência do Direito. Em outras palavras, essa linha de pensamento⁴⁵ aproxima a Teoria da Legislação de Hermenêutica sem apear a atividade do Poder Judiciário na aplicação/interpretação das leis. O intento, então, consiste, inicialmente, em demonstrar uma correspondência entre a racionalidade do processo de produção legislativa e a interpretação/aplicação do Direito, com suporte nos ensinamentos de Ronald Dworkin e da vertente interpretativa capitaneada por Lenio Luiz Streck.

A ideia de Ronald Dworkin passa primeiro pela não aceitação da tese esposada pelo positivismo jurídico de Hart quando este sustenta que, para os casos não previstos em uma regra jurídica, “casos difíceis”, o juiz estaria legitimado a usar a discricionariedade para dar a solução. Assim, o juiz agiria como uma espécie de “legislador” para o caso concreto. Ora, como se deveria saber, o juiz não deve e não pode usurpar a função do legislador. A solução para inexistência de lei para o caso concreto está, conforme Dworkin, na utilização de um conjunto de princípios para a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica da comunidade. Nesse tocante, a prática do juiz está alicerçada em argumentos de princípios, enquanto que o labor do legislador é alumado por argumentos de política. Dworkin sustenta que “el positivismo no consigue ver que el Derecho no es tan solamente un sistema de reglas, por tanto, y que ahí hay algo más, los principios, cuya forma de aplicación es distinta de la de las reglas”⁴⁶. Pois bem, parece claro que o Direito não significa tão-somente um conjunto de regras. Por outro lado, também parece evidente que as regras constituem o Direito; por isso a importância de uma Teoria da Legislação para orientar o processo de produção das leis. Essa teoria, porém, tem de cuidar dos princípios, como procura fazer a Teoria de Dworkin. Até porque os princípios devem iluminar a feitura da lei.

A lei não é senão o resultado de um momento histórico recortado na forma de comando para os atores da vida em sociedade. Não levar em consideração os princípios por ocasião da produção da norma implica dupla dificuldade: maior discricionariedade do legislador e, por consequência, possibilidade de maior dificuldade para o juiz aplicar o direito, sem falar na maior possibilidade de se ampliar ainda mais a discricionariedade judicial.

Aqui há de se registrar que a integridade se presta para uma melhor interpretação construtiva das distintas práticas legais, sobretudo em relação às decisões que envolvem os casos difíceis⁴⁷. A integridade, por meio da coerência, permite ao legislador produzir uma legislação que se harmonize com o sistema jurídico e com a história institucional da comunidade jurídica, evitando, assim, afronta aos distintos níveis de racionalidade da

⁴³ *Idem*, p. 35.

⁴⁴ *Idem*, *Ibidem*.

⁴⁵ Consulte-se HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Teoría de la legislación y derecho como integridad**. Curitiba: Juruá, 2012.

⁴⁶ Cfe. HOMMERDING. *Op. Cit.*, p. 98-99.

⁴⁷ *Idem*, p. 102.

legislação. A coerência possui a função de garantir segurança e de previsibilidade, além de assegurar que tanto o legislador quanto o julgador apresentem a melhor decisão possível⁴⁸, coerente com a história moral comunitária. Nesse sentido, o Direito como Integridade mostra-se como uma alternativa ao convencionalismo⁴⁹ – que rechaça a coerência de princípio como fonte do Direito – e ao pragmatismo⁵⁰ na produção/interpretação/aplicação da norma jurídica. A integridade surge como proposta interpretativa para os juízes na decisão dos casos concretos⁵¹. Mas, antes, surge como um padrão a ser observado pelo legislador. Com efeito, “la integridad es la clave para la mejor interpretación constructiva de las prácticas jurídicas distintas y, en particular, del modo como los jueces deciden los casos (difíciles) en los tribunales”⁵². Há, porém, como dito, uma viabilidade de aplicação da Teoria do Direito como Integridade também no âmbito legislativo.

A doutrina tem trabalhado com propriedade a aplicação da integridade na prática judicial do Direito⁵³. O próprio Dworkin preocupa-se primordialmente com a integridade jurisdicional, uma vez que pouco ingressa no campo da integridade legislativa quando escreve sobre a temática. Nesse sentido, a pergunta que emerge é esta: é possível operar com o modelo de integridade no âmbito legislativo que se orienta pela política?⁵⁴ A resposta deve ser afirmativa, porquanto não apenas se deve exercer um controle “rigoroso” em relação às decisões judiciais, mas, também, em relação às atividades do Poder Legislativo⁵⁵. Isso porque o legislador, ao orientar o processo de produção de leis pela coerência e integridade, transmite ao cidadão e aos operadores (técnicos) do Direito os padrões fundamentais de equidade e justiça. Daí por que Dworkin⁵⁶ sustenta que o legislador é um “agente moral” vinculado à integridade como ideal político. A integridade possibilita melhores argumentos a favor da legitimidade do Direito enquanto lei, pois uma lei que seja produzida a partir da observância de seus níveis de racionalidade tende a ser mais legítima do que aquela criada irracionalmente⁵⁷.

A Teoria da Legislação, ao incorporar padrões de coerência e integridade – a Teoria do Direito como Integridade –, legitima a tomada de decisão pelo legislador na seleção do catálogo de condutas a serem positivadas nas leis. É dizer: a qualidade – material – das leis resulta de um processo racional da atividade legislativa, o que, na linguagem do Direito como Integridade, significa a “moralização do Direito”. Tal moralização deve ser analisada em dois planos: (1) descritivo e (2) prescritivo⁵⁸.

No âmbito da análise descritiva, essa “leitura moral do Direito”, na linguagem dworkiana⁵⁹, inicialmente, não significa aquela moral do legislador (na elaboração) ou a do juiz (na aplicação), mas uma “moral” que depende do “valor político” de suas propostas de elaboração e interpretação do Direito, restringindo as convicções políticas.⁶⁰ Depois, ainda na esfera descritiva, a leitura moral do Direito deve ser compreendida sob o âmbito dos princípios jurídicos.

A propósito, insta esclarecer que, nesse sentido apresentado, o termo “princípio” não se refere aos “princípios gerais do Direito”. Como muito bem leciona Rafael Thomas de Oliveira⁶¹, ainda que se esteja longe de uma unanimidade acerca do significado de “princípio”, o certo é que os princípios gerais do direito “aparecem do projeto jusnaturalista em pleno seio da cultura positivista emergente, como figura capazes de suprimir as eventuais lacunas existentes no sistema positivo do direito codificado para lhe preservar a completude lógico-sistemática conquistada racionalmente”⁶². Os princípios jurídicos, assevera Oliveira, possuem a “função de possibilitar, de forma unitária e coerente, o conhecimento de uma determinada disciplina”⁶³. Dessa forma, quando se fala em leitura moral do direito, o sentido dado ao termo “princípio” deve ser aquele de “princípio jurídico”, que, para o Teoria do Direito como Integridade, serve como elemento restaurador do vínculo entre Direito e moral⁶⁴.

O âmbito prescritivo para uma leitura moral do Direito trata da possibilidade um “acesso privilegiado” do legislador aos “valores morais sociais”. Isso por que as leis são elaboradas com base em discursos originados

⁴⁸ *Idem*, p. 108.

⁴⁹ O convencionalismo pode ser dividido em: estrito e moderado. A forma estrita de convencionalismo “restringe la ley de una comunidad a la ‘extensión explícita’ de SUS convenciones jurídicas, tales como la legislación y el precedente. Para el convencionalismo moderado, al contrario, el Derecho de una comunidad incluye todo lo que esté dentro de la ‘extensión implícita’ de esas convenciones”. (*Idem*, p. 107).

⁵⁰ Conforme Hommerding, “el pragmatismo jurídico, por su vez, afirma que las personas nunca tienen derecho a nada, sino a la decisión judicial que, al fin, se revela la mejor para la comunidad como un todo, sin considerar ninguna decisión política elegida en el pasado”. (*Idem*, p. 109)

⁵¹ HOMMERDING. *Op. Cit.*, p. 112.

⁵² *Idem*, p. 115.

⁵³ Sobretudo os trabalhos de Lenio Luiz Streck, Francisco José Borges Motta, Rafael Thomas de Oliveira, Maurício Ramires e outros.

⁵⁴ Cfe. HOMMERDING. *Op. Cit.*, p. 117.

⁵⁵ *Idem*, p. 11.

⁵⁶ DWORKIN. **O império do Direito**, p. 201.

⁵⁷ HOMMERDING. *Op. Cit.*, p. 118-119.

⁵⁸ *Idem*, p. 119.

⁵⁹ *Idem*, p. 127.

⁶⁰ *Idem*, p. 121.

⁶¹ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 28.

⁶² OLIVEIRA. *Op. Cit.*, p. 50.

⁶³ *Idem*, p. 54.

⁶⁴ HOMMERDING. *Op. Cit.*, p. 122.

de várias formas e que dizem respeito a interesses e grupos distintos⁶⁵. A integridade e a coerência limitam, de certa forma, a impregnação de promessas políticas na forma de legislação. Dessa forma, o processo de racionalidade legislativo conduzido sob os padrões de coerência e integridade contribuirá para a integridade do Direito em sua origem (material e formal). Dito de outra maneira, ao agir, o legislador, empregando os padrões de coerência e integridade, opera de forma a moralizar o Direito, reduzindo o espaço para posteriormente o julgador praticar arbitrariedade e discricionariedade em suas decisões.

Outra questão que emerge quando se apresenta a possibilidade de integrar o Direito no seu processo de criação diz respeito à identificação dos nível(is) de racionalidade que comporta(m) essa integridade⁶⁶.

Em relação à racionalidade linguística (R1), pode-se sustentar a possibilidade de o legislador cumprir a ideia de integridade, porquanto uma vez atingido o “valor comunicação”, situado na base do sistema do Direito, é possível afirmar, em termos analíticos, que, em tese, a lei não viola o princípio da igualdade, pois, por ser clara e precisa, pode se presumir que todas as pessoas, ou boa parte delas, compreenderão melhor o significado de seu alcance⁶⁷. Daí também se pode afirmar que o legislador igualmente aplica a integridade no nível de racionalidade ético (R5), que se entrecruza com a racionalidade linguística (R1), pois alcança, ainda que não completamente, às pessoas igual consideração e respeito⁶⁸.

Por sua vez, no que tange ao nível de racionalidade jurídico-formal (R2), uma lei que se integra harmonicamente no sistema jurídico reflete a plenitude e a coerência de sua finalidade, à medida que produz segurança jurídica e previsibilidade esperadas⁶⁹.

O legislador também aplica a Teoria do Direito como Integridade no nível de racionalidade pragmático (R3), já que uma lei que é cumprida pelas pessoas e que influencia seus comportamentos, produzindo efeitos no mundo da vida, está em conformidade com o Direito como integridade, uma vez que não se traduz num mero instrumento ideal simbólico⁷⁰. Nesse tocante, a coerção do direito, ou *La Fuerza del Derecho*, como sustentam Bordieu e Teubner, está diretamente ligada à racionalidade pragmática (R3), que tem por destinatários os “súditos” e cuja finalidade é o cumprimento do Direito⁷¹. O R3 “opera como el ‘brazo armado’ del Derecho como integridad en el ámbito legislativo”⁷². Dessa forma, é perfeitamente possível a adoção da integridade no campo da produção legislativa também no que respeito à R3. Em relação à racionalidade teleológica (R4), tal nível está ligado ao cumprimento dos objetivos sociais, como, por exemplo, redução do desemprego, combate à pobreza, etc. Isso tem a ver com a efetividade da lei. Esse nível de racionalidade interessa sobremaneira à Teoria do Direito como Integridade, pois apresenta uma particularidade em relação aos demais: os editores estão pautados por determinados interesses e os destinatários são diretamente atingidos por tais interesses. Essa distinção justifica o porquê de a lei, às vezes ser marcada pelo tratamento desigual para que possa, assim, alcançar sua finalidade⁷³.

O Direito como integridade serve ao nível de racionalidade ética por que defende um compromisso do Direito com a moral e a ética, valores consagrados nos Estados Constitucionais, como é o caso do Estado brasileiro. Daí por que para um lei poder se considerar em conformidade com o Direito como Integridade, deve ela ser elaborada sob um discurso moral que preserve ao máximo os valores que presidem o nível de racionalidade ética, principalmente em relação ao valor “igualdade”, pois, como já é sabido, o Direito como Integridade determina que o legislador produza a lei com igual consideração e respeito a todos os cidadãos⁷⁴.

Em conclusão, analisando cada nível de racionalidade, é possível sustentar a compatibilização da Teoria da Legislação com o Direito como Integridade, uma vez que os fundamentos teóricos da legislação encampados por Atienza apresentam coerência, pois buscam a previsibilidade e segurança, sem esquecer da igualdade, como também o faz Ronald Dworkin em sua teoria⁷⁵. Isso porque, ao se reconhecer a necessidade de uma “correção moral” do Direito no processo legislativo, reafirma-se que a busca pela “resposta correta”, tanto para a Hermenêutica quanto para as Teorias da Argumentação, também é possível na atividade do legislador⁷⁶. Daí a sustentação de que a Teoria do Direito como Integridade pode estabelecer uma ponte entre a Teoria do Direito e a Teoria (Ciência) da Legislação.

2.4 A Técnica Legislativa

⁶⁵ *Idem*, p. 126.

⁶⁶ *Idem*, p. 126.

⁶⁷ *Idem*, p. 127.

⁶⁸ *Idem*, p. 127.

⁶⁹ *Idem*, p. 127-128.

⁷⁰ *Idem*, p. 128.

⁷¹ *Idem*, p. 134.

⁷² *Idem*, p. 150.

⁷³ HOMMERDING. *Op. Cit.*, p. 133.

⁷⁴ *Idem*, p. 137.

⁷⁵ *Idem*, p. 138.

⁷⁶ *Idem*, p. 140-141.

A produção das leis, portanto, não pode dar-se de qualquer maneira. As leis são comandos de “dever ser” que repercutem na vida dos particulares e dos entes estatais. O legislador, ainda que detenha a (quase) exclusividade do mister constitucional de produzir as leis, não está isento de limites – formais e materiais – quando do feitiço das normas. A limitação da discricionariedade do legislador no processo legislativo é corolário do Estado Democrático de Direito. No entender de Kildare Gonçalves Carvalho⁷⁷, existem três regras de procedimento na elaboração das leis que corroboram os princípios do Estado Democrático de Direito: a) maioria; b) participação; e c) publicidade. É inata ao Estado de Direito a busca da submissão das relações sociais ao regime legal⁷⁸. Por outro lado, refere Gilmar Ferreira Mendes⁷⁹, “é da essência do sistema Democrático que as decisões fundamentais para a vida em sociedade sejam tomadas pelo Poder Legislativo, instituição fundamental do regime democrático representativo”. Só que essa tomada de decisões implica limitação de discricionariedade.

Também nessa linha de argumentação, Atienza defende a ideia de que a técnica legislativa surge como necessidade de dar uma resposta prática à crise do Direito e do Estado do Bem-estar Social (*Welfare State*)⁸⁰. A técnica legislativa, observa Carvalho, é um método correto de elaborar as leis para torná-las possíveis de serem executadas e cumpridas⁸¹. O objeto da técnica legislativa não é apenas uma boa redação das leis. Também engloba questões mais genéricas como a unidade e coerência do ordenamento jurídico, e a qualidade, a publicidade e a viabilidade das normas⁸². A técnica legislativa é instrumento do Estado de Direito⁸³ na manutenção da segurança jurídica, na medida em que os cidadãos que deverão de cumprir as leis devem poder conhecer com clareza seus comandos, diminuindo a possibilidade de duplas interpretações ou normas contrapostas ou obscuras⁸⁴. Em outras palavras, ao se nortear pelo princípio da segurança jurídica, a técnica legislativa assegura que as normas devem ser produzidas com clareza e precisão, para que o “destinatário das disposições legais possa identificar a situação jurídica que lhe atinge, bem como as consequências da mesma”⁸⁵. Não esqueçamos de que a segurança jurídica, ao fim e ao cabo, entrecruza-se com a isonomia e a consequente garantia de igual tratamento a todos.

3. Considerações finais

O estudo, ainda que de forma não exauriente⁸⁶, pretendeu demonstrar a possibilidade de uma Teoria da Legislação, como preconizada por Manuel Atienza, que incorpore o Direito como Integridade, nos moldes preconizados por Dworkin, que supera, por exemplo, o modelo positivista de regras⁸⁷.

A Teoria da Legislação permite a adoção de critérios racionais no processo de produção da norma jurídica. É dizer: as racionalidades teleológica, pragmática, linguística, jurídico-formal e ética possibilitam a produção de leis menos “infectadas” por fenômenos que possam romper com a autonomia do Direito, como é o caso de leis que tenham em conta apenas interesse econômicos ou político-demagógicos. Isso resulta em um processo de aplicação do Direito pelos técnicos também mais racional, além do fato de o cidadão comum conseguir compreender o que quer dizer o comando normativo. A Teoria da Legislação oferece ao sistema jurídico a possibilidade de produção de eficiência no *output* dos comandos “lícito/ilícito” e “permitido/proibido” para os demais sistemas. A técnica legislativa presente no bojo da Teoria da Legislação direciona a racionalidade do legislador para um fim, uma vez que a norma produzida de forma racional fica menos impregnada pela “corrupção sistêmica”.

A Teoria da Legislação, porém, deve contemplar, desde o processo de elaboração das regras, a presença dos princípios como alumiadores da produção da norma jurídica. Quando os princípios constituem as “raízes” da regra, menor é a possibilidade de os legisladores produzirem leis inconstitucionais e de os juízes proferirem decisões arbitrárias e/ou discricionárias. Ocorrendo o contrário, isto é, uma produção irracional de regras sem o alicerce dos princípios, o campo das ilações nas decisões legislativas e judiciais se amplia resultando, ao final, na prestação jurisdicional arbitrária e/ou discricionária.

4. Referências

⁷⁷ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Técnica Legislativa**. 5. ed. Rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 8.

⁷⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. Questões Fundamentais de Técnica Legislativa. In: **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul** – AJURIS 53, novembro, ano XVIII, Porto Alegre, 1991, p. 255.

⁷⁹ *Idem*, *Ibidem*.

⁸⁰ HOMMERDING. *Op. Cit.*, p. 183.

⁸¹ CARVALHO. *Op. Cit.*, p. 105.

⁸² GARCÍA-ESCUDERO MARQUÉZ. *Op. Cit.*, p. 25.

⁸³ “El Estado de Derecho es, así, decíamos una invención, una construcción, un resultado histórico, una conquista más bien lenta y gradual (también dual, bifronte), hecha por gentes e individuos, sectores sociales, que, frente a poderes despóticos o ajenos, buscaban seguridad para sus personas, sus bienes y propiedades - no taxation without representation - y que, a su vez, ampliando El espectro, exigen garantías y protección efectiva para otras manifestaciones de su libertad”. DÍAZ, Elías. **Estado de derecho y derechos humanos**. NEJ - Vol. 11 - n. 1 - p. 09-25, Jan-jun 2006, p. 13.

⁸⁴ GARCÍA-ESCUDERO MARQUÉZ. *Op. Cit.*, p. 25.

⁸⁵ GALVÃO, Rodrigo (Org.). **Elementos de Técnica Legislativa**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1995, p. 16.

⁸⁶ Para uma melhor compreensão do tema, veja-se: HOMMERDING. *Op. Cit.*

⁸⁷ *Idem*, p. 148.

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

_____. Contribución para una Teoría de la Legislación. In: CARBONELL, Miguel (Org.); e PEDROZA DE LA LLAVE, Susana Thalía (Org.). **Elementos de técnica legislativa**. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2000.

BEDIN, Gilmar Antônio. **A idade média e o nascimento do estado de direito**: aspectos históricos e teóricos. Ijuí: Editora Unijuí, 2008.

BORDIEU, Pierre; TEUBNER, Günther. **Estudio preliminar y traducción Carlos Morales de Setién Ravina**. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Ediciones uniandes, Instituto Pensar, 2000.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Técnica Legislativa**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DÍAZ, Elías. **Estado de derecho y derechos humanos**. NEJ - Vol. 11 - n. 1 - p. 09-25. Jan-jun 2006.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

_____. **O império do Direito**. 2. ed. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica Gildo de Sá Leitão Rios. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GALVÃO, Rodrigo (Org.). **Elementos de Técnica Legislativa**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1995.

GARCÍA-ESCUADERO MARQUÉZ, Piedad. **Manual de técnica legislativa**. Pamplona, Espanha: Editorial Aranzadi, AS, 2011.

HOBBS, Thomas. **Leviatã, ou, Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Trad. Rosina D'Angina. São Paulo: Martin Claret, 2009.

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

MENDES, Gilmar Ferreira. Questões Fundamentais de Técnica Legislativa. In: **Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul – AJURIS** 53, novembro, ano XVIII, Porto Alegre, 1991.

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o Direito a sério**: Uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. Florianópolis, Conceito Editorial, 2010.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

PEREZ LUÑO, Antônio Henrique. **Los derechos fundamentales**. Madrid, Tecnos, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) Crise: Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia**. Novena edición. Madrid: Editora Trotta, 2009.

Recebido em: 18 de junho de 2012

Aceito em: 17 de agosto de 2013