



UNIVERSIDADE DE  
**COIMBRA**

Erika Nobre Martins Gaia Duarte

**EM BUSCA DA RACIONALIDADE DAS LEIS  
PENAIAS**

Uma perspectiva integrada entre a Legística, a  
Argumentação Legislativa e o Controle de  
Constitucionalidade para moderar o populismo penal e  
a hipercriminalização

Dissertação no âmbito do curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais  
orientada pela Professora Doutora Maria João Silva Baila Madeira Antunes e  
apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Outubro de 2020



**Faculdade de Direito  
da Universidade de Coimbra**

## **EM BUSCA DA RACIONALIDADE DAS LEIS PENAIS**

Uma perspectiva integrada entre a Legística, a Argumentação  
Legislativa e o Controle de Constitucionalidade para moderar  
o populismo penal e a hipercriminalização

Erika Nobre Martins Gaia Duarte

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Criminais, orientada pela Professora Doutora Maria João Silva Baila Madeira Antunes.

Outubro de 2020



**UNIVERSIDADE D  
COIMBRA**

## **AGRADECIMENTOS**

---

Os planos de prosseguir na vida acadêmica logo após a licenciatura foram substituídos por uma tarefa quiçá mais desafiadora: criar e educar uma filha já a partir do 2º ano do curso de Direito.

E como filhos são sinônimos de constante e intenso aprendizado, muitas vezes por meio da dor, aprendi o significado de resiliência. Aprendi que, apesar de ter minhas expectativas frustradas naquele momento, isso não significava que não pudesse retomar meus propósitos mais à frente, quando as condições fossem mais favoráveis, ou, para os que têm fé como eu, no tempo de Deus.

Pois bem. Quis Ele que o meu regresso à vida acadêmica fosse aqui, na Universidade de Coimbra, no Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais, área pela qual desenvolvi grande apreço durante os anos de trabalho no Tribunal de Justiça de Alagoas, em contato diário com a temática penalista.

A despeito de ser praticamente uma “caloira” no mundo acadêmico, posso afirmar, com convicção, que as minhas expectativas juvenis foram mais do que superadas: tenho sede de conhecimento e humildade para reconhecer que muito pouco sei, ou nada sei, o que me estimula a seguir adiante nos estudos, em constante evolução.

Diante de todas essas oportunidades, é preciso agradecer, reconhecer o valor daqueles que foram essenciais na minha trajetória:

A Deus e à Nossa Senhora Aparecida por terem protegido, guiado e iluminado a mim e aos meus entes queridos durante este percurso estudantil em Portugal, pois só a fé foi capaz de fazer suportar a distância de “casa” e a superar as incertas e angústias advindas da crise global que se instalou no ano de 2020.

Ao meu marido João Paulo, não só por ter tomado a iniciativa de estudar no exterior, proporcionando a experiência que hoje posso dizer ter sido a mais valiosa das nossas vidas, como também por ter estado ao meu lado nas mais diversas circunstâncias ao longo destes 17 anos juntos.

À minha querida filha Giovanna, que além de me apoiar incondicionalmente, enche-me de orgulho pelo seu caráter, índole e forma de se portar diante do mundo, dando-me a

certeza de que todo o amor e esforço empreendidos na sua criação e educação valeram à pena e de que meu legado se perpetuará.

À minha mãe Silvana, grande médica, cuja maior especialidade é a de cuidar e se dedicar, com muito amor, para que eu tenha sempre as melhores oportunidades na vida.

À minha tia Taciana, pela presença constante em minha vida, proporcionando segurança, amor e paz.

À minha orientadora, Dra. Maria João Antunes, não só pela atenção e presteza com que sempre me recebeu, mas, sobretudo, por ter me inspirado, com a sua visão embasada e crítica sobre o Direito, na escolha do tema objeto deste estudo.

E, por fim, devo agradecer ao Lindolfo, meu amor canino, companheiro de todas as horas, que trouxe mais leveza e alegria aos meus dias de dedicação e concentração.

## RESUMO

---

O populismo penal conduz, dentre outras consequências, à hipercriminalização e à irracionalidade das leis penais, o que constitui uma grande ameaça aos pilares do Direito Penal e aos direitos e garantias fundamentais como um todo. Para fazer frente a esta realidade, na busca pela racionalidade das leis penais, é imprescindível direcionar a atenção ao processo de elaboração das normas. Neste sentido, deve-se priorizar uma perspectiva integrada entre a Legística, que fornece elementos empíricos para a ponderação do legislador na fase pré-legislativa, a argumentação legislativa, que viabiliza a compreensão e avaliação das razões parlamentares durante a etapa legislativa, e o controle de constitucionalidade exercido pelas Cortes Constitucionais, que tem aptidão para examinar a racionalidade quando a lei penal já está em vigor, na etapa pós-legislativa.

**Palavras-chave:** Populismo Penal – Irracionalidade das Leis Penais – Legística – Argumentação Legislativa – Racionalidade como Parâmetro Material no Controle de Constitucionalidade

## **ABSTRACT**

---

Criminal populism leads, among other consequences, to overcriminalization and irrationality of criminal law, which constitutes a major threat to the pillars of Criminal Law and to fundamental rights and guarantees as a whole. To face this reality, in the search for the rationality of criminal laws, it is essential to focus on the process of drafting the rules. In this sense, priority must be given to an integrated approach between Legistics, which offers empirical elements for the legislator's consideration in the pre-legislative phase, legislative argumentation, which enables the understanding and evaluation of parliamentary reasoning during the legislative phase, and the constitutional review exercised by the Constitutional Courts, being able to examine the rationality when the criminal law is already in force, in the post-legislative phase.

**Keywords:** Criminal Populism - Irrationality of Criminal Laws – Legistics – Legislative Argumentation – Rationality as a Material Parameter in the Constitutional Review

## **SIGLAS**

---

AIR – Avaliação de Impacto Regulatório/ Avaliações de Impacto Regulatório

API – Avaliação Prévia de Impacto normativo

CF/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

DPEN - Devido Processo na Elaboração Normativa

INFOPEN – Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias

LC – Lei Complementar

LEP – Lei de Execução Penal

MI – Mandado de Injunção

MS - Mandado de Segurança

OECD – *Organization for Economic Cooperation and Development*

PEC – Projeto de Emenda Constitucional/Projetos de Emendas Constitucionais

PL – Projeto de Lei/Projetos de Lei

R1 – Racionalidade Linguística

R2 – Racionalidade Jurídico-formal

R3 – Racionalidade Pragmática

R4 – Racionalidade Teleológica

R5– Racionalidade Ética

R6 – Meta-racionalidade (razoabilidade)

STF – Supremo Tribunal Federal

UE – União Europeia

## **ABREVIATURAS**

---

art. – Artigo

cf. – Confira-se

p. – Página/Páginas

pp. – Páginas

ss. – Seguintes

## ÍNDICE

---

<b>AGRADECIMENTOS.....</b>	<b>3</b>
<b>RESUMO.....</b>	<b>5</b>
<b>ABSTRACT.....</b>	<b>6</b>
<b>SIGLAS E ABREVIATURAS.....</b>	<b>7</b>
<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>10</b>
<b>Parte I – Contextualizando o problema</b>	
<b>Capítulo I – POPULISMO PENAL E HIPERCRIMINALIZAÇÃO</b>	
1– Noções gerais sobre o populismo penal.....	14
1.1 – O populismo penal e as fases legislativas: a origem do problema.....	18
1.1.1 – A influência da opinião pública e da mídia.....	21
1.1.2 – A interferência das vítimas na fase pré-legislativa.....	23
1.2 – Iniciativas legislativas com “inspiração populista”.....	25
1.2.1 – A progressiva e desproporcional exasperação das leis penais no Brasil e as justificativas do Congresso Nacional para o rigor penal.....	29
1.3 – As nefastas consequências do populismo penal.....	31
1.3.1 – Redução dos direitos fundamentais e desconfiguração das categorias criminais.....	31
1.3.2 – Direito Penal funcional e simbólico.....	33
1.3.3 – Encarceramento massivo e seletivo.....	36
1.3.4 – Hipercriminalização e propensão à irracionalidade das leis penais.....	37
1.3.4.1 – O conceito de racionalidade e racionalidade legislativa penal.....	39
1.3.4.2 – Os níveis de racionalidade: o modelo de Atienza complementado pelas considerações de Ripollés.....	42
1.3.4.3 – O populismo penal e a racionalidade teleológica.....	46
<b>Parte II – Em busca da racionalidade perdida</b>	
<b>Capítulo II – OS CONTRIBUTOS DA LEGÍSTICA</b>	
2 – Legística: fundamentos, objeto e propósitos.....	48
2.1 – A avaliação com base na eficácia da lei.....	51
2.2 – Legística minimalista (formal) e maximalista (material).....	54

2.3 – As avaliações de impacto regulatório (AIR).....	56
2.3.1 – As avaliações <i>ex ante</i> e <i>ex post</i> .....	57
2.3.2 – A relevância das avaliações prospectivas para a concretização dos princípios norteadores do Direito Penal.....	63
2.3.3 – A quem cabe a responsabilidade de realizar a AIR.....	65
2.4 – Desenvolvimentos da Legística.....	67
2.4.1 – Na União Europeia.....	67
2.4.1.1 – Alemanha, Suíça e Portugal.....	69
2.4.2 – No Brasil.....	72
<b>Capítulo III – A INEVITÁVEL LIGAÇÃO ENTRE LEGISLAÇÃO, ARGUMENTAÇÃO E DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL</b>	
3.1 – A argumentação legislativa.....	79
3.1.1 – Como avaliar a argumentação legislativa.....	83
3.1.2 – Os debates parlamentares.....	86
3.2 – O Estado Constitucional e o dever de justificação.....	89
3.2.1 – Tipos de justificação para a criminalização.....	93
3.2.2 – Exposição de motivos e preâmbulo.....	96
3.3 – Democracia Constitucional.....	99
<b>Capítulo IV – O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIS</b>	
4.1 – O papel das Cortes Constitucionais.....	103
4.2 – O controle de constitucionalidade das leis penais.....	109
4.2.1 – À luz da racionalidade.....	113
4.2.2 – A racionalidade abarcada pelo postulado da proporcionalidade.....	115
4.2.3 – A racionalidade como parâmetro material autônomo no controle de constitucionalidade das leis penais.....	120
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>126</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>129</b>

## INTRODUÇÃO

---

A partir do Iluminismo, movimento filosófico surgido no Século XVIII que erigiu a ciência e a razão como pressupostos para alcançar a liberdade, o progresso e a igualdade em um regime marcado pelo absolutismo e pelo teocentrismo, passou-se a desenvolver a noção de que os poderes do Estado deveriam ser limitados.

No âmbito criminal, em que sequer existia a tipificação dos delitos, o que propiciava infundável autoridade e arbítrio aos representantes do Estado, culminando na aplicação de penas extremamente cruéis e desproporcionais, a inspiração iluminista, que teve Cesare Beccaria<sup>1</sup> como um de seus baluartes, empreendeu uma irretratável evolução e, por que não falar, uma grande revolução.

O legado iluminista forneceu os pilares sobre os quais viriam a se apoiar os sistemas penais das sociedades democráticas anos mais tarde, cujo traço distintivo reside no princípio da intervenção mínima: assumindo que o Direito Penal é o instrumento mais drástico de controle social, com severas implicações nos direitos fundamentais do indivíduo, deve ser invocado de maneira excepcional, desde que seja comprovada a sua necessidade, adequação e proporcionalidade.

Todavia, afastando-se dos ideais iluministas, a tutela penal tem sido preferencialmente eleita, em detrimento de outras políticas sociais, para solucionar os problemas das sociedades modernas.

É que, além de o Direito Penal já vir naturalmente se expandindo em virtude da proteção de novos bens, interesses e direitos, o medo do delito e da criminalidade, que imperam na coletividade contemporânea, têm legitimado, com cada vez mais frequência, a adoção de medidas penais com em prol da segurança dos cidadãos.

Por outro lado, a mídia, que hoje possui um poder de abrangência muito mais amplo graças às ferramentas disponibilizadas pela *Internet*, ao sobrerrepresentar essa criminalidade, potencializa o sentimento de insegurança social.

---

<sup>1</sup> Com a concepção, em 1764, do clássico e aclamado *Dos Delitos e das Penas*, obra-prima obrigatória para qualquer penalista que pretenda ser minimamente garantista (BECCARIA. Cesare. *Dos delitos e das Penas*. Trad. Lúcia Guidicini et al. São Paulo: Martins Fontes, 1997).

Este cenário favorece o surgimento do populismo penal, movimento das massas, com fortes componentes de emotividade e de vingança, que se traduz na demanda imediatista por leis e medidas criminalizadoras hiperpunitivistas. Já que são destituídas de fundamentos fáticos e jurídicos sólidos, tais medidas surtem pouco ou nenhum efeito para apaziguar os ânimos sociais e para conter a criminalidade, o que retroalimenta o discurso populista, gerando um círculo de punitividade.

Para além, a utilização do Direito Penal como instrumento prioritário para sanar as mais variadas reivindicações sociais resulta na hipercriminalização e na tendência à irracionalidade das leis penais, na medida em que o legislador, muitas vezes movido pelo mero oportunismo político, prescinde de uma reflexão mais aprofundada acerca da intervenção do meio criminal.

Identificada a questão para a qual pretendemos encontrar solução – a irracionalidade das leis penais –, percebemos que seria preciso direcionar nossa análise ao processo de elaboração das normas, já que “não se pode assumir o arbítrio do legislador e tentar matizá-lo com princípios limitadores no momento de aplicação do Direito, mas deve-se sim submeter o legislador desde o início de sua atividade a critérios racionais de legislação, provendo os meios jurídico-políticos para isso”.<sup>2</sup>

Em outras palavras, foi necessário mudar o foco do Direito posto (*lege lata*), que impede uma reflexão mais ampla acerca do Direito Penal, pois intenta somente legitimá-lo por meio da aplicação e interpretação de regras e princípios, para o momento anterior, de concepção das leis, o processo legislativo (*lege ferenda*).

Diante desta constatação, a fim de que seja alcançado um patamar mínimo de racionalidade nas leis penais, com a conseqüente atenuação do populismo penal e da hipercriminalização, proporemos, nas linhas que seguem, uma abordagem integrada entre a Legística, a argumentação legislativa e o controle de constitucionalidade.

Depois de contextualizarmos, no Capítulo I, o problema objeto de estudo, pretendemos ressaltar, no Capítulo II, que a Legística, através de métodos científicos, nomeadamente as avaliações legislativas *ex ante*, as quais fornecem dados empíricos a partir da realidade social,

---

<sup>2</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. A racionalidade das leis penais: teoria e prática. Tradução de Luiz Regis Prado. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 101.

pode propiciar que o legislador, no momento prévio à elaboração da lei, proceda à ponderação acerca dos principais postulados do Direito Penal, tornando-se, assim, mais consciente e responsável. Ademais, as informações concretas aportadas podem subsidiar eventual controle de constitucionalidade da lei penal.

No Capítulo III, levando em consideração que não é atribuído o devido valor à argumentação no contexto da legislação, proporemos o desenvolvimento desta temática, tanto para compreender quanto para avaliar os argumentos aduzidos pelos parlamentares na etapa legislativa.

Completando o ciclo da racionalidade, no Capítulo IV, quando a lei penal já está em vigor, sobrelevamos a importância de ser adotada uma postura mais proativa das Cortes Constitucionais quando do controle da racionalidade das leis penais, sendo que, para essa finalidade, tais órgãos deverão ser guiados por parâmetros e elementos objetivos, a fim de evitar o ativismo judicial.

Portanto, o raciocínio que intentamos desenvolver visa a coibir a irracionalidade das leis penais em cada uma das etapas da atividade legislativa.

As avaliações *ex ante* proporcionadas pela Legística são úteis para a ponderação do legislador antes da tomada de decisão, ou seja, na fase pré-legislativa. A argumentação legislativa, por seu turno, é pertinente na fase legislativa, durante os debates no Parlamento e quando da apresentação da justificativa das leis. Por último, na fase pós-legislativa, se não tiverem sido alcançados parâmetros mínimos de racionalidade nas etapas anteriores, caberá ao controle de constitucionalidade, exercido pelos juízes constitucionais, a missão de “responsabilizar” o legislador pela decisão adotada, o que, neste contexto, significa que quanto menor for o grau de racionalidade do processo legislativo, menor deverá ser a presunção de constitucionalidade da lei penal editada.

Delineado o ponto de partida e o pretense ponto de chegada desta dissertação, cabe-nos fazer alguns esclarecimentos quanto à metodologia utilizada.

Uma vez que a racionalidade das leis penais ainda é pouco utilizada como critério para o controle de constitucionalidade e, quando o é, não é adotado de forma autônoma, a jurisprudência é escassa sobre essa temática. Por tal razão, nosso estudo é majoritariamente lastreado nas concepções doutrinárias de autores de relevo.

Nesse particular, é conveniente salientar que não tomamos por base nenhum ordenamento jurídico em específico, de modo que partimos de premissas relativamente comuns aos diversos sistemas penais da modernidade.

Contudo, enquanto cidadã brasileira, conhecedora da realidade fática e jurídica do país, serão feitas, quando pertinentes, referências ao tratamento das matérias no contexto brasileiro, o que não enfraquece, a nosso ver, a generalidade das conclusões obtidas com a pesquisa, tampouco a pertinência das proposições feitas, apenas complementa a análise realizada.

Enfim, uma última nota. Com objetivos didáticos, para facilitar a compreensão das ideias postas, cada capítulo será iniciado com uma premissa, sobre a qual serão desenvolvidos os respectivos tópicos. Ao final de cada capítulo, estabeleceremos conclusões parciais e, a par destas constatações, proporemos soluções práticas.

## PARTE I – Contextualizando o problema

### Capítulo I – POPULISMO PENAL E HIPERCRIMINALIZAÇÃO

**Premissa:** O populismo penal culmina, dentre outras consequências, na hipercriminalização e na propensão à irracionalidade das leis penais, notadamente na fase pré-legislativa.

#### 1 - Noções gerais sobre o populismo penal

O termo “populismo”, quando empregado de modo genérico, designa um movimento ou doutrina que faz apelo ao apoio do povo ou das massas.<sup>3</sup> O vocábulo pode ser utilizado em contextos mais específicos, como na política<sup>4</sup>, na mídia<sup>5</sup>, na legislação<sup>6</sup>, na política criminal<sup>7</sup>, no Direito Penal etc. Em qualquer perspectiva, porém, pode-se afirmar que o populismo vale-se do povo para atingir determinados objetivos.

Para os fins deste estudo, interessa-nos, especialmente, o conceito de populismo penal, pois partimos do pressuposto de que ele é o principal motivo da hipertrofia das leis penais e, conseqüentemente, da tendência à irracionalidade de tais leis, problema para o qual pretendemos encontrar soluções ao longo desta dissertação.

---

<sup>3</sup> BOUDON, Raymond. Dicionário de Sociologia. Tradução de Antônio J. Pinto Ribeiro. Lisboa: Dom Quixote, 1990, p. 57.

<sup>4</sup> No dicionário Michaelis, o populismo político consiste na “prática política que se baseia em angariar a simpatia das classes menos favorecidas e de menor poder aquisitivo pregando a defesa de seus interesses, geralmente através de ações paternalistas e assistencialistas”. Os governos populistas são muitos comuns na América Latina. Disponível em: < <http://michaelis.uol.com.br/busca?id=EZ1Kq>>. Acesso em: 22 de novembro de 2019.

<sup>5</sup> Considerando que a mídia é um agente construtor da realidade social, fixador das pautas do debate público, delineando o que poderá ecoar na elaboração da legislação, inclusive penal, o populismo penal midiático se dá quando há a veiculação às massas de um retrato delitivo que não corresponde exatamente à realidade, contribuindo para que seja criado um consenso deturpado em relação ao crime e à criminalidade.

<sup>6</sup> O populismo legislativo faz uso instrumental do aparato estatal e da lei com o propósito de alcançar fins que não condizem com o Estado de Direito. As leis são aprovadas não com o objetivo de garantir a liberdade e segurança dos indivíduos, mas tão somente para manipular as massas. Isso fica muito claro na aprovação de projetos manifestamente inconstitucionais, no reconhecimento de direitos a determinados grupos menos favorecidos sem qualquer respaldo jurídico e etc.

<sup>7</sup> Na área da política criminal, fala-se do discurso populista em tom acusatório, desqualificativo, para exprimir a oposição entre o saber científico e o saber criminológico, dado que, por meio de técnicas específicas, manipula a questão criminal e a vontade da população para atender a interesses que transcendem o sistema penal.

Pois bem. De acordo com Luiz Flávio Gomes<sup>8</sup>, o populismo penal é um discurso e, ao mesmo tempo, um movimento de política criminal, que se utiliza do senso comum, do saber popular e das emoções para impor um Direito Penal autoritário e hiperpunitivista, buscando legitimação nas democracias contemporâneas<sup>9</sup> através do consenso ou apoio em torno do medo e da insegurança, que são explorados e difundidos pela mídia para o endurecimento constante da lei penal, sob a promessa de que, em razão do efeito dissuasório da pena<sup>10</sup> e da condenação, serão resolvidos os problemas sociais.

Em outras palavras: valendo-se da mídia, o populismo introduz na população a noção de que o crime é um fenômeno onipresente – está por todo lado e pode ocorrer a qualquer momento – e onipotente – capaz de infligir as maiores dores e consequências imprevistas, independentemente do *status* social das pessoas –, o que contribui para o medo generalizado. Após obter o apoio das massas acerca da necessidade de combatê-lo – aqui, no sentido literal, de guerra, combate –, o discurso populista atribui o problema da criminalidade à insuficiência de leis e às soluções à prevalência de um Estado punitivo, pugnando pela utilização do Direito Penal para apaziguar a insegurança social, o que culmina, por sua vez, numa infundável espiral de normas cada vez mais severas.<sup>11</sup>

No cotidiano, o populismo é incrementado a partir da sensação de insegurança do cidadão comum, que, vendo-se impotente, demanda uma atuação imediata do Estado, fazendo surgir uma espécie de “fundamentalismo penal criminalizador dos conflitos sociais, que

---

<sup>8</sup> GOMES, Luiz Flávio; ALMEIDA, Débora de Souza de. Populismo penal midiático: caso mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 27 e ss.

<sup>9</sup> O populismo penal é mais frequente nos Estados neoliberais ou Estados mínimos, marcados pela ausência de atuação do Poder Público em setores primordiais. Em tais Estados, faz-se uso da intervenção penal para atender a reivindicações diversas, decorrentes da deficiência estatal, ou seja, a agenda política é voltada para a área da segurança pública (polícia, justiça etc), da qual detêm exclusividade, com o objetivo de reafirmar a legitimidade democrática e liberal. Origina-se, então, um grande paradoxo: o Estado é mínimo quanto às políticas sociais e, ao mesmo tempo, é máximo no que se refere à repressão penal. Nesse sentido, cf. ALMEIDA, Caio Patrício de. Hipercriminalização: o sintoma totalitário na política da liberdade. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, ano 24, vol. 123, set. 2016, p. 218-221.

<sup>10</sup> Quanto às finalidades da pena, parece-nos claro que o populismo penal mescla características retribucionistas e preventivistas. Ora propaga a imposição da pena como uma decorrência imperativa e necessária da prática criminal, sem qualquer função específica, ora aposta no efeito intimidatório que a possibilidade de aplicação da reprimenda produz na consciência das pessoas em geral.

<sup>11</sup> Consoante Luiz Flávio Gomes e Débora de Almeida, a incapacidade do Estado para gerenciar os conflitos sociais torna-o progressivamente punitivo, pois a impotência política transforma-se em potência penal. (GOMES, Luiz Flávio; ALMEIDA, Débora de Souza de, <sup>8</sup> p. 64).

substitui a mediação política nas relações sociais por um Direito Penal de emergência, com caráter contrainsurgente”.<sup>12</sup>

Por conseguinte, a política criminal, que traça os rumos do Direito Penal, passa a ocupar os espaços normalmente destinados a outras políticas disciplinares de controle social, havendo a substituição de políticas inclusivas e integradoras por medidas de exclusão e segregação restritas quase que unicamente ao plano penal.<sup>13</sup>

Nesta visão simplista da realidade, desconsidera-se que o crime é um fenômeno social complexo, efeito de causas diversas e que não pode ser enfrentado por instrumentos exclusivamente jurídico-penais. Evidentemente, não se obtém o efeito desejado pela população (segurança social), pois, como já advertia Faria Costa<sup>14</sup>, pede-se ao Direito Penal algo que ele pouco poderá dar.

É neste cenário que Luigi Ferrajoli conclui que “a política criminal que observamos na atualidade furta-se do modelo garantista, eis que procura dar guarida a anseios imediatistas, oferecendo respostas e atuando em conformidade com as pressões sociais sem nem mesmo se ater à verificação de sua eficácia instrumental como meio de prevenção ao delito”.<sup>15</sup>

Isso significa que, no contexto de uma sociedade punitivista, em que há consenso em torno do combate à criminalidade<sup>16</sup>, legitima-se que legislador adote políticas excessivamente repressivas para salvaguardar a segurança coletiva, desconsiderando, em contrapartida, direitos e garantias fundamentais dos arguidos. Ainda que irracional, esta postura populista gera coesão social, já que conta com amplo apoio popular e midiático.

---

<sup>12</sup> DORNELLES, João Ricardo W. Conflito e segurança: entre pombos e falcões. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 46.

<sup>13</sup> DORNELLES, João Ricardo W,<sup>12</sup> p. 42.

<sup>14</sup> FARIA COSTA, José Francisco de. Reflexões mínimas e tempestivas sobre o direito penal de hoje. In Direito Penal e Globalização. Reflexões não locais e pouco globais. Coimbra: Coimbra Editora e Wolters Kluwer Portugal, 2010, p. 19. Em sentido complementar, tendo em vista que o Direito Penal tem sido invocado para solucionar o problema das drogas, da violência, da psiquiatria e etc., Anabela Rodrigues afirma que “o que se procura é obter o máximo de vantagens sociais com o mínimo custo possível, numa lógica empresarial que domina a actividade estadual de controlo da criminalidade”. (RODRIGUES, Anabela Miranda. Política criminal – Novos desafios, velhos rumos. Universidade Lusíada. Direito. Lisboa, série II, n.º. 03, 2005, p. 24).

<sup>15</sup> FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão – Teoria do garantismo penal. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 97.

<sup>16</sup> O consenso não se dá em relação aos valores sociais, mas em torno da reação coletiva ao crime. É por tal razão que Zaffaroni afirma que “é um *consenso sobre uma base patológica*, que é o que há de mais oposto ao consenso democrático republicano. Trata-se de um consenso teratológico, baseado no medo patológico, na ignorância e na temeridade perante outros riscos iguais ou até maiores”. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. A questão criminal. Tradução de Sérgio Lamarão. 1 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 324).

Assim, o Direito Penal passa a assumir um papel meramente simbólico, ligado a um eficientismo pragmático que é destinado à busca de fins estranhos aos seus princípios norteadores.

Esta tônica do movimento populista evidencia-se na propagação de ideias como o aumento dos tipos penais e da quantidade das penas, a diminuição da idade da imputabilidade penal, a vedação da liberdade provisória, a instituição de regime integralmente fechado para cumprimento da reprimenda e a construção de presídios de segurança máxima com regime disciplinar diferenciado.<sup>17</sup>

Não se pode perder de vista, ademais, que por detrás da suposta prontidão para atender aos anseios populares está camuflado o oportunismo político dos governantes e legisladores, que se utilizam da conveniente “cegueira” do povo para promover os seus interesses pessoais.<sup>18</sup>

Assim, a agenda populista não surge a partir de uma análise profunda sobre a origem dos problemas sociais, das causas dos crimes, tampouco da viabilidade do Direito Penal para intermediar uma solução, mas também do interesse político em satisfazer a preferência do eleitorado. Os políticos logo percebem que podem ganhar votos através da defesa do endurecimento penal.

Neste sentido, Bauman assevera que “a construção de novas prisões, a redação de novos estatutos que multiplicam as infrações puníveis com prisão e o aumento das penas – todas essas medidas aumentam a popularidade dos governos, dando-lhes a imagem de severos, capazes, decididos e, acima de tudo, a de que ‘fazem algo’ não apenas explicitamente pela segurança individual dos governados mas, por extensão, também pela garantia e certeza deles – e fazê-lo de uma forma altamente dramática, palpável, visível e tão convincente. A espetaculosidade – versatilidade, severidade e disposição – das operações

---

<sup>17</sup> Nos Estados Unidos, o populismo punitivo traduziu-se em movimentos reacionários como a política da lei e da ordem, *three strikes and you are out*, guerra contra o terrorismo e guerra contra as drogas.

<sup>18</sup> Como ironicamente já constatava Francisco Weffort, “evite por todos os meios obrigar o povo a refletir. A reflexão é um trabalho penoso a que o povo não está habituado. Dê-lhe sempre razão. Prometa-lhe tudo que ele pede e abrace-o quando puder” (WEFFORT, Francisco. O Populismo na política brasileira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003, p. 24).

punitivas importa mais que sua eficácia, que, de qualquer forma, dada a indiferença geral e a curta memória pública, raramente é testada”.<sup>19</sup>

Portanto, o populismo penal, fenômeno que se alastra nas sociedades democráticas, é identificado por um caráter oportunista e extremista, com fortes elementos emocionais e irracionais<sup>20</sup>, disseminando a percepção de que o rigor da legislação penal – por meio da majoração das penas dos delitos já existentes, da criação de novos delitos ou até mesmo pelo agravamento do regime de execução penal – é a única solução para a questão da criminalidade e da insegurança hodiernas.

### **1.1 - O populismo penal e as fases legislativas: a origem do problema**

A fim de entendermos a dinâmica social que propicia o surgimento do populismo penal e da conseqüente rigidez das normas penais, é importante fazermos uma breve análise sobre as fases do processo legislativo, sobretudo da fase pré-legislativa, já que consideramos que é precisamente na etapa anterior à propositura das leis que o movimento populista tem impulso.

Nesse aspecto, é didática a classificação procedida por Atienza<sup>21</sup>, para quem o processo legislativo pode ser estruturado em três fases: *i*) pré-legislativa, quando se problematiza socialmente a falta de relação entre a realidade social e a adequada resposta jurídica, culminando na apresentação de um projeto de lei; *ii*) legislativa, caracterizada pelo trâmite do projeto na Casa Legislativa até a sua aprovação final; *iii*) e pós-legislativa, com o questionamento, pela sociedade, sobre se a lei guarda correspondência com a realidade que pretende regular.

---

<sup>19</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p. 125.

<sup>20</sup> Corroborando esse pensamento, Balestreri acrescenta: “É uma retórica marcadamente agressiva, não comedida, rupturista, que trabalha a incorporação de categorias ‘morais’ como fatores de alavancagem emocional do debate político (...). Em tal direção, propõe ‘medidas excepcionais’, trocando a liberdade pela segurança, por exemplo, com o fito de combater fantasmas externos (o terrorismo, no mundo rico) ou internos, em todas as partes (o narcotráfico, a delinquência, a imigração, a pornografia, etc)”. (BALESTRERI, Ricardo Brisolla. *Segurança pública e direitos humanos*. Revista de Direitos Humanos. Brasília: SEDHPR, n. 1, 2008, p. 20. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/sedh/dokumentos/revistadh.pdf>>. Acesso em: 24 de abril 2020.

<sup>21</sup> ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, p. 1 e ss.

Com efeito, é no momento prévio à iniciativa legislativa que são examinadas as causas do problema social e as alternativas disponíveis (normativas ou não) para solucioná-lo. Daí a relevância da fase pré-legislativa, pois uma falha no diagnóstico do distúrbio social pode comprometer o adequado funcionamento das demais fases.<sup>22</sup>

Sobre a influência dos movimentos sociais na fase pré-legislativa, Díez Ripollés<sup>23</sup> salienta que agentes sociais<sup>24</sup>, mediante dados reais ou fictícios, tornam crível a ideia de que existe uma disfunção social, que consiste na falta de relação entre determinadas situações sociais ou econômicas e a resposta que a elas dá o Direito Penal, o que permite dar início a uma discussão sobre o tema, geralmente em âmbitos comunicativos relevantes da sociedade.

Acrescenta que, depois de incluída na agenda da temática social, a ideia da disfunção se generaliza, ocasionando o envolvimento emocional da população e a consequente preocupação com o delito e com a delinquência, algo chamado pela criminologia de “medo ante o delito”.<sup>25</sup>

Ocorre que, para que o problema social se torne visível e ganhe autonomia, é preciso haver a intervenção da mídia, que atua para obter o reconhecimento e a delimitação social do distúrbio.

Ainda consoante Ripollés, a participação da mídia gera na população a percepção de uma “onda de criminalidade”, criando um ambiente favorável à transformação do problema

---

<sup>22</sup> Neste sentido, Ripollés assevera: “Despite common belief, the parliamentary phase is not the decisive one; in particular, some stages of the pre-legislative phase can substantially determine the final legislative outcome. Moreover, not only do the previous phases strongly shape the following ones throughout the (current) legislative process, but also all three phases receive feedback from each other either for future modification of the law or for law making at large (Atienza 1992: 68)”. (DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Rationality in Criminal Lawmaking. Rational Decision Making in a Complex Socio-Legislative process*. In: OLIVER-LALANA, A. Daniel (Ed.), *Conceptions and Misconceptions of legislation (Legisprudence Library Book 5)*. Switzerland: Springer, 2019, p. 44-45).

<sup>23</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis<sup>2</sup>, p. 28-40.

<sup>24</sup> Ainda em consoante Díez Ripollés, os agentes sociais podem ser: institucionalizados, como o governo, os partidos políticos, as associações corporativas e os sindicatos; grupos sociais organizados, mas não institucionalizados, como as associações feministas, as de proteção ao meio ambiente, as pacifistas, as religiosas, as culturais, as de vítimas; ou, ainda, grupos de pessoas isoladas, como os cientistas. (DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, <sup>2</sup> p. 28).

<sup>25</sup> Neste ponto, Díez Ripollés adverte que essa expressão é pouco precisa, já que comporta significados diversos: a estimação do *risco* de ser vítima de um delito, o *medo* de ser vítima de um delito, a *preocupação* a respeito dos níveis de delinquência e as *modificações de conduta* adotadas para não ser vítima de um delito. (DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis<sup>2</sup>, p. 30).

social num programa de ação dirigido a oferecer propostas de resolução para o conflito suscitado.

Com o intuito de dar prosseguimento a esse programa, surgem os grupos de pressão especializados, compostos por pessoas com conhecimento específico sobre o problema social<sup>26</sup> e que dispõem de meios materiais e pessoais para se aprofundarem na busca de soluções.

Esses são, resumidamente, nas lições de Ripollés, os estágios prévios à aprovação de uma lei.

Ressalte-se que, se for seguido todo este percurso, haverá legitimação científico-social dos movimentos populares, até porque um problema social não é um fenômeno objetivo, mas uma construção que emerge dos interesses das diversas partes afetadas. Portanto, o fato de as vontades do povo condicionarem a criação e aplicação do Direito nada mais é do que a tradução da democracia.

Todavia, em muitas ocasiões, a evolução social do problema não percorre esta trilha e a mídia atua logo no surgimento da questão, antecipando e substituindo os grupos sociais e de especialistas. Nesse aspecto, Ripollés<sup>27</sup> sustenta que a interferência prematura da mídia acarreta uma visão simplificada e superficial da realidade social, na contramão da progressiva complexidade da sociedade, o que implica, por sua vez, na diminuição do grau de exigência da intervenção penal. Em outras palavras, admite-se que o Direito Penal intervenha de maneira muito mais ordinária, sem se proceder à devida reflexão.

Sob nosso ponto de vista, é justamente a interferência precipitada da mídia na fase pré-legislativa, aliada à pressão exercida por alguns agentes sociais<sup>28</sup>, que impede a adequada

---

<sup>26</sup> Para Luiz Flávio Gomes e Débora de Almeida, na atualidade, os “experts” (professores, criminólogos, sociólogos etc) estão sendo substituídos por novos atores, principalmente os políticos, que passaram a estabelecer uma relação comunicacional direta com a população (vínculo direto entre representantes e representados), a partir de um “tenso tráfego de sensibilidades, ansiedades coletivas e respostas imediatas que, muitas vezes, não contribuem para gerar câmbio nenhum (Colombo: 2011, p. 184)”. (GOMES, Luiz Flávio; ALMEIDA, Débora de Souza de,<sup>8</sup> p. 41).

<sup>27</sup> DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, <sup>2</sup> p. 41.

<sup>28</sup> Como esclarece Gianturco, “(...) alguns atores sociais, seja porque consideram que dada questão deve ser resolvida por meio da atuação política, seja porque querem ganhar alguma renda política, organizam-se (ação coletiva) em grupos de interesse, grupos de pressão, minorias organizadas, e fazem lobismo para inserir tal questão na agenda dos grupos políticos que movem o estado. Outras vezes, e ao mesmo tempo, os próprios atores políticos querem politizar determinada questão, seja para sinalizar proatividade ao eleitorado, seja para resolver um problema real, e buscam o apoio de outros agentes políticos e também de atores sociais vários para emplacar

problematização da questão social, contribuindo para o surgimento do discurso populista, que atribui ao Direito Penal a função de “salvador da pátria”.<sup>29</sup>

### 1.1.1 – A influência da opinião pública e da mídia

Opinião pública é uma expressão polissêmica. No contexto deste trabalho, adotaremos o conceito que a define como um “conjunto de imagens, representações, valores, ideias e ideais, frequentemente veiculado pela mídia eletrônica e impressa, através do qual determinados parâmetros de opinião vêm sendo conformados como se fossem hegemônicos, dominantes ou consensuais”<sup>30</sup>, isto é, como a comunicação que tem o condão de influenciar as autoridades políticas.

Levando em consideração que é a mídia que detém o poder de comunicação social<sup>31</sup>, valendo-se da linguagem, a ela incumbirá importante papel na formação da opinião pública.<sup>32</sup>

Entretanto, como acentua Maria Stela Grossi Porto, “a exposição à violência da forma como é elaborada pela mídia tem como uma de suas principais consequências a transformação dessa mesma violência em algo irreal, refletindo apenas um espectro da realidade”.<sup>33</sup>

Como resultado, segundo Paredes Castañón<sup>34</sup>, a agenda da política criminal está sendo influenciada pelas crenças e valores da opinião pública majoritária sobre a delinquência, a

---

sua agenda (...). (GIANTURCO. Adriano. A ciência da política: uma introdução. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 425).

<sup>29</sup> Também demonstrando preocupação com essa temática, Díez Ripollés ressalta: “The over-representation of layperson pressure groups, specifically victims’ pressure groups and, to a lesser extent, media pressure groups is a distinctive and worrying feature of current criminal justice policy” (DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis,<sup>22</sup> p. 46).

<sup>30</sup> ADORNO, Sérgio. A delinquência juvenil em São Paulo: mitos, imagens e fatos. Proposições. v 13, n. 3 (39), set/dez. 2002, p. 49.

<sup>31</sup> Abrimos um parêntese para esclarecer que, nos dias atuais, com o fenômeno da *Internet* e das redes sociais, a mídia não mais detém o monopólio da comunicação social.

<sup>32</sup> Sobre o protagonismo que têm adquirido os meios de comunicação de massa no que “papel de perversão das normas penais”, Rodríguez Ferrández observa que “la creación de éstas, cada vez más, tiene por objeto el llamar la atención sobre el desvalor social que el legislador considera que merece un determinado comportamiento a la hora de ser tipificado, con total independencia de la aptitud de la norma para evitarlo y de sus posibilidades reales de aplicación; a ello se une el general incremento de la dureza de la punición con el objetivo de obtener el apoyo de la opinión pública”. (FERRÁNDEZ, Samuel Rodríguez. *Efectividad, eficacia y eficiencia de la ley penal*. In: Revista de Derecho Penal y Criminología, año VI, nº 07, Agosto de 2016, pp. 134-142. p 134).

<sup>33</sup> PORTO, Maria Helena Grossi. Violência e meios de comunicação de massa na sociedade contemporânea. In Sociologias, Porto Alegre, ano 4, nº. 8, jul./dez. 2002, p. 164.

<sup>34</sup> PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. *La interacción entre los medios de comunicación social y la política criminal en las democracias de masas*. Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico, nº. 24, 2018, p. 92-115, p. 93-94.

insegurança, o sistema penal e suas falhas, de modo que as políticas postas em prática por meio das reformas legais constituem, em verdade, respostas dos legisladores às inquietações da opinião pública.

É nesse sentido que Maria João Antunes reconhece que “a legislação penal foi-se tornando mais severa por obra do populismo punitivo e por uma percepção distorcida da insegurança da comunidade veiculada pelos meios de comunicação social”.<sup>35</sup>

A atuação deturpada e perniciosa da mídia no campo penal e criminológico foi intitulada por Luiz Flávio Gomes de “populismo penal midiático” ou “a mídia como empresária moral do punitivismo”, que ocorre quando os meios de comunicação desenvolvem uma maneira muito peculiar de fazer jornalismo.<sup>36</sup>

Essa forma de populismo, ainda consoante o autor, além de incentivar o expansionismo penal, possui como características próprias: *i*) reducionismo do que é noticiado; *ii*) ausência de neutralidade ou objetividade; *iii*) duras críticas ao sistema legal de justiça, deslegitimando a “Justiça Oficial”, *iv*) propagação da ineficiência da Justiça como causa de aumento da insegurança e da corrupção; *v*) processos e julgamentos paralelos com base em estereótipos; *vi*) imposição de sanções morais para satisfazer o senso de vingança; *vii*) difusão de uma cultura jurídica externa, que constitui a base para a construção de uma realidade fundada em princípios e valores muitas vezes antagônicos àqueles “oficiais”.

Uma atuação pautada nessas condutas, não é, definitivamente, ética e íntegra e, o que é mais grave, contribui de maneira determinante para que as massas consolidem visões completamente direcionadas e, por isso mesmo, deturpadas sobre o crime e a criminalidade.<sup>37</sup>

---

<sup>35</sup> ANTUNES, Maria João. Novos desafios da jurisdição constitucional em matéria penal. In: D’AVILA, Fabio Roberto; SANTOS, Daniel Leonhardt (Org.). Congresso Internacional de Ciências Criminais. Direito penal e política criminal. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2015, pp. 61-80, p. 71.

<sup>36</sup> GOMES, Luiz Flávio; ALMEIDA, Débora de Souza de, <sup>8</sup> p. 113-114.

<sup>37</sup> Paredes Castañón exemplifica o *modus operandi* dos meios de comunicação: “Convierten, así, algunos casos puramente locales (en el fondo, un homicidio, una violafión, un robo, una venta de drogas... siempre son la expresión de un conflicto intracomunitario) en un problema sistémico de dimensión nacional o internacional cuyas causas son globales y que amerita una respuesta política también global. Esta selección tiene como objetivo colocar el tema en la agenda, Aunque en ocasiones el tema constituye un problema real, otras veces ni siquiera existe como tal, más allá de algún caso aislado. Sea como fiere, incluso si existen, el medio siempre decide seleccionar algunos problemas -y no otros-para visibilizarlos (Surette, 42011 : 42-43)”. (PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, <sup>34</sup> p. 106).

Assim, embora a influência direta da mídia no discurso jurídico possa ser encarada, em tese, como algo positivo e benéfico, já que, inicialmente, tranquiliza os ânimos exaltados da população, um olhar mais atento identificará que as medidas legislativas adotadas no “calor das emoções” são completamente ineficazes para reduzir a criminalidade, não passando de providências simbólicas, atuando ora como fator criminógeno, ora como meio de opressão.

### **1.1.2 – A interferência das vítimas na fase pré-legislativa**

Alguns tipos de crime, principalmente quando atingem pessoas indefesas, a exemplo de crianças e idosos, ou quando são marcados por um alto grau de crueldade e desumanidade, têm a aptidão de abalar emocionalmente a vida em sociedade.

Nesses casos, a quase sempre instantânea identificação da coletividade com o drama das vítimas gera uma consciência coletiva de vingança sobre o crime, que passa a ter uma dimensão emocional, composta por elementos de irracionalidade, e que conduz a intensas reivindicações punitivistas.

A repercussão da situação vivenciada pela vítima possui um alcance muito mais amplo quando há a sua exploração pela mídia, que utiliza uma linguagem carregada de emotividade e subjetividade, muitas vezes sensacionalista e apelativa – por interesses comerciais e financeiros –, para transformar a experiência dessas vítimas em um fenômeno trágico, bastante ameaçador para todas as pessoas, gerando um consenso a respeito da necessidade de combater a criminalidade.

Nos dizeres de Anabela Rodrigues, “está demonstrado empiricamente que o tema do ‘combate à criminalidade’ constitui um subtil regulador dos sentimentos de ameaça da população. Sentimentos poderosos e fortemente enraizados, activados e despertados quando a ameaça é ao mesmo tempo intensa e difusa e a impotência do Estado para controlar a criminalidade é notória”.<sup>38</sup>

Embora legítima, a interferência direta das vítimas ou de seus familiares durante a fase pré-legislativa não se mostra recomendável, uma vez que o fator emocional interfere numa

---

<sup>38</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda, Política criminal – Novos desafios, velhos rumos. Universidade Lusíada. Direito. Lisboa, série II, n.º. 03, 2005, p. 19.

análise racional acerca da necessidade da lei criminal, afinal, o que se pode esperar quando são as vítimas que têm poder de estabelecer a pena dos seus algozes?<sup>39</sup>

Respondendo a esse questionamento com base na realidade brasileira, pode-se esperar uma *lei que muda no ritmo das tragédias*, fazendo alusão a uma reportagem de Laura Diniz, publicada em *O Estado de São Paulo*, no ano de 2008: “O Congresso passou a legislar sobre crimes hediondos, torturas, júris e penas após crimes de interesse nacional. Se os empresários Abílio Diniz e Roberto Medina não tivessem sido sequestrados, o Brasil provavelmente não teria a Lei dos Crimes Hediondos. Se Daniela Perez não tivesse sido brutalmente assassinada, o homicídio qualificado poderia não estar no rol desses crimes. Se a imprensa não revelasse a violência policial na Favela Naval, em Diadema (SP), a lei contra a tortura poderia não existir (...). É somente assim, aos trancos, a reboque de grandes tragédias, que se legisla no Brasil em matéria penal”.<sup>40</sup>

É oportuno mencionar que a influência das vítimas no Direito Penal pode ser verificada em outras leis brasileiras, elaboradas com o intuito de “homenagear” os ofendidos e punir “exemplarmente” os arguidos.

Nesse sentido, são conhecidas: a Lei Maria da Penha (Lei n.º. 11.340/06), que dispõe de mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, “homenageando” Maria da Penha, vítima desse tipo de crime durante um longo período; a Lei Joanna Maranhão (Lei n.º. 12.650/12), que “homenageia” uma famosa nadadora vítima de abuso sexual na infância, modificando regras relativas à prescrição nos crimes contra crianças e adolescentes; a Lei Carolina Dieckman (Lei n.º. 12.737/12), que “homenageia” uma atriz de renome, que teve fotos íntimas divulgadas após a invasão do seu e-mail pessoal, e tipifica criminalmente alguns delitos cibernéticos.

---

<sup>39</sup> Nesse ponto, é pertinente fazer referência ao livro do italiano Daniele Giglioli, “Crítica da vítima”, em que questiona a retórica maniqueísta da sociedade, sempre dividida entre réus e vítimas, vítimas e algozes. Em entrevista disponível em <<https://www.uai.com.br/app/noticia/artes-e-livros/2018/06/08/noticias-artes-e-livros,228620/livro-critica-da-vitima-de-daniele-giglioli-fala-de-temas-delicados.shtml>>, acessada em 12 de abril de 2019, o autor condena a percepção da vítima como herói, já que, sob a sua ótica, ela não fez algo notável, considerável e representativo. Censura, ademais, a constante predisposição à vitimização, quando o ofendido não quer se emancipar da sua dor e tomar novamente as rédeas do seu destino, tornando-se uma eterna vítima das circunstâncias e de si próprio (GIGLIOLI, Daniele. *Crítica da vítima*. Tradução de Pedro Fonseca. 1 ed. Veneza e Belo Horizonte: Editora Ayiné, 2016).

<sup>40</sup> Disponível em: <<https://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,a-lei-que-muda-no-ritmo-das-tragedias,174529>>. Acesso em: 15 de novembro de 2019.

Ainda que o Direito Penal não tenha a capacidade de prever, exaustivamente, todos os bens jurídicos que são dignos de tutela, podendo surgir, com o desenvolvimento social, novos interesses, bens e direitos merecedores de amparo legal, nota-se que uma visão da realidade centrada na perspectiva da vítima faz com que se prescindia de uma avaliação global a respeito da necessidade, adequação e proporcionalidade da intervenção criminal. Se se adotar essa perspectiva, o Direito Penal deixará de se destinar à tutela de bens jurídicos para se direcionar a tutela das vítimas<sup>41</sup> – ou dos sentimentos das vítimas –, o que, evidentemente, não se coaduna com o Estado de Direito.

## 1.2 – Iniciativas legislativas com “inspiração populista”

A inclinação autoritária do Direito Penal pode ser constatada em diversos aspectos.

Em conformidade com Maria João Antunes<sup>42</sup>, “o populismo punitivo português tem sido dirigido ao combate à violência doméstica, à corrupção, ao enriquecimento ilícito, ao terrorismo e dá mostras de pretender o retorno a um direito penal sexual tutelar da moral e dos costumes – dos bons costumes”.

Alguns exemplos disso são: a punição de quem facilitar a viagem ou a tentativa de viagem para um território diferente do seu Estado de residência ou de nacionalidade, com vista à adesão a uma organização terrorista (artigo 4.º, n.º 12, da Lei n.º 52/2003); a iniciativa de criminalizar a conduta de importunar outra pessoa, formulando propostas de teor sexual, o chamado “piropo” (artigo 170.º do Código Penal Português); a criação do registo de identificação criminal de condenados pela prática de crimes contra a autodeterminação sexual e a liberdade sexual de menor (artigo 4.º da Lei n.º 103/2015), sendo que, em alguns casos, tal registo pode perdurar por até 20 (vinte) anos, ainda que a pena máxima prevista para o crime seja de 10 (dez) anos.<sup>43</sup>

---

<sup>41</sup> Esta também é a percepção de Maria João Antunes: “A ressonância comunitária da prática de crimes de certa natureza e gravidade foi arrastando o direito penal de tutela de bens jurídicos para um direito penal de proteção das vítimas. Das vítimas dos agressores sexuais, em geral, e dos abusadores sexuais de crianças, em especial, e, mais recentemente, dos terroristas, dos agressores em contexto doméstico – e até dos agressores de animais de companhia – arrastando o direito penal do facto para um ‘direito penal de autores’”. (ANTUNES, Maria João. Constituição, lei penal e controlo de constitucionalidade. Coimbra: Almedina, 2019, p. 35).

<sup>42</sup> ANTUNES, Maria João. Novos desafios da jurisdição, <sup>35</sup> p. 74.

<sup>43</sup> Em sentido semelhante, o Senado Federal brasileiro recentemente aprovou a criação do Cadastro Nacional de Pessoas Condenadas por Crime de Estupro. A Comissão de Assuntos Econômicos (CAE) aprovou o projeto de lei

A autora demonstra que, na União Europeia, as leis populistas não são uma exclusividade portuguesa, ilustrando com alguns casos.

Na Alemanha, menciona a lei que trata dos *delitos sexuais e outros delitos perigosos* fulminou o limite máximo de duração da medida de segurança de internamento e a norma que inseriu a *medida de segurança sob reserva* para os casos em que ainda haja dúvidas sobre a periculosidade do agente no momento da condenação, podendo a decisão ser tomada pela autoridade da execução já depois cumprida a pena. Na França, destaca a norma relacionada à prevenção e repressão de infrações sexuais e de proteção de menores, que introduziu medidas de vigilância e o seguimento sócio-judicial como complementos da reprimenda, e a medida legislativa que criou um ficheiro automático de autores de crimes sexuais e de crimes violentos. Na Espanha, realça a lei que incorporou a medida de *liberdade vigiada* para imputáveis que cometessem crimes de terrorismo ou contra a liberdade sexual, a ser executada depois de cumprida a pena, e, mais recentemente, a criação do crime de *abandono do local do acidente*.<sup>44</sup>

No Brasil, além das inúmeras normas criadas a partir do clamor social decorrente de crimes de alta repercussão nacional e por influência das vítimas, como ressaltado no tópico anterior, verifica-se o caráter populista da legislação a partir do constante alargamento do rol dos crimes hediondos, como a inclusão do feminicídio (homicídio contra a mulher por razões da condição de sexo feminino – Lei n.º 13.104/15) dentre as espécies de homicídio qualificado (inciso VI, § 2º, do artigo 121 do Código Penal).

O mais recente exemplo de legislação ostensivamente populista<sup>45</sup> é o “Pacote Anticrime” (Lei n.º 13.964/19), encabeçado pelo então Ministro da Justiça Sérgio Moro<sup>46 47</sup>. A

---

n.º. 5.013/2019, que agora segue para análise da Comissão de Constituição e Justiça (CCJ). De acordo com a proposta, o cadastro deverá conter obrigatoriamente as seguintes informações sobre condenados por estupro: características físicas, impressões digitais, perfil genético (DNA), fotos e endereço residencial. Em caso de condenado em liberdade condicional, o cadastro deverá conter também os endereços residenciais dos últimos três anos e as profissões exercidas nesse período. Informações obtidas em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/03/03/cae-aprova-cadastro-nacional-de-estupradores>> Acesso em 02 de outubro 2020.

<sup>44</sup> ANTUNES, Maria João, <sup>41</sup> p. 35-37.

<sup>45</sup> Ostensivamente populista porque, no afã de ser aprovado tal pacote, foram adotados *slogans* como “a lei tem que estar acima da impunidade”, “segurança para a sociedade”, “penas duras para crimes graves”, “mais rigor contra a atuação de organizações criminosas”.

<sup>46</sup> Faz-se interessante ressaltar que o principal motivo da escolha de Sérgio Moro para ocupar o cargo de destaque, por nomeação do Presidente Jair Bolsonaro, foi o fato de ter sido o magistrado responsável por grande

pretexto de aumentar a eficácia no combate ao crime organizado, ao crime violento e à corrupção, esse conjunto de alterações na legislação brasileira, constituído por dois Projetos de Lei ordinárias e um projeto de Lei Complementar, implementou severas mudanças no Código Penal, no Código de Processo Penal, na Lei de Execução Penal, na Lei de Crimes Hediondos e etc.

Dentre as principais alterações que agravam a situação dos arguidos, destacam-se: a mudança do tempo máximo de cumprimento das penas privativas de liberdade, de 30 (trinta) para 40 (quarenta) anos (art. 75 do CP); a imediata execução provisória da pena nos casos de decisão condenatória igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão (alínea *e*, § 1º, do art. 492 do CPP); a impossibilidade de ser concedida liberdade provisória para presos reincidentes ou integrantes de organização criminosa ou milícia (§ 2º do art. 310 do CPP); a vedação das saídas temporárias durante o cumprimento da pena em regime fechado para os condenados por crimes hediondos com resultado morte (§ 2º do art. 122 da LEP); a permissão para que os agentes de segurança pública ajam amparados pelo instituto da legítima defesa ao repelir agressão ou risco de agressão à vítima durante a prática de crimes<sup>48</sup> (parágrafo único do art. 25 do CP).

Reconhecidamente átecnico e marcadamente autoritário, o “Pacote Anticrime” foi alvo de nota emitida pela Associação Juizes para a Democracia (AJD): “(4) Além de não contar com uma técnica apurada, havendo embaralhamento de conceitos e acúmulo de equívocos de

---

parte das condenações – e investigações, já que tempos depois houve a comprovação do comprometimento de sua imparcialidade enquanto juiz responsável pelos julgamentos em Curitiba/PR – da famigerada “Operação Lava-jato”, cujo principal objetivo era combater a corrupção endêmica no país, culminando na prisão de grandes autoridades políticas, dentre elas o Ex-Presidente Lula e o presidente da Câmara dos Deputados Eduardo Cunha. A atuação populista do magistrado extrapolou o campo jurisdicional e rendeu-lhe diversos créditos políticos, tanto que abdicou da carreira jurídica para enveredar no ramo político, tornando-se Ministro de Estado.

<sup>47</sup> Fazendo uma breve pesquisa nos argumentos utilizados por Sérgio Moro para justificar o “Pacote Anticrime” (Projeto de Lei n.º 882/2019, apresentado perante a Câmara dos Deputados), algumas frases com características tipicamente populistas chamaram nossa atenção. São elas: “corrupção, portanto, sempre existiu, porque é inerente à condição humana. Coisa diversa é a elevação acentuada de tal prática nas duas últimas décadas, fato este exibido pela mídia diariamente”; “o mais grave é que as prisões de conhecidas pessoas do mundo político e econômico, não tiveram o esperado efeito de estancar referida prática”; “totalmente conectada à corrupção, encontra-se a questão da segurança pública. Esta, tal qual a primeira, avança de forma assustadora”; “É possível afirmar que nunca o Estado brasileiro se viu tão acuado pela criminalidade, seja urbana ou rural. É um fato notório que dispensa discussões”. Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1712088&filename=PL+882/2019](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1712088&filename=PL+882/2019)>. Acesso em: 23 de julho de 2020.

<sup>48</sup> Em face da violência e truculência policiais no Brasil, esse dispositivo tem sido interpretado como uma “licença para matar”.

redação, o que é inusitado para projetos oriundos de um ministério cujas estruturas somente foram enrijecidas, o Pacote vem desacompanhado das tradicionais justificativas. Essas foram formalmente substituídas por rodadas controladas de entrevistas, evitando, de forma confessa, o diálogo aberto com a comunidade científica, com os profissionais das áreas afetadas e até mesmo com parlamentares responsáveis por sua discussão (...). (6) O pacote despreza a própria experiência que o país amalhou com a edição da Lei dos Crimes Hediondos, aprovada em 1990, com igual propósito de ‘endurecer as penas’. Ignora solenemente o fato de que não houve redução da violência e oculta a circunstância de que a legislação foi alavanca para a criação e o fortalecimento das facções criminosas – que, de uma forma até pueril são denominadas, reconhecidas e eternizadas no texto da lei. Imaginar que a repetição do erro produzirá resultados diversos e melhores é, para dizer o menos, uma grotesca imperícia”.<sup>49</sup>

Ainda sob a alegação de que a legislação é permissiva e de que a impunidade é crescente, são diariamente apresentados Projetos de Lei (PL) e Propostas de Emenda à Constituição (PEC) com o escopo de enrijecer cada vez mais a legislação penal e processual penal.

Nessa linha, pode-se referir a PEC nº 32/2019, apresentada pelo senador Flávio Bolsonaro, do Rio de Janeiro, que propõe a redução da maioria penal para 16 (dezesseis) anos em relação a todos os delitos e no que se refere aos crimes hediondos (tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo, organização criminosa, associação criminosa e “outros definidos em lei”) sugere a redução da maioria penal para 14 (quatorze) anos.

Também se podem citar, a esse propósito, os diversos PL de autoria do senador Márcio Bittar, do Acre: PL nº 651/2019, que acaba com as audiências de custódia; PL nº 647/2019, que proíbe os denominados “saidões” de presos em datas comemorativas, quando lhes é permitido deixar a penitenciária por certo período para encontrar-se com parentes; PL nº 648/2019, que prevê uma série de medidas em relação os crimes de homicídio, estupro e crimes sexuais contra vulnerável, como o aumento das penas mínimas e máximas, prazos mais longos antes de haver prescrição, regime inicial fechado, a ampliação para 50 (cinquenta) anos

---

<sup>49</sup> Comentários disponíveis em: <<https://www.justificando.com/2019/02/19/entidade-de-juizes-critica-pacote-anticrime-falta-de-tecnica-apurada-e-embaralhamento-de-conceitos/>>. Acesso em 02 de outubro de 2020.

em relação ao tempo máximo de cumprimento da pena, o condicionamento da progressão ao cumprimento de  $\frac{3}{4}$  (três quartos) da reprimenda; PL n° 650/2019, que classifica como terrorismo a invasão de propriedade, o bloqueio de estradas e a destruição de bens que ocorrerem durante manifestações, sejam elas políticas, sociais, sindicais, religiosas, de classe ou de categoria profissional.<sup>50</sup>

### **1.2.1 – A progressiva e desproporcional exasperação das leis penais no Brasil e as justificativas do Congresso Nacional para o rigor penal**

Consoante Luís Wanderley Gazoto<sup>51</sup>, do momento da independência (1500) à proclamação da República (1889), a legislação penal brasileira possuía uma tendência liberal, mas sofreu grande retrocesso no período do Estado Novo (1937-1946), com o Presidente Getúlio Vargas, que impôs um sistema penal rigoroso e intervencionista.

Essa rigidez prolongou-se durante o período da Ditadura Militar (1964-1985), a partir de quando, gradativamente, os ares democráticos voltaram a pairar, até que, com a Constituição da República de 1988, foi instituído um novo regime político, no qual foi expandido o elenco de direitos civis, coletivos, sociais e políticos, foram alargados os canais de participação e representação da sociedade civil para com o Estado e foram impostos limites legais ao caráter discricionário do poder público.

A nova Carta Magna gerou grande expectativa quanto à reavaliação do ordenamento jurídico brasileiro como um todo e especificamente em relação ao possível abrandamento e humanização das penas.

Contudo, segundo o estudo de Gazoto, que abrangeu os Projetos de Leis criminais aprovados pelo Congresso Nacional desde o advento do Código Penal, em 1940, até meados de 2009, não foi o que aconteceu. Procedendo a uma análise quantitativa relativamente à

---

<sup>50</sup> Todas as propostas legislativas mencionadas estão disponíveis em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias>>. Acesso em 07 de abril de 2019.

<sup>51</sup> GOMES, Luiz Flávio; GAZOTO, Luís Wanderley. Populismo penal legislativo: a tragédia que não assusta as sociedades de massas. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 163-164.

severidade das leis<sup>52</sup>, concluiu que 80% da totalidade das normas aprovadas impuseram maior rigor ao sistema penal brasileiro.

Para além dos números, chamam à atenção outras conclusões obtidas com a pesquisa<sup>53</sup>:  
*i)* a exposição de motivos dos PL quase sempre se fundamenta na necessidade de repressão, sem a apresentação de dados empíricos; *ii)* é comum o apelo exagerado, puramente retórico, ao valor ético-moral da proteção estatal ao interesse em questão, sem, todavia, fazer referência a critérios de proporcionalidade; *iii)* em diversas oportunidades, os parlamentares deixaram transparecer que suas preocupações decorriam da leitura de jornais e da influência da mídia em geral; *iv)* em projetos que envolvem a proteção de menores, mulheres, idosos e minorias – que geralmente contam com a participação de entidades e associações representativas desses segmentos sociais – é comum que sejam criadas medidas extrapenais meramente programáticas, mas que, concretamente, aumentam penas e incidências de aplicação de leis penais; *v)* nos anos mais recentes, os crimes voltaram-se para temas mais específicos, dentre os quais os delitos cometidos na direção de veículo automotor, pedofilia, corrupção, infrações de menores, “coincidindo” com a os fatos que estamparam a mídia nos últimos anos; *vi)* muitos projetos criminalizantes são de autoria de parlamentares oriundos de profissões ligadas à repressão criminal, como policiais e membros do Ministério Público.

Os dados e desfechos do estudo de Gazoto são corroborados pela pesquisa intitulada “Análise das Justificativas para a Produção de Normas penais”<sup>54</sup>, que selecionou, por sorteio, 100 (cem) propostas de lei em matéria penal apresentadas pela Câmara dos Deputados entre os anos de 1987 e 2006.

Para a citada pesquisa<sup>55</sup>, existe uma “monotonia da intervenção jurídica” no campo penal simbolizada pelo aumento das penas e criação de novos tipos penais, pois de todas as proposições analisadas, cerca de 90% pretendia a criação de um novo delito, a expansão do tipo penal de um delito já existente ou o estabelecimento de novas sanções (prisão, multas etc)

---

<sup>52</sup> Para esse efeito, foram consideradas gravosas as leis que tipificaram novos delitos, aumentaram penas ou restringiram direitos penais, como a liberdade provisória, a progressão do regime de cumprimento da pena etc. (GOMES, Luiz Flávio; GAZOTO, Luís Wanderley, <sup>51</sup> p. 172-173).

<sup>53</sup> GOMES, Luiz Flávio; GAZOTO, Luís Wanderley. <sup>51</sup> P. 275-276.

<sup>54</sup> MACHADO, Máira Rocha; PIRES, Álvaro Penna. Análise das Justificativas para a Produção de Normas Penais. In: Projeto Pensando o Direito. Série n.º. 32/2010. Brasília: Ministério da Justiça e Fundação Getúlio Vargas, 2010.

<sup>55</sup> MACHADO, Máira Rocha; PIRES, Álvaro Penna, <sup>54</sup> p. 17 e ss.

e somente 12 (doze) dentre os 100 (cem) projetos faziam menção a dados empíricos provenientes de estudos prévios, persistindo-se na utilização da categoria de “bem jurídico” para justificar a criação de novos crimes ou o aumento das penas.

Observa-se, de fato, que as leis penais brasileiras estão sendo constantemente submetidas a um processo de recrudescimento e inflexibilidade. Quanto mais ineficaz parece a legislação penal, maior é a tendência do legislador em tentar intensificá-la e expandi-la.

Na nossa percepção, todavia, o aspecto que merece maior atenção é que o Poder Legislativo, tendencialmente, não tem amparado o rigor das leis penais em dados empíricos e científicos, mas somente nas representações sociais, na opinião pública e na mídia. Isto nada mais é do que o retrato do populismo penal no Brasil, onde fica patente a inexistência de ponderação em relação à idoneidade e necessidade da intervenção penal.

O aumento de reprimendas, a expansão dos tipos penais ou a majoração de prazos prescricionais pouco contribuirão para amenizar os problemas da criminalidade, em virtude da clara impropriedade do meio empregado. O que previne a delinquência é a certeza do castigo<sup>56</sup>, na linha do que já defendia Beccaria<sup>57</sup>, juntamente com reformas socioeconômicas e educativas.

### **1.3 - As nefastas consequências do populismo penal**

#### **1.3.1 – Redução dos direitos fundamentais e desconfiguração das categorias criminais**

O aumento do apelo repressivo ocasiona a redução dos direitos, liberdades e garantias dos arguidos, já que se difunde a noção de que o respeito pelos direitos fundamentais e a eficácia da perseguição da criminalidade são inconciliáveis.

É nesse panorama que se passa a permitir a relativização dos direitos fundamentais, o que se notabiliza com a transfiguração da presunção de inocência em presunção de culpabilidade (todos são culpados até que se prove o contrário), com a privação da liberdade de maneira inadvertida, com a mitigação das medidas ressocializadoras (defende-se que a pena deve constituir um fim em si mesmo).

---

<sup>56</sup> A certeza do castigo significa, basicamente, duas coisas: *i*) boa investigação, regular processo e efetiva aplicação da lei penal; *ii*) efetiva execução da pena.

<sup>57</sup> BECCARIA. Cesare, <sup>1</sup> p. 24.

Em virtude desses grandes retrocessos, Anabela Rodrigues propõe uma reflexão: “resta saber se o preço da eficácia na luta contra esta ameaça da democracia é o de atingir a cerne da própria democracia: os direitos fundamentais da pessoa”.<sup>58</sup>

Outra consequência do populismo penal que reflete nos direitos e garantias dos indivíduos, tornando-os suscetíveis ao arbítrio estatal, é a desconfiguração ou deturpação das categorias criminais.<sup>59</sup>

Nesse aspecto, Maria João Antunes<sup>60</sup> assevera que “um dos problemas fundamentais de hoje é o de haver uma intervenção penal à margem de categorias já dogmática e jurisprudencialmente construídas, seja por puro oportunismo político, seja simplesmente por desconhecimento de tais categorias”.

Isso significa que, na tentativa de impor a punição a qualquer custo, acaba havendo uma “burla de etiquetas”, admitindo-se hipóteses que vão de encontro à própria natureza jurídica dos institutos, como, por exemplo, o perigo abstrato presumido, o dolo eventual nos crimes culposos e a responsabilidade penal coletiva.<sup>61</sup>

Em outras oportunidades, o desejo punitivista provoca o retorno de premissas que já pareciam superadas, como a solução dualista de aplicação cumulativa de pena e de medida de segurança privativas da liberdade a agente imputável pela prática de um mesmo fato.

A jurista arremata com a afirmação de que “o afã punitivo do poder político cega-o de tal forma que não lhe permite enxergar as categorias dogmáticas a partir das quais deve ter lugar a intervenção penal”.<sup>62</sup>

---

<sup>58</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda, <sup>38</sup> p. 20.

<sup>59</sup> David Garland enfatiza que “as velhas categorias do ‘crime’ e da ‘delinquência’ se tornaram menos óbvias em termos de padrão de comportamento, e menos absolutas em sua força moral”. (GARLAND, David. A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 205).

<sup>60</sup> ANTUNES, Maria João. Perigosidade – intervenção estatal em expansão? Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 121. ano 24. São Paulo: Ed. RT, julho. 2016, p. 205.

<sup>61</sup> No Brasil, são frequentemente apresentados PL que deturpam as categorias penais. O PL n° 5113/2009 define como “doloso” o crime praticado por “agente sob efeito de alteração psíquico-comportamental derivada do uso de álcool ou de droga ilícita”, sendo que o dolo exige que o sujeito aja com a intenção de provocar o resultado delitivo ou, quando muito, no caso de dolo eventual, exige que o infrator tenha consciência do possível resultado e não se importe com ele. Já o PL n° 3304/08 criminaliza os atos preparatórios do homicídio, sendo que o art. 15 do CP Brasileiro menciona expressamente que, mesmo quando já iniciada a prática criminosa, “o agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos já praticados”.

<sup>62</sup> ANTUNES, Maria João. Perigosidade, <sup>60</sup> p. 203.

### 1.3.2 - Direito Penal funcional e simbólico

A partir do momento em que o Parlamento tem em consideração a opinião pública e jornalística para definir penas e criar novos tipos penais, aproxima-se da corrente denominada “funcionalismo penal”, que, embora rejeite finalidades preventivas às penas, justifica-as com base na funcionalidade que possuem para satisfazer a consciência coletiva ou como instrumento de reafirmação da ordem social face aos crimes.

Entretanto, se entendermos a pena como mero instrumento de estabelecimento de uma ordem desejável para caracterizar o delito como delito ou como confirmação da configuração normativa concreta da sociedade, a sanção penal perde parte de seus limites ético-morais, podendo gerar, nas esferas governamentais, práticas autoritárias, às vezes falaciosas, mas sempre hiperpunitivistas e injustas.<sup>63</sup>

Nesse ponto, não se pode perder de vista “que a política criminal é que permite a conexão do sistema penal aos princípios básicos do Estado Democrático de Direito, aos valores constitucionais, ou seja, ao primeiro fundamento de racionalidade que se demanda em uma elaboração legislativa em sede penal”.<sup>64</sup>

Afinal, todo o Estado Democrático de Direito fica sob ameaça quando se põe em funcionamento mecanismos de controle que superam os princípios informadores do Direito Penal.

Em face dessa realidade, Susana Aires afirma que “o direito penal actual, outrora concebido como a ‘barreira intransponível da política criminal’, se converteu paulatinamente num instrumento ou ‘lunga manus’ da política criminal, num ‘direito penal funcionalizado pela política’, ao qual passa a ser atribuída uma função propulsiva e simbólica enquanto meio que concorre para a realização do modelo e promoção dos fins pré-configurados na Constituição ou até mesmo fora dela”.<sup>65</sup>

---

<sup>63</sup> Nesse sentido, cf. GOMES, Luiz Flávio; GAZOTO, Luís Wanderley, <sup>51</sup> p. 288.

<sup>64</sup> CALLEGARI, André Luis. A política criminal de exceção como política criminal no estado de direito. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de (Org.). Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. São Leopoldo: UNISINOS, 2010, p. 20.

<sup>65</sup> SOUSA. Susana Aires de. Argos e o Direito Penal (uma leitura “dos crimes contra animais de companhia” à luz dos princípios da dignidade e necessidade). JULGAR, n°. 32. Ed. Almedina, 2017, p. 153.

Outra grave consequência do populismo é o Direito Penal simbólico, delimitado por Marcelo Neves como sendo “a produção de textos cuja referência manifesta à realidade é normativo-jurídica, mas que serve, primária e hipertroficamente, a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico”.<sup>66 67</sup>

Cancio Meliá reconhece que o Direito Penal, em geral, tem efeitos simbólicos, porém esclarece que “o sentido crítico do conceito de direito penal simbólico faz referência a que determinados agentes políticos tão-só perseguem o objetivo de dar a ‘impressão tranquilizadora de um legislador atento e decidido’, quer dizer, que predomina uma função latente sobre a manifesta”.<sup>68</sup>

Nos dizeres de Hassemer<sup>69</sup>, trata-se da oposição entre “realidade” e “aparência”, entre “manifesto” e “latente”, entre o “verdadeiramente querido” e o “outramente aplicado”. Portanto, o simbólico associa-se a engano.

Sobre o tema, Luiz Flávio Gomes complementa: “o direito penal (poder punitivo), como sublinha Hassemer e Munoz Conde (1989, p. 23 e ss), está (cada vez) menos orientado à proteção de um bem jurídico do que para efeitos políticos mais amplos como a satisfação de uma ‘necessidade de ação’. No discurso (enganador) se fala em função instrumental do direito penal (função de proteção de bens jurídicos, de prevenção do delito), porém, na realidade, do que se trata é de uma ilusão, visto que a produção legislativa está fadada a só preencher funções simbólicas (enganando-se, assim, o cidadão)”.<sup>70</sup>

Dessa feita, o Direito Penal simbólico constitui um caso de extrapolação dos limites utilitários que o princípio teleológico da sanção penal atribui à intervenção penal. Produz

---

<sup>66</sup> NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. 3 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p. 23.

<sup>67</sup> O autor subdivide a legislação simbólica em três espécies: *i*) como confirmação de valores sociais, em que a dimensão político-ideológica (valores envolvidos na discussão) sobrepõe-se à dimensão instrumental (eficácia da lei); *ii*) legislação-álibi, quando funciona como estratégia para aplacar as exigências dos cidadãos, demonstrando uma suposta sensibilidade às expectativas sociais; *iii*) como fórmula de compromisso dilatatório, que já surge com a expectativa de ineficácia, pois a lei é aprovada com o escopo de adiar a resolução da questão. (NEVES, Marcelo, <sup>66</sup> p. 33 e ss.).

<sup>68</sup> CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madri: Civitas, 2003, pp. 57 e ss.

<sup>69</sup> HASSEMER, Winfried. *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*. Trad. Elena Larrauri, In: Pena y Estado, Santiago: Conosur, 1995, pp. 23-36, p. 26.

<sup>70</sup> GOMES, Luiz Flávio; ALMEIDA, Débora de Souza de,<sup>8</sup> p. 52.

efeitos socio pessoais que carecem de legitimidade, visto que não se acomodam às decisões político-criminais que fundamentam a pena.<sup>71</sup>

Outrossim, por meio das leis penais podem ser repassadas diversas ideias ilusórias, que cumprem a função de disfarçar o déficit de tutela dos bens jurídicos, criando na sociedade a falsa sensação de segurança.<sup>72</sup> Ainda que os efeitos reais das leis penais estejam bem distantes daqueles esperados, resta ao legislador o reconhecimento eleitoral pela atuação.

Levando em conta este enfoque, Juarez Tavares aduz que “o legislador usa o simbólico como forma de ocultar, primeiramente, o déficit de legitimidade de normas incriminadoras que não correspondem a um dano concreto (...). Se o que se quer é desvendar a evidência da legitimação, então, a tarefa inicial deveria ser a de exigir do legislador que indicasse onde, quando e como esse perigo apareceria, o que implicaria vedar que por meio de sua mera alegação de existência se pudesse criminalizar uma conduta”.<sup>73</sup>

É por esse motivo que não se pode ignorar que, ao atender ao clamor social por meio de políticas ditas criminais, o legislador transmite a imagem de estar atento às necessidades populares, o que se reverte, mais à frente, em votos a seu favor.<sup>74</sup>

Isto implica dizer que esse Direito Penal simbólico conduz a escolhas políticas – ou político-eleitorais –, em detrimento de escolhas que salvaguardarão os bens jurídicos essenciais para a vida em sociedade. Portanto, a conjugação entre funcionalismo, simbolismo, mídia e democracia resulta explosiva: populismo penal.

---

<sup>71</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *El derecho penal simbólico y as funciones de la pena*. Madri: Actualidad Penal, n° 1, janeiro, 2001, p. 15.

<sup>72</sup> Albrecht defende que a mera alusão à luta contra a criminalidade não confere legitimidade ao Direito Penal quando os resultados das práticas repressivas são demasiado pobres e completamente contraproducentes, ou seja, meramente ilusórios. (ALBRECHT, Peter-Alexis. *El derecho penal em la intervención de la política populista*. In: Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (ed.). Área de Derecho Penal de la Universidad de Pompeu Fabra (ed. espanola). La insostenible situación del Derecho Penal. Granada: Editorial Comares, 2000, p. 482).

<sup>73</sup> TAVARES, Juarez. Os objetos simbólicos da proibição: o que se desvenda a partir da presunção de evidência. P. 9. Disponível em: <<http://www.opet.com.br/faculdade/revista-anima/pdf/anima5-Seleta-Externa/Juarez-Tavares.pdf>>. Acesso em: 25 de junho de 2020.

<sup>74</sup> De acordo com Luiz Flávio Gomes e Débora de Almeida, “a nova dinâmica social vem gerando grandes metamorfoses na política criminal (e, em consequência, no poder punitivo estatal) (Arocena: 2004, p. 19 e ss), assim como no direito penal (Cabana (diretora): 2004, *passim*). Uma das maiores, provocadas pelo populismo penal, consiste precisamente no valor de ‘intercâmbio’ que essa mercadoria (insegurança pública) está gerando entre a população (que vota) e o político (que depende do voto para sua eleição) (Garland: 2005, p. 48 e ss; Zaffaroni: 2012, p. 241 e ss; Díez Ripollés: 2007, p. 92 e ss)”. (GOMES, Luiz Flávio; ALMEIDA, Débora de Souza de,<sup>8</sup> p. 40).

### 1.3.3 – Encarceramento massivo e seletivo

Como reação ao crescimento da criminalidade, muitos setores sociais têm reivindicado o afastamento dos criminosos do convívio coletivo, mesmo em relação a crimes de menor potencial ofensivo, que admitem alternativas à prisão, disseminando a política hiperpunitivista e a “cultura do encarceramento”<sup>75</sup>, responsável pelo aprisionamento em massa e pela superlotação dos presídios.

As medidas encarceradoras, contudo, já que completamente destituídas de fundamento racional, não apresentam resultados positivos para o incremento da segurança pública. Pelo contrário, demonstram, tão somente, que a violência estatal acaba gerando mais violência social, dada a impossibilidade de ressocialização dos detentos nessas circunstâncias.

A despeito de vir sendo demonstrado, em tempos mais recentes, um movimento de combate aos crimes praticados pelos “poderosos”, como a corrupção e o branqueamento de capitais, que os tem conduzidos para detrás das grades,<sup>76</sup> é certo que as medidas populistas são prioritariamente destinadas à população historicamente excluída de acesso aos direitos fundamentais – negros, pobres, com baixa escolaridade –, ocasionando uma marginalização secundária por meio da prisão.

Como ilustração dessa seletividade, pode-se referir o caso do Brasil. De acordo com dados do INFOPEN, a população carcerária brasileira apresenta o seguinte perfil sociodemográfico: mais de 90% são homens; ao menos 64% é negra; 55% é jovem

---

<sup>75</sup> No Brasil, a “cultura do encarceramento” atingiu índices alarmantes. Embora haja dados mais recentes acerca da realidade brasileira, não conseguimos acesso a tais documentos através do *site* do Ministério da Justiça, pois estão disponibilizados em formato *xlsx*. Por essa razão, reproduziremos as informações consultadas em 20 de março de 2019, quando realizamos pesquisa sobre esse tema para apresentação do relatório na matéria de Criminologia. De acordo com o levantamento do INFOPEN de junho de 2016, existiam 726.712 pessoas privadas da liberdade no Brasil. Entre 2000 e 2016, a taxa de aprisionamento aumentou em 157%. Em 2000, existiam 137 pessoas presas para cada grupo de 100 mil habitantes. Já em junho de 2016, eram 352,6 pessoas presas para cada 100 mil habitantes. A taxa de ocupação do sistema penitenciário brasileiro era de 197,8%, ou seja, a superlotação dos presídios excedia em quase o dobro o número das vagas disponibilizadas. Diante desses índices, o Brasil ocupava a terceira posição no *ranking* mundial do encarceramento, ficando atrás somente da China e dos Estados Unidos, respectivamente em segundo e primeiro lugares. (O relatório do INFOPEN consultado está disponível em: [http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio\\_2016\\_22111.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf)). Acesso em: 20 de março de 2019).

<sup>76</sup> A esse movimento, Luiz Flávio Gomes e Débora de Almeida dão o nome de “populismo penal disruptivo”, “que é assim chamado porque se volta contra os iguais (ou mais ou menos iguais, gente das camadas sociais mais elevadas), ou seja, contra os suspeitos das classes sociais dominantes ou superiores, contra os poderosos, tratando-os, no entanto, também como desiguais (inimigos) (...). A bandeira do populismo penal disruptivo é a universalização (ou democratização) da persecução penal, ou seja, todos devem ser perseguidos criminalmente (não somente os marginalizados)”. (GOMES, Luiz Flávio; ALMEIDA, Débora de Souza de, <sup>8</sup> p. 58-59).

(considerados até 29 anos, nos termos da Lei nº 12.852/2013); grande parte é de baixa escolaridade (51% possui o ensino fundamental incompleto).

Nesse particular, é conveniente esclarecer que o movimento populista de guerra às drogas no Brasil é um dos grandes responsáveis pela seletividade do sistema penal e pela criminalização da pobreza, pois, em consonância com os dados oficiais, em 2006, ano de propositura da Lei de Drogas (Lei nº. 11.343), eram 31.520 presos por tráfico no Brasil, ao passo que, em junho de 2013, esse número chegou a 138.366 detentos pelo mesmo tipo penal, significando um aumento de 339% em menos de uma década.

Essa política de criminalização das drogas também implicou no crescimento substantivo do encarceramento das mulheres nos últimos anos: entre 2006 e 2016, houve um aumento de 567,4%, sendo que pelo menos 62% delas estão presas por tráfico ou associação.

O exemplo brasileiro, reproduzido em outros tantos países, ilustra as consequências da política repressiva e populista, que resulta num sistema carcerário caótico, em que se evidencia todo tipo de desrespeito aos direitos básicos do cidadão.

#### **1.3.4 – Hipercriminalização e propensão à irracionalidade das leis penais**

O populismo penal desencadeia um círculo vicioso: a exploração sensacionalista dos casos-crime pela mídia passa a impressão de que o índice de criminalidade está em constante crescimento, despertando na população um sentimento de medo associado à vingança, o que incrementa as demandas punitivistas. Logo, para atender à opinião pública, utiliza-se do Direito Penal tanto como instrumento para a prevenção dos delitos, através de uma rígida sanção penal (funcionalização), quanto para apaziguar os ânimos dos indivíduos (simbologia), tudo isso viabilizado por um legislador demasiadamente “zeloso”, que se encarrega da propositura e aprovação de leis penais à altura dos anseios do seu eleitorado.<sup>77</sup> Passado algum tempo, diante da completa ineficácia do meio escolhido, os problemas persistem, o clamor

---

<sup>77</sup> Uma vez que o movimento populista tem como referência ético-política as representações sociais punitivas, estas podem influenciar o poder legislativo de duas formas principais: o Parlamento pode estar sinceramente envolvido pela ideia punitiva, havendo uma coincidência entre o pensamento popular e o parlamentar; o Parlamento ou um grupo de parlamentares pode estar se aproveitando de uma situação momentânea de clamor público por maior rigor penal para angariar mais notoriedade, prestígio e créditos políticos. Neste último, há o emprego da lei penal como instrumento de domínio indireto. Cf. GOMES, Luiz Flávio; GAZOTO, Luís Wanderley,<sup>51</sup> p. 293 e ss.

público incandesce, promete-se novamente uma solução milagrosa para a criminalidade e reinicia-se o círculo.

Como não poderia deixar de ser, o resultado de toda esta distopia é a hipertrofia das leis penais.<sup>78</sup> Poder-se-ia mesmo afirmar que há uma produção legislativa em “larga escala”, seguindo o raciocínio industrial, com uma fabricação extensa e mecânica, que, por isso mesmo, prescinde de reflexão.<sup>79</sup>

Aliás, no atual cenário, muitas vezes o papel do legislador tem se resumido ao de um mero tecnocrata, cumprindo suas funções sem qualquer prudência ou sensatez. Abre mão, assim, do controle da racionalidade das leis penais, que exige a clara identificação dos problemas e a subsequente escolha de estratégias de enfrentamento.

À vista disso, resta patente que o princípio da intervenção mínima do Direito Penal tem dado lugar a uma política de intervenção máxima e de hipercriminalização, cujo fundamento, dentre outros, encontra-se no permanente sentimento de insegurança da sociedade, que passa a exigir medidas imediatistas. Como resultado deste “legislar à flor da pele”, nos dizeres de Costa Andrade, emerge a tendência à irracionalidade das leis penais.

Depois de apresentadas as características gerais do populismo penal, a tendência de desenvolver-se com maior ênfase na fase pré-legislativa, bem como suas consequências mais relevantes, com destaque para o expansionismo desmedido das leis penais, chegamos ao ponto

---

<sup>78</sup> A ininterrupta elaboração de novos tipos penais também “faz nascer” inúmeros criminosos, uma vez que a expansão legislativa tem o efeito de transformar todos os indivíduos em potenciais delinquentes, os quais passam a ser objeto do poder repressivo estatal. Em contrapartida, o aparelho penal do Estado, obviamente limitado, tanto em termos de estrutura como em termos de pessoal, não acompanha o ritmo desenfreado da criminalização, gerando na sociedade um sentimento de impunidade. Esse sentimento, por sua vez, reforça a crença de que tal Estado é leniente e permissivo, retroalimentando a demanda punitivista.

<sup>79</sup> Essa lógica legiferante dá origem, ainda, a um sistema jurídico incoerente e repleto de antinomias. Cite-se o exemplo da legislação brasileira: provocar uma lesão corporal gravíssima em uma pessoa, como deixa-la paraplégica, tem uma pena mínima de 2 anos de prisão (§ 2º do art. 129 do CP). Falsificar um desodorante tem pena mínima de 10 anos de prisão (art. 273 do CP). É oportuno lembrar que este último delito, compreendendo as condutas de *falsificar*, *corromper*, *adulterar* ou *alterar* produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, sofreu séria alteração em seu preceito secundário por conta da chamada Lei dos Remédios (Lei 9.677/98), quando a pena mínima do delito foi elevada em dez vezes e a máxima em cinco, a partir da demanda populista originada da ineficácia do medicamento anticoncepcional Microvlar, produzido pela empresa Schering do Brasil, que resultou na gravidez indesejada de diversas mulheres, no caso que ficou conhecido como as “pílulas de farinha”.

de partida desta pesquisa, premissa do Capítulo I: o populismo penal culmina, dentre outras consequências, na hipercriminalização e na propensão à irracionalidade das leis penais.<sup>80</sup>

Por conseguinte, direcionamo-nos à **Conclusão Parcial I**: é preciso racionalizar o processo de criação das leis penais.

#### 1.3.4.1 – O conceito de racionalidade e racionalidade legislativa penal

O aumento quantitativo da produção legislativa conduz a um forte decréscimo da qualidade formal e material das leis penais. Mas, afinal, o que significa “qualidade” do ponto de vista legislativo? E mais, o que implica dizer que uma norma é racional no contexto penal?

Embora esses conceitos não sejam uníssonos, traremos as distintas concepções de alguns autores que, ao final, tornam-se complementares.

“Qualidade legislativa” é uma expressão um tanto quanto vaga<sup>81</sup>, pois pode ser aferida mediante parâmetros distintos. Com o intuito de precisá-la, Flückiger<sup>82</sup> elegeu três critérios principais, que são os factuais, os redacionais e os jurídicos.

Os factuais possibilitam a análise da capacidade de a lei se adequar aos fatos, isto é, a eficácia da norma, que poderia ser mensurada pela avaliação de impacto. Os critérios de qualidade redacional, por sua vez, seriam direcionados aos elementos textuais da lei, tais quais clareza, simplicidade, coerência, precisão e concisão, dando prioridade à acessibilidade e à compreensão do texto. Já o critério jurídico leva em consideração, notadamente, o respeito às regras e princípios jurídicos (legalidade, direitos fundamentais, interesse público etc.), sendo resultante das noções de legitimidade democrática, subsidiariedade, proporcionalidade, segurança jurídica e transparência do processo legislativo.

---

<sup>80</sup> Em algumas oportunidades, sequer são exigíveis conhecimentos técnicos para se verificar a irracionalidade das leis penais, como quando, por exemplo, há a proposição da lei quase que imediatamente após o clamor social por conta de um crime de alta repercussão, denotando a total ausência de reflexão. Ou, ainda, quando as leis não se baseiam em argumentos e fatos empíricos, apresentando justificativas genéricas e abstratas, como os altos índices de criminalidade e a utilidade das penas para prevenir os delitos.

<sup>81</sup> No juízo de Mader, uma boa lei é simplesmente aquela capaz de realizar a reforma regulatória para a qual foi criada, ou seja, que seja capaz de levar eficácia à regulação. (MADER, Luzius. *Evaluating the effect: a contribution to the quality of legislation*. Statute Law Review. 2001. 22: 119–131, p. 126).

<sup>82</sup> FLÜCKIGER, Alexandre. *Qu'est-ce que "mieux légiférer"?* In: Guider les parlements et les gouvernements pour mieux légiférer: le rôle des guides de légistique. Genève: Schulthess, 2008, p. 14-15. Disponível em: <<https://archive-ouverte.unige.ch/unige:3918>>. Acesso em: 19 de setembro de 2020.

O processo de criação normativa e as reflexões sobre a qualidade da lei e sua eficácia inserem-se em uma racionalidade legislativa, ou seja, em um modo de pensar a lei.<sup>83</sup>

Sobre a racionalidade legislativa, Atienza<sup>84</sup> a compreende como uma razão forte, capaz de captar a essência das coisas, sendo essencial para uma melhor compreensão de mundo e para decidir como nele atuar - racionalidade substantiva, e não somente jurídico-formal. Para ele, uma decisão jurídica é racional se: *i*) respeita as regras da lógica dedutiva; *ii*) está em consonância com os princípios da racionalidade prática, que conforma o sistema jurídico como um todo; *iii*) é tomada sem prescindir das fontes do direito de caráter vinculante; *iv*) não é adotada com fundamento em critérios não previstos especificamente no ordenamento jurídico.<sup>85</sup>

Ocorre que, por vezes, a ideia de racionalidade legislativa é apartada da realidade fática. Por esse motivo, Wintgens<sup>86</sup> propõe uma noção de racionalidade vinculada à capacidade de resolver conflitos. Tal racionalidade deve ser contextualmente situada, de modo a ser influenciada pelo tempo, lugar e circunstâncias. Observa-se, com isso, que ele parte de um sentido mais palpável de racionalidade, com limitações, condicionada, fora das definições fechadas e ideais.

Seguindo essa mesma linha, Zapatero entende que, na prática, trata-se de uma espécie de coerência entre as decisões com o conjunto de máximas, princípios, regras, etc., que compartilha uma comunidade determinada e cujos membros consideram que deve ser a base para tomar determinadas decisões no marco da atividade de que se ocupa dita comunidade. O próprio autor qualifica sua definição como mais modesta, mas, em compensação, mais realista, operativa e aberta, enfatizando que não existe uma única racionalidade. E, especificamente no processo normativo, há uma pluralidade de racionalidades.<sup>87</sup>

---

<sup>83</sup> Existirem autores, como Luhmann, que sequer acreditam na possibilidade de haver racionalidade ligada à legislação, pois tal racionalidade seria um atributo exclusivo da jurisdição.

<sup>84</sup> ATIENZA, Manuel. *Contribución a una teoría de la legislación*. Madrid: Civitas, p. 78-79.

<sup>85</sup> ATIENZA, Manuel. *Argumentación y legislación*. In: MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio (Dir.). *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*. Madrid: Civitas, 2004, pp. 89-112, p. 92.

<sup>86</sup> WINTGENS, J. Luc. *The Rational Legislator Revisited. Bounded Rationality and Legisprudence*. In: *The Rationality and Justification in of Legislation: Essays in Legisprudence*. (Legisprudence Library) Hardcover – Switzerland: Springer, p. 1-31, 2013, p. 5-6.

<sup>87</sup> ZAPATERO GÓMES. *Teoría de la legislación*. Cátedra de Filosofía del Derecho, Moral y Política. Almería, 1996, p. 9, *apud* NASCIMENTO, Roberta Simões. *Teoria da legislação e da argumentação legislativa na*

Ainda sobre a racionalidade legislativa, Díez Ripollés dispõe que seria “a capacidade para manter com um setor da realidade social uma interação que se corresponde, que é coerente, com os dados que constituem essa realidade e que conhecemos”.<sup>88</sup>

Ademais, levando em consideração que a legislação penal está diretamente relacionada ao controle social jurídico sancionador, estando articulada com os princípios da proteção, responsabilidade e sanção, a racionalidade legislativa penal consistiria “na capacidade para elaborar no âmbito desse controle social, uma decisão legislativa que atenda a dados relevantes da realidade social e jurídica sobre os quais ela incide”.<sup>89</sup> O autor acrescenta que a racionalidade legislativa penal seria o produto final do desenvolvimento de uma teoria da argumentação jurídica voltada ao plano da legislação criminal (tema que será tratado no Capítulo III), o que garantiria que as decisões legislativas fossem capazes de obter acordos sociais, refletindo a realidade social na qual fossem formuladas.

Já para Adán Nieto Martín<sup>90</sup>, a racionalidade legislativa das normas penais compreende, necessariamente, quatro elementos: *i*) a racionalidade ética ou axiológica da lei, que se refere à discussão acerca dos bens jurídicos que podem ser protegidos, à forma de atribuir responsabilidade e às sanções que se pode prever; *ii*) racionalidade procedimental, que se concentra em *como* e *por quem* são feitas as leis, o que deve abranger a participação da comunidade científica; *iii*) racionalidade técnica e sistemática, ou coerência legislativa, dispondo que a lei deve contar com uma linguagem clara e estrutura adequada; *iv*) racionalidade pragmática, muito mais empírica que as demais, compreendendo a eficácia das leis.

Tomando por base a acepção de Díez Ripollés, Rodríguez Ferrández<sup>91</sup> conclui que uma decisão legislativa penal racional deve ser: efetiva, de maneira que o comportamento dos destinatários esteja de acordo com o que está prescrito na lei; eficaz, quer dizer, que os efeitos

---

Espanha e no Brasil: análise dos cenários das leis sobre a violência contra a mulher. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Universidade de Alicante, Brasília, 2018, p. 93.

<sup>88</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, <sup>2</sup> p. 86.

<sup>89</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, <sup>2</sup> p. 86-87.

<sup>90</sup> NIETO MARTÍN, Adán. *Un triángulo necesario: ciencia de la legislación, control constitucional de las leyes penales y legislación experimental*. In: Revista de Derecho Penal y Criminología, año VI, nº 07, Agosto de 2016, p. 16-17.

<sup>91</sup> FERRÁNDEZ, Samuel Rodríguez. *Efectividad, eficacia y eficiencia de la ley penal*. In: Revista de Derecho Penal y Criminología, año VI, nº 07, Agosto de 2016, pp. 134-142. p. 135-136.

produzidos por ela correspondam aos fins sociais que foram perseguidos com a sua criação; e eficiente, implicando que os custos (não somente econômicos) advindos da eficiência e da eficácia sejam razoáveis, o que, neste caso, será medido em termos de restrição da liberdade dos indivíduos.

Em outras palavras, “tudo isso para se certificar de que a proibição veiculada pela norma tenha condição de ser *cumprida*; que esteja em condições de reagir ao seu descumprimento, isso é, seja passível de *aplicação*; seja presumível que o seu cumprimento produza os efeitos de tutela perseguidos; e por fim, ‘que a aplicação da norma possa ser mantida dentro da *delimitação* imposta pela responsabilidade e pela sanção’”.<sup>92</sup>

Sob o nosso ponto de vista, para os propósitos desta pesquisa, é adequada a concepção de racionalidade legislativa penal elaborada por Diéz Ripollés, clarificada por Rodríguez Ferrández.

#### **1.3.4.2 – Os níveis de racionalidade: o modelo de Atienza complementado pelas considerações de Ripollés**

Fixada a premissa de que um processo legislativo mais racional dá origem a um produto também racional – a lei –, Atienza<sup>93</sup> ampara a racionalidade legislativa, inicialmente, em cinco níveis, sendo os quatro primeiros instrumentais e o último justificador. São eles: R1 – racionalidade comunicativa ou linguística; R2 – racionalidade jurídico-formal; R3 – racionalidade pragmática; R4 – racionalidade teleológica; R5 – racionalidade ética.

Antes, contudo, é importante fazer menção ao fato de que o jurista compreende que a atividade legislativa consiste em uma série de interações entre editores, destinatários, sistema jurídico, fins e valores.

No nível R1, o emissor ou editor da norma deve ter a habilidade de transmitir com fluidez a mensagem da lei ao receptor ou destinatário. O incremento deste nível de racionalidade depende da utilização de conhecimentos da linguística, lógica, informática, dentre outros, para evitar as ambiguidades e incoerências decorrentes do caráter impreciso da linguagem.

---

<sup>92</sup> DIÉZ RIPOLLÉS, José Luis, <sup>2</sup> capa da obra.

<sup>93</sup> ATIENZA, Manuel, <sup>84</sup> p. 24-63 e 77-91.

A racionalidade R2 significa que a nova lei deve estar em harmonia com o ordenamento jurídico, o que traz uma ideia de sistematicidade sob os vieses interno – dentro da lei devem-se evitar lacunas e contradições na regulamentação do tema proposto – e externo – a norma precisa observar as regras e princípios já presentes no sistema jurídico. Devem preponderar, dessa feita, valores como a segurança jurídica e a supremacia da Constituição. Em última análise, esse nível de racionalidade requer uma melhora na “técnica jurídica”, o que exige conhecimentos da dogmática jurídica, do Direito comparado, da teoria geral do Direito e da lógica jurídica.

Já a racionalidade R3 tem o objetivo de adequar a conduta dos destinatários às prescrições da lei. Trata da eficácia social da lei, fazendo com que seja obedecida espontaneamente. As técnicas que podem ser empregadas para satisfazer essa racionalidade advêm da ciência política, da psicologia e, principalmente, da sociologia.

Na racionalidade R4, a lei deve alcançar os objetivos sociais almejados. Para esse fim, o Direito deve ser compreendido sob o ângulo funcional, isto é, o ordenamento jurídico deve ser um meio para que sejam atingidos determinados fins (reduzir as desigualdades sociais, promover eficiência econômica, melhorar o nível de educação da população, gerar mais empregos etc.), que variam de acordo com o tempo e com o estágio de evolução social. Para suprir esse nível de racionalidade, deve-se utilizar conhecimentos oriundos da sociologia do Direito, análise econômica do Direito, teorias da implementação etc.

Para a racionalidade R5, as condutas prescritas e as finalidades das leis pressupõem valores que seriam suscetíveis a uma justificação ética. Desempenha uma função mais negativa que positiva. Diferentemente dos demais níveis, não há uma técnica legislativa que possa incrementá-la, embora os aportes da filosofia do Direito, da moral, da política e da própria sociologia do Direito possam fornecer os valores socialmente vigentes.

Atienza salienta que estes cinco níveis de racionalidade constituem uma espécie de tipologia comum das leis, na medida em que “the activity of issuing a law implies the will to achieve a certain social objective (teleological reasons) that must be justified (axiological reasons), for which it is necessary to formulate a set of well-constructed statements (linguistic

reasons) whose content fits in with the legal system (systematic reasons) and gives rise to actions (pragmatic reasons) that allow the achievement of the objective”.<sup>94</sup>

De maneira bastante realista, o autor reconhece que dificilmente serão satisfeitos todos os níveis de racionalidade ao mesmo tempo e, antecipando-se às críticas, sugere que as situações de conflito entre os diversos níveis devem ser solucionadas com prioridade aos níveis superiores, quer dizer, as racionalidades teleológica e pragmática sobrepõem-se às racionalidades jurídico-formal e linguística.

Uma vez que o autor dedicou (e ainda dedica) grande parte dos seus estudos à temática legislativa, mais recentemente incluiu um nível de meta-racionalidade (R6) ou racionalidade transversal<sup>95</sup>, que é a eficiência, não traduzida em termos econômicos, mas como razoabilidade, no sentido de que exista um equilíbrio na concretização das racionalidades anteriores – o eventual sacrifício de algum dos níveis deve ser feito a um “custo razoável”.

Seguindo essa lógica, é admissível a realização limitada de um objetivo legislativo valioso se uma realização plena de tal objetivo implicar no comprometimento muito negativo de aspectos sistemáticos ou pragmáticos, ou seja, tornando impossível satisfazer os requisitos associados com a racionalidade sistemática ou pragmática. Percebe-se, assim, que o autor sugere que a maior ou menor bondade de uma lei deve ser, em última análise, um julgamento geral ou holístico.<sup>96</sup>

A despeito de inovadores e inestimáveis, os contributos do jurista espanhol não se referem às especificidades do processo de elaboração das leis penais. Para este âmbito, Díez Ripollés sugeriu algumas adaptações à teoria de Atienza. Basicamente, considera que o estudo das diversas racionalidades deve ser feito de forma inversa<sup>97</sup>, ressaltando que o seu escopo

---

<sup>94</sup> ATIENZA, Manuel. *Legislation and Argumentation: Towards a Model for the Analysis of Legislative Reasoning*. In: OLIVER-LALANA, A. Daniel (Ed.), *Conceptions and Misconceptions of legislation* (Legisprudence Library Book 5). Switzerland: Springer, 2019, p 167.

<sup>95</sup> ATIENZA, Manuel. *Tras la justicia*. Barcelona: Ariel, 2012, p. 224.

<sup>96</sup> ATIENZA, Manuel, <sup>95</sup> p 168.

<sup>97</sup> Esta metodologia de Ripollés é, inclusive, assentida por Atienza: “Ha de tenerse en cuenta, en todo caso, que la ordenación de niveles antes presentada está hecha más o menos en abstracto y siguiendo un orden de complejidad creciente. Puede por ello ser el adecuado para propósitos de análisis y de evaluación. Pero cuando se trata de usarla a los efectos de sugerir cómo argumentar, ese orden (vid. Díez Ripollés 2003) tiene que ser invertido (o cambiado): hay que comenzar por discutir qué objetivos deben perseguirse con la ley y si éstos se encuentran justificados; luego, qué medios objetivos y subjetivos (sanciones en sentido amplio) deben usarse a fin de lograrlo; qué sistemática debe tener la ley a fin de que resulte completa y consistente; y, finalmente, cómo deben

principal é o de agregar racionalidade ao processo legislativo na prática, e não simplesmente avaliar a racionalidade as leis já postas.<sup>98</sup>

Para tanto, elege a racionalidade ética<sup>99</sup> para delimitar o campo de atuação das demais racionalidades. Na sequência, a racionalidade teleológica fixaria os objetivos a serem perseguidos dentro dessa moldura e as demais racionalidades se sucederiam em ordem decrescente de instrumentalidade.

No que toca à racionalidade teleológica, e este ponto será objeto de análise mais detida no próximo tópico, reside outra questão de discórdia. Enquanto Atienza sustenta que, nesse nível, é essencial que a lei possua eficácia, compreendendo uma avaliação *ex post*, Ripollés, em contrapartida, defende que a racionalidade teleológica deve direcionar-se ao momento anterior ao exame sobre a realização dos objetivos, quer dizer, à fase pré-legislativa (avaliação *ex ante*).

A racionalidade pragmática seria, então, o ajuste entre os objetivos traçados pela racionalidade teleológica e as possibilidades reais de intervenção social ao alcance da decisão legislativa.<sup>100</sup>

As demais concepções de racionalidade são semelhantes para ambos os autores. Ripollés reconhece, ainda, o acerto na decisão de Atienza de agregar um sexto nível de racionalidade (razoabilidade) como dimensão transversal, funcionando como qualidade exigida a cada uma das racionalidades.

Para Ripollés, havendo discrepâncias relativas à elaboração de leis criminais racionais dentro de qualquer nível, a única diretriz eticamente legitimada para resolvê-las é o critério democrático, dado que não haveria alternativa à regra da maioria para decisões de política criminal em sociedades democráticas. Primeiro, porque este critério está de acordo com as crenças comuns sobre legitimação política na contemporaneidade, desde que sejam

---

estar redactados sus artículos”. (ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Ed. Trotta, 2013, p. 718).

<sup>98</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, <sup>2</sup> p. 91 e ss.

<sup>99</sup> Para ele, o conceito de ética se prenderia ao sistema de crenças, cultural e historicamente condicionado, que, por sua vez, condiciona determinada sociedade e que deverá enquadrar necessariamente a atividade legislativa. Em sentido similar a Habermas, a ética 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). (DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, <sup>2</sup> p. 92).

<sup>100</sup> A concepção de racionalidade teleológica de Ripollés mais se assemelha à concepção de racionalidade pragmática de Atienza.

preservados os valores e princípios essenciais partilhados por todos. Segundo, porque corresponde à estrutura política das sociedades pluralistas, que se baseiam no pressuposto de que seus cidadãos tenham as habilidades analíticas necessárias e a vontade de debater e adotar decisões sobre questões que afetam aspectos substanciais da vida social. Terceiro, este critério permitiria que avançássemos para a implementação de verdadeiras democracias deliberativas e participativas, onde as decisões coletivas são resultado do discurso público.

O autor traça um paradigma original em que a legislação penal é integrada pelo plano dinâmico (operacional), que descreve e analisa criticamente o processo legislativo, juntamente com suas fases e subfases, e pelo plano prescritivo (valorativo), que estabelece os conteúdos de racionalidade que devem ser levados em conta na atividade legislativa (dimensão normativa).

Esse método tem a finalidade de criar condições para o controle de legitimidade das leis penais, que não abrange somente o controle de constitucionalidade, como também os parâmetros de racionalidade exigíveis, permitindo a invalidação de toda decisão legislativa penal que não seja pautada em tais requisitos.<sup>101</sup>

### **1.3.4.3 – O populismo penal e a racionalidade teleológica**

Partindo-se do axioma segundo o qual a racionalidade teleológica é o nível dedicado à confrontação de valores, princípios e aspirações contrapostos presentes na sociedade em um determinado momento, bem como entre os interesses particulares e setoriais que os diferentes agentes sociais (mídia, vítimas, políticos etc) e grupos de pressão procuram garantir, e, tendo em mente que o populismo penal tem sua maior ascensão na fase pré-legislativa, consoante já demonstrado anteriormente, é patente a relevância desta racionalidade para coibir as nefastas consequências do movimento populista.

Uma lei cumprirá as demandas de racionalidade teleológica se os conteúdos essenciais da norma forem estabelecidos através de um debate aberto em que qualquer ideologia, opinião

---

<sup>101</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, <sup>2</sup> p. 22-23.

ou interesse tenham a oportunidade de se expressar e argumentar, nos ditames do princípio deliberativo próprio de uma sociedade democrática.<sup>102</sup>

Por certo, os debates sócio-políticos iniciados a partir da racionalidade teleológica, na etapa prévia à proposição da lei, refletirão, com clareza, nos acordos alcançados sobre os objetivos a serem perseguidos através da decisão legislativa penal e, máxime, evidenciarão o que deve ser objeto de tutela, o âmbito e grau de proteção desejáveis e os respectivos níveis de exigência de responsabilidade e sanção em caso de descumprimento da norma.<sup>103</sup>

Não obstante, a transparente discussão do problema social tem o condão de coibir a prevalência das finalidades ocultas da lei sobre as finalidades declaradas, pois, como alertado por Atienza<sup>104</sup>, as leis podem ter duas funções: as manifestas, declaradas no preâmbulo e ressaltadas nas discussões parlamentares; e as latentes, sejam as deliberadamente ocultadas, sejam as eventualmente silenciadas pelos seus autores, que provavelmente não têm consciência da sua importância.

Revelar as verdadeiras finalidades por detrás das normas é, por certo, uma tarefa árdua, mas que pode ser facilitada por meio de um debate democrático e transparente sobre a proposição legislativa.

A despeito de ser desejável um acordo entre os diferentes interesses sociais, públicos e privados, é certo que, em havendo divergência, o critério democrático deve se impor, pois é o único capaz de refletir entendimento ético-político sobre, pelo menos, a importância do bem jurídico protegido, a intensidade do cumprimento obrigatório da lei e as consequências negativas do seu não cumprimento.<sup>105</sup>

Tendo consciência de que as ideias aqui expostas em relação à necessária inter-relação entre a racionalidade teleológica e o populismo penal podem ressoar um pouco abstratas, traremos uma perspectiva mais palpável.

---

<sup>102</sup> Sobre o princípio deliberativo e a racionalidade teleológica, Ripollés sublinha: “The necessity of promoting public debates (as much rational and deliberative as possible) must be a constituent element of teleological rationality. See Habermas (1994: 187–195, 203–207 and 340–348) for a recognition of the necessary confrontation between moral and ethical grounds, particular interests and pragmatic reasons at the time of the democratic and deliberative setting of the political will”. (DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis,<sup>22</sup> p. 49).

<sup>103</sup> Conforme DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis,<sup>2</sup> p. 188.

<sup>104</sup> ATIENZA, Manuel,<sup>84</sup> p. 50.

<sup>105</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis,<sup>2</sup> p. 173 e ss.

A nossa convicção é a de que a racionalidade teleológica pode ser concretizada por meio das ferramentas disponibilizadas pela Legística, especialmente as avaliações legislativas *ex ante*, as quais têm aptidão para aprimorar a racionalidade no momento anterior à proposição da lei.

Dessa feita, chegamos à **Proposição I**: realização dos estudos da Legística para concretizar a racionalidade das leis penais, principalmente a racionalidade teleológica.

## **PARTE II – Em busca da racionalidade perdida**

### **Capítulo II: OS CONTRIBUTOS DA LEGÍSTICA**

**Premissa:** No âmbito penal, o emprego dos métodos da Legística, amparados em estudos científicos e em dados empíricos obtidos a partir da realidade social, contribui para que o legislador, no momento prévio à tomada de decisão (fase pré-legislativa), possa fazer uma ponderação mais clara e fundada sobre princípios norteadores do Direito Penal.

#### **2 – Legística: fundamentos, objeto e propósitos**

Antes de propor uma lei criminal, o legislador deveria indagar se, para atingir determinado objetivo, o meio penal seria o mais adequado, necessário e proporcional. Contudo, isto não é o que ocorre na maioria das situações.

Já vimos que o populismo penal é um mal que assola diversas sociedades democráticas e que uma de suas piores consequências, senão a pior, é o expansionismo da legislação penal, resultado da ação impensada do legislador, que cede à pressão, ainda na fase pré-legislativa, da opinião pública, da mídia e dos inúmeros agentes sociais.

Desse modo, o debate acerca da intervenção penal deve centrar-se não na norma já posta (*lege lata*), e sim no momento prévio à sua elaboração, no curso do seu processo de formação (*lege ferenda*), a fim de que a lei exprima uma decisão racional, reduzindo os perigos da arbitrariedade do legislador.

Com efeito, o interesse no estudo da legislação surgiu a partir do momento em que se tomou consciência de que “atividade legislativa não é o simples produto da ação conjunta

duma diversidade de imposições de natureza política ou a mera expressão de actos simbólicos que visam satisfazer a opinião pública”, e sim “uma atividade com uma finalidade, destinada a produzir resultados concretos e a contribuir para a solução de problemas efectivos”.<sup>106</sup>

Com precisão, Carlos Blanco de Moraes revela que “a partir dos anos oitenta, o estudo das normas experimentou um salto qualitativo, a partir do momento em que não juristas passaram a observá-la interessadamente, como um instrumento de acção e transformação política e económica, passando a ser estudada no domínio da sua ‘governance’, ou seja, nas técnicas e métodos que devem reger a sua concepção, avaliação, redação, sistematização, praticabilidade. Nasceu, assim, a *Legística* como parcela de uma ciência auxiliar da ciência jurídica, preocupada com as consequências produzidas pelos actos legislativos e os meios passíveis de potenciar a sua qualidade, simplificação e eficiência”.<sup>107</sup>

Conforme referido pelo autor, a reflexão acerca do procedimento legislativo levou à identificação de uma disciplina autónoma, distinta dos estudos da ciência jurídica – que não se ocupa dos efeitos das normas jurídicas sobre a realidade social –, a chamada Teoria da Legislação, que abrange conhecimentos de várias disciplinas, como Filosofia do Direito, Direito Constitucional, Direito Parlamentar, Ciência Política, Economia, Sociologia, Linguística. É, portanto, uma ciência interdisciplinar que tem um objeto claro: o estudo da produção legislativa.

Em 1986, Karpen<sup>108</sup> desenvolveu uma classificação dos domínios de estudo da Teoria da Legislação, classificação esta que, mais tarde, serviu de base para que fossem formuladas outras propostas, dentre as quais a de Mader.<sup>109</sup>

---

<sup>106</sup> MADER, Luzius. A avaliação legislativa: uma nova abordagem do direito. *Legislação: Cadernos de Ciência da Legislação*, Oeiras, Portugal, n. 1, p. 39-49, abr./jun. 1991, p. 40-41.

<sup>107</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. *Manual de Legística: critérios científicos e técnicos para legislar melhor*. Ed. Verbo, 2007, p. 30.

<sup>108</sup> Karpen, Ulrich. Zum gegenwärtigen Stand der Gesetzgebungslehre in der Bundesrepublik Deutschland, *Zeitschrift für Gesetzgebung*, 1986, p. 5-32, *apud* SOARES, Fabiana de Menezes. *Legística e desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro da otimização de uma legislação melhor*. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, v. 50, jan./jun. 2007, p. 45.

<sup>109</sup> O autor reconhece sete domínios de estudo: Metodologia Legislativa (direcionada à elaboração dos conteúdos normativos); Técnica Legislativa (voltada à estrutura formal dos atos legislativos); Redação Legislativa (ocupando-se das questões de redação e dos aspetos comunicacionais); Procedimento Legislativo (interessado nas regras e disposições normativas que regem o procedimento de elaboração, assim como na execução da legislação); *Management* dos Projetos Legislativos (avaliando os recursos, duração dos projetos e recolha de informações); Sociologia da Legislação (cuidando dos processos de aprovação e execução da lei sob uma perspectiva sociológica); Teoria da Legislação (detida na função da legislação enquanto instrumento de

Para Karpen, cinco são os ramos de estudo desta nova ciência: a Ciência da Legislação, dedicada ao conceito, evolução e análise comparada das leis; a Analítica da Legislação, direcionada ao estudo da lei enquanto fonte do Direito; a Tática da Legislação, englobando o conhecimento acerca do procedimento externo da lei; a Metódica da Legislação, focada no procedimento interno da lei; e a Técnica da Legislação, interessada nas questões relativas à sistematização, composição e redação da lei.

Ainda que não haja consenso quanto à nomenclatura a ser adotada – fala-se em Teoria da Legislação, Ciência da Legislação, Legística –, Mader sugeriu a designação genérica de Legisprudência, referindo-se à disciplina que estuda as diversas etapas de preparação da lei, dado que esta terminologia traduziria a perfeita junção entre a ciência e a arte de elaboração da lei.

Em verdade, pode-se afirmar que a Legisprudência corresponde à epistemologia, ou seja, à reflexão geral em torno da natureza, etapas e limites do conhecimento no âmbito legislativo, enquanto a Legística estaria diretamente relacionada com a metodologia, visto que faz uso de um conjunto de técnicas e procedimentos para, no contexto do processo legislativo, imprimir inteligibilidade, racionalidade<sup>110</sup> e adequabilidade prática e linguística às normas, de forma que possam, em conjunto, atingir um patamar de qualidade.<sup>111</sup> Ambas, porém, procuram redesenhar a Teoria da Legislação apontando para uma hermenêutica própria dos processos de formação dos atos normativos.

Por ser uma terminologia amplamente utilizada e aceita na doutrina especializada e por entendermos ser mais adequada aos objetivos deste estudo, optaremos pelo emprego do termo Legística.

---

transformação social). (MADER, Luzius. *Prospective evaluation and regulatory impact analysis: do they make laws better?* Legislação. Cadernos de Ciência de Legislação, n.º 42/43, 2006, pp. 172 e ss).

<sup>110</sup> Para Delley e Fluckiger, o objetivo de racionalidade da Legística compreende: “um conhecimento preciso do terreno onde se dará a intervenção, da sua lógica de funcionamento; um diagnóstico explícito da situação que coloque em evidência não somente o fim pretendido, mas também os objetivos que o concretizam; a elaboração de uma estratégia eficaz, sua avaliação tanto prospectiva quanto retrospectiva e, sendo o caso, as correções que se impõem.” (DELLEY, Jean-Daniel; FLÜCKIGER, Alexandre. *A Elaboração Racional Do Direito Privado: Da Codificação À Legística*. Tradução: Paulo Roberto Magalhães. Revisão da tradução: Maria Lina Soares Souza. Cad. Esc. Legisl., Belo Horizonte, v. 9, n. 14, p. 35-58, jan./dez. 2007, p 37).

<sup>111</sup> SOARES, Fabiana de Menezes; KAITEL, Cristiane Silva; PRETE, Esther Kulkamp Eyng (Org.). *Estudos em Legística*. Florianópolis: Ed. Tribo da Ilha, 2019, p. 10.

De acordo com Wintgens, o principal fundamento da Legística é o de definir princípios que limitem e qualifiquem o exercício do poder legiferante do Estado, com vistas, principalmente, à preservação da liberdade dos indivíduos, pois, caso não sejam impostas balizas, o Parlamento terá uma “carta em branco” para legislar.<sup>112</sup>

Destarte, a Legística tem o intuito de racionalizar o “padrão e do ritmo” da atividade legiferante<sup>113</sup>, produzindo “recomendações cientificamente fundadas sobre como bem legislar. Intenta-se melhorar a qualidade do ato legislativo em termos materiais (reforço na produção dos efeitos pretendidos) e em termos formais (compreensibilidade do comando normativo, técnica adequada etc.)”.<sup>114</sup>

Compreende-se, assim, que a Legística destina-se à análise dos resultados concretos da aplicação de uma lei em determinado contexto social, isto é, sob a perspectiva das mudanças almeçadas na realidade social que teriam servido de fundamento para a sua criação.

Para averiguar se os eventuais motivos pelos quais os objetivos do legislador foram ou não alcançados, a Legística faz uso de avaliações preventivas e posteriores, as quais serão tratadas em um tópico exclusivo, dada sua relevância.

A Legística inaugura, nesse sentido, uma nova abordagem sobre a atividade desenvolvida pelo legislador, na medida em que é superada a noção de que a publicação da lei constitui a etapa final no seu quadro de funções.

## **2.1 – A avaliação com base na eficácia da lei**

A Legística faz a apreciação do ato legislativo, primordialmente, com base na sua eficácia, sendo que esta não deve ser confundida com a eficácia jurídica, que está sempre interligada aos planos da existência e da validade de uma norma.

---

<sup>112</sup> Tendo isso em conta, Wintgens estabelece uma série de deveres inerentes ao legislador: dever de identificação de fatos relevantes; dever de formulação do problema; dever de ponderação das alternativas; dever de prospecção; dever de retrospectiva; dever de correção. (WINTGENS, Luc J. *Legisprudence: Practical Reason in Legislation*. Farnham: Ashgate, 2012, p. 201 e ss).

<sup>113</sup> SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro da otimização de uma legislação melhor. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, v. 50, jan./jun. 2007, p. 124.

<sup>114</sup> SCALCON, Raquel Lima. Avaliação de impacto legislativo: a prática europeia e suas lições para o Brasil. Revista de Informação Legislativa: RIL, v. 54, n. 214, p. 113-130, abr./jun. 2017, p. 115. Disponível em: <[http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril\\_v54\\_n214\\_p113](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p113)>. Acesso em: 28 de março de 2019.

Conforme Raquel Scalcon<sup>115</sup>, no âmbito legislativo, “uma lei pode ser considerada eficaz quando os efeitos da sua aplicação representarem uma suficiente promoção dos fins concretos objetivados pelo legislador”.<sup>116 117</sup>

Assim, infere-se que a eficácia está diretamente ligada à racionalidade e ao acerto da prognose do legislador, quer dizer, ao acerto na previsão de ocorrência dos efeitos jurídicos por parte do parlamentar, de forma que, em última análise, o seu exame significa a apreciação da própria validade da previsão legislativa que fundamenta a lei.

Ao se verificar a eficácia do ato legislativo, numa avaliação prospectiva (*ex ante*) ou retrospectiva (*ex post*), estar-se-á exercendo um controle qualitativo acerca das decisões legislativas.<sup>118</sup>

A avaliação da eficácia do ato legislativo possui tamanha importância que, por exemplo, na Suíça<sup>119</sup>, está positivada na Constituição, servindo como instrumento de controle qualitativo das decisões legislativas e sujeitando a justificação do impulso legislativo ao controle de constitucionalidade, já que surte efeitos na validade da lei produzida, constituindo um dos seus requisitos essenciais.<sup>120</sup>

---

<sup>115</sup> SCALCON, Raquel Lima. Controle constitucional de leis penais: da prognose legislativa sobre os efeitos potenciais e concretos da lei penal aos deveres do seu monitoramento e de melhoria da lei penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 134.

<sup>116</sup> Raquel Scalcon adiciona que, além da *eficácia*, podem ser aferidas: a *efetividade* da lei, que significa a congruência entre o comando normativo e o comportamento dos seus destinatários, e a *eficiência*, que trata da relação entre os custos, não só financeiros, e os benefícios do ato legislativo. (SCALCON, Raquel Lima, <sup>116</sup> p. 134-136).

<sup>117</sup> Na esfera criminal, segundo Paredes Castañón, para determinar se uma lei penal é eficaz, é necessário avaliar quantas suposições de fatos subsumidos na norma proibitiva acontecem na realidade; quantos de tais suposições passam a ser processadas e formalmente declaradas como infrações; e, finalmente, em quantos casos a ordem, imposição e/ou execução da sanção efetivamente produz um efeito preventivo. (PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. *Vademécum del legislador racional (y decente): noventa reglas para una buena praxis legislativa en materia penal*. Libertas: Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales 2, 2014, pp. 347- 396, regra 86, p. 393).

<sup>118</sup> Raquel Scalcon distingue dois tipos de eficácia: a eficácia real, que permite valorar o grau de congruência entre os efeitos de uma lei já em vigor e os objetivos anteriormente fixados; eficácia hipotética ou potencial, que permite justificar ou deslegitimar as escolhas dos meios, pelo legislador, para a realização de fins. (SCALCON, Raquel Lima, <sup>115</sup> p. 153).

<sup>119</sup> Como informa Raquel Scalcon, em 1999, com a reforma da Constituição da Suíça, foi incluída no art. 170 a exigência de avaliação da eficácia das medidas estatais. Esta é a atual redação do dispositivo: “o Parlamento Federal deve assegurar que a eficácia das medidas tomadas pela Confederação seja avaliada”. (SCALCON, Raquel Lima, <sup>114</sup> p. 116).

<sup>120</sup> Nesse ponto, esclareça-se que uma lei não pode ser considerada válida apenas com base na sua capacidade de atingir determinados objetivos (eficácia). Basta, para tanto, pensar-se que certos meios, por mais eficazes que possam parecer, atingindo as metas desejadas, podem estar excluídos da ação legítima do Estado. É por esta razão

De acordo com Mader<sup>121</sup>, tal dispositivo é interpretado da maneira mais ampla possível, o que abarca a obrigatoriedade de realização das avaliações *ex ante* e *ex post*.

Nessa visão das coisas, poder-se-ia afirmar que a positivação da eficácia da lei na Constituição Suíça representaria, em última análise, a constitucionalização dos fundamentos da Legística.

A esse propósito, na opinião de Carlos Blanco de Moraes, “o fator dominante da constitucionalização da Legística, ou do desenvolvimento de uma jurisprudência mais activista que apele à adoção desses critérios a partir de princípios constitucionais, acaba por radicar nos defeitos do legislador. Defeitos que derivam, por exemplo, da sua inércia, da sua tendência para ‘surfear’ a crista dos aluviões legislativos, da sua habilidade para procrastinar a concretização de reformas de Legística e da sua incapacidade para prevenir riscos ou prejuízos de grande impacto público, derivados da falta de avaliação dos efeitos da norma”.<sup>122</sup>

Ainda de acordo com o autor, a constitucionalização das regras de Legística seria mais indicada em contextos sociais marcados pela desconfiança em relação à vontade ou incapacidade dos poderes públicos para produzirem leis baseadas em um patamar mínimo qualitativo.<sup>123</sup>

Tomando por base esse raciocínio, inferimos que a constitucionalização da Legística seria bastante conveniente em países onde esteja arraigado o populismo penal e onde sejam manifestas as suas danosas consequências: redução dos direitos fundamentais, Direito Penal simbólico e funcional, encarceramento massivo etc.

Entendemos que o emprego dos métodos da Legística no cotidiano dos legisladores, especialmente as avaliações *ex ante*, que serão mais bem delimitadas nos itens 2.3.1, longe de representar uma afronta à sua autonomia, importariam em uma significativa racionalização das leis penais, viabilizando a ponderação, tão ausente nos dias atuais.

---

que a eficácia deve servir como um parâmetro adicional – além da proporcionalidade, razoabilidade, proibição do excesso e da insuficiência etc. Para mais detalhes, cf. SCALCON, Raquel Lima,<sup>115</sup> p. 132-133.

<sup>121</sup> MADER, Luzius. *Improving legislation by evaluating its effects: the Swiss experience*. In: PITARCH, Ismael E. (Org.) *Legislador i tècnica legislativa*. Barcelona: Publicacions del Parlament de Catalunya, 2003, P. 83.

<sup>122</sup> MORAIS, Carlos Blanco de,<sup>107</sup> p. 219.

<sup>123</sup> Em oposição a esse contexto social, Moraes informa que os ordenamentos jurídicos norte-americano, canadiano, britânico, holandês e australiano são os que atingem os melhores níveis de aplicabilidade da lei, mesmo sem rigidificar a Legística em norma cogente. (MORAIS, Carlos Blanco de,<sup>107</sup> p. 223).

Contudo, na linha defendida por Carlos Blanco de Moraes<sup>124</sup>, esse recurso deve ser restrito a domínios específicos, em razão: *i*) da incompatibilidade da rigidez constitucional com as constantes mutações das políticas públicas em matéria de Legística, ciência eminentemente empírica; *ii*) da existência de domínios da Legística cuja constitucionalização poderia configurar uma maior insegurança do Direito, efeito contrário ao almejado com a inserção na Lei Maior, como no caso das exigências de redação e de sistematização dispostas pela Legística formal; *iii*) da restrição exarcebada à liberdade de conformação do legislador, que já se encontra constrangido à observância de vínculos normativos internacionais e supranacionais garantidos por jurisdições não estaduais.<sup>125</sup>

## 2.2 – Legística minimalista (formal) e maximalista (material)

Em 1987, coube a Wroblewski<sup>126</sup> distinguir duas grandes abordagens da Legística: a minimalista, que trata apenas dos aspectos formais e instrumentais da legislação – critérios de comunicação legislativa, como as técnicas de redação, sistematização e simplificação –, não se preocupando com o caráter político e de legitimidade; a maximalista, que embora não negligencie a importância da qualidade da lei sob a perspectiva formal e instrumental, estende sua abordagem à legitimidade da legislação, procurando assegurar que a elaboração da norma obedeça a requisitos de qualidade e de validade que permitam alcançar as metas estipuladas.

Diante dessa diferenciação, percebe-se que a visão minimalista coincide com a Legística formal, ao passo que a maximalista identifica-se com a Legística material.

Marcilla Córdoba<sup>127</sup> explica que essas duas abordagens da Legística tendem a ter conceitos diferentes sobre o constitucionalismo e ideias distintas acerca da relação entre Direito e moral.

---

<sup>124</sup> MORAIS, Carlos Blanco de, <sup>107</sup> p. 219-222.

<sup>125</sup> Moraes aconselha, como uma “terceira via” entre a constitucionalização e o excesso de liberdade do legislador, a criação de formas de responsabilização institucional, estatutária e disciplinar pela inobservância da Legística no âmbito das administrações estaduais. (MORAIS, Carlos Blanco de, <sup>107</sup> p. 221).

<sup>126</sup> Wroblewski, J. 1987. Law-making and hierarchies of values. Leipzig: Duncker & Humblot, *apud* MARCILLA CÓRDOBA, Gema. *Proportionality in Lawmaking: An Attempt of Justification in the Light of both a Constitutionalist and an Argumentative Conception of Law*. In: OLIVER-LALANA, A. Daniel (Ed.), *Conceptions and Misconceptions of legislation (Legisprudence Library Book 5)*. Switzerland: Springer, 2019, p. 137.

<sup>127</sup> MARCILLA CÓRDOBA, Gema. *Proportionality in Lawmaking: An Attempt of Justification in the Light of both a Constitutionalist and an Argumentative Conception of Law*. In: OLIVER-LALANA, A. Daniel (Ed.),

Segundo a autora, a concepção mais restrita (formal) mostra-se coerente, por um lado, com uma abordagem dita "fraca" do constitucionalismo, que privilegia as maiorias democráticas, e, por outro lado, alinha-se com as teses de separação típicas do atual positivismo jurídico, segundo as quais os intérpretes legais possuem uma margem de discricionariedade inevitável e que entre Direito e moral existe apenas uma relação contingente.

Por seu turno, a abordagem mais ampla (material) é facilmente associada, por um lado, a um constitucionalismo "forte", que leva a sério os princípios constitucionais, ainda que essa visão implique o risco de colocar os juízes em uma posição mais elevada que os legisladores, minimizando, portanto, a regra da maioria. Por outro lado, esta visão mais ampla se correlaciona com uma concepção não estritamente positivista do sistema jurídico, que é fundamentada em uma meta-ética discursiva e construtivista.

Sob o nosso ponto de vista, o estudo a respeito da atividade legislativa, incluindo a legitimidade e os resultados obtidos pelo legislador, só terá aplicação prática e efetiva se puder ser avaliado e controlado pelas Cortes Constitucionais, sob pena de não ultrapassar a barreira das meras divagações teóricas.

Levando em consideração que a presente dissertação propõe-se a fornecer respostas concretas e pragmáticas para o enfrentamento da hipercriminalização e da irracionalidade das leis penais, será priorizada a dimensão material (maximalista) da Legística, que cuida dos princípios, exigências éticas e fundamentos jurídico-filosóficos próprios do Estado Constitucional.

Dentro desta perspectiva, incluem-se a Metodica Legislativa e a Avaliação Legislativa, capazes de fornecer ferramentas de grande utilidade para a racionalização das leis penais.

Com efeito, a Metodica Legislativa volta-se ao momento anterior à redação do PL, priorizando a decisão legislativa, o conteúdo da legislação e as propostas para elaboração normativa. Para além de uniformizar o processo de elaboração das normas<sup>128</sup>, ela auxilia, de forma substancial, na tomada da decisão legislativa.

---

Conceptions and Misconceptions of legislation (Legisprudence Library Book 5). Switzerland: Springer, 2019, p. 137.

<sup>128</sup> Ao tratar do procedimento metódico para legislar, Delley aponta 7 etapas, a serem consideradas em conjunto: 1) definição do problema; 2) determinação dos objetivos; 3) estabelecimento de cenários alternativos; 4) escolha

Suas principais ferramentas são as *checklists*, ou listas de controle, que fazem uso, por exemplo, das seguintes perguntas: é preciso aprovar uma lei? O que acontece se nada for feito? Qual é o objetivo pretendido? Quais são as alternativas disponíveis? Quais são as causas do problema que se pretende resolver?

Sem embargo, algumas das questões formuladas pela Metodica direcionam-se às consequências da medida legislativa, numa tentativa de antecipar os efeitos da legislação, o que se assemelha, em grande medida, às avaliações prospectivas e retrospectivas, detalhadas adiante.

### 2.3 – As Avaliações de Impacto Regulatório (AIR)

O método de Avaliação de Impacto Regulatório (AIR), conforme leciona Carlos Blanco de Moraes<sup>129</sup>, consiste num processo analítico, fundado em bases científicas e técnicas, que informa o decisor legislativo sobre os efeitos potenciais ou efetivos das leis, nomeadamente em termos dos seus custos, benefícios, riscos e praticabilidade administrativa. Visa, pois, a identificar e apreender os efeitos que a legislação produz sobre a realidade social.

Contudo, não se pode perder de vista que, ainda que se disponha dos métodos científicos mais evoluídos, as consequências da lei regem-se pela “lógica” da probabilidade ou da plausibilidade, e não da certeza matemática, visto estar-se diante da avaliação de comportamentos humanos. Fazer uma previsão exitosa torna-se ainda mais complexo diante de temas sensíveis como aborto, drogas e eutanásia, sendo aplicável a máxima de Delley<sup>130</sup>, para quem o ato de legislar é sempre uma “conjectura sobre o futuro que pode ser desmentida pelos fatos”.

As avaliações de impacto legislativo podem ser divididas em avaliações prévias, também conhecidas por prospectivas ou *ex ante*, ou em avaliações sucessivas, também denominadas de posteriores, retrospectivas ou *ex post*.

---

das soluções; 5) avaliação prospectiva; 6) execução; e 7) avaliação retrospectiva. (DELLEY, Jean-Daniel. Pensar a lei: introdução a um procedimento metódico. Cadernos da Escola do Legislativo, Belo Horizonte, v. 7, n. 12, pp. 101-143, 2004, p. 102).

<sup>129</sup> MORAIS, Carlos Blanco de, <sup>107</sup> p. 343 e ss.

<sup>130</sup> DELLEY, Jean-Daniel, <sup>128</sup> p. 142.

### 2.3.1 – As avaliações *ex ante* e *ex post*

Já tendo sido demonstrada a importância do momento anterior ao impulso legislativo para coibir o populismo penal e a hipertrofia das leis penais, que culminam na irracionalidade das normas, será dada maior ênfase às avaliações prévias.

A avaliação *ex ante* corresponde a um exame hipotético realizado durante o processo legislativo, antes de a lei ingressar no ordenamento jurídico. O seu escopo principal é o de prever, com as limitações inerentes, os efeitos concretos que poderão decorrer da futura aplicação da lei, propondo-se a: verificar se uma intervenção normativa é necessária para solucionar uma situação problemática; esclarecer os objetivos da atuação pública proposta; identificar e avaliar diferentes opções para atingir esses objetivos, permitindo ponderar aquela que possui melhor custo-benefício, no sentido de alcançar os resultados esperados (eficácia e efetividade); antever possíveis distorções na distribuição dos impactos da norma perante seus destinatários, identificando e prevenindo potenciais riscos ou efeitos indesejados.<sup>131</sup>

*Checklists*, testes práticos, consultas<sup>132</sup>, pesquisas legislativas sobre propostas semelhantes, programa de demonstrações, simulações, experimentação legislativa (*sunset laws*) são alguns exemplos de mecanismos utilizados para realizar avaliações prévias.

Com a finalidade de guiar as avaliações prospectivas, foram desenvolvidos diferentes métodos, todos eles orientados, no mínimo, pelo seguinte padrão, embora não necessariamente nesta ordem: 1) identificação do problema social sobre o qual se pretende atuar, fazendo-se um diagnóstico rigoroso, vez que uma falsa premissa poderá comprometer o resultado final; 2) formulação clara e precisa<sup>133</sup> dos objetivos almejados com a lei; 3) ampla seleção dos meios possíveis para alcançar os resultados pretendidos, sejam eles jurídicos ou não, devendo-se optar por aquele que, em termos de proporcionalidade, seja o mais adequado e necessário, o

---

<sup>131</sup> MORAIS, Carlos Blanco de (Coord.). Guia de avaliação de impacto normativo. Ed. Almedina, 2010, p. 18-19.

<sup>132</sup> A realização de consultas, com a audição das entidades envolvidas/afetadas pela possível norma, permite angariar dados indispensáveis para o processo de avaliação, como informações sobre custos, benefícios e outros impactos que dificilmente seriam percebidos. Estas consultas ainda contribuem para incrementar a legitimidade da lei, pois quanto mais abrangente e transparente for este processo de, mais provável que os indivíduos implicados aceitem a norma. (MORAIS, Carlos Blanco de (Coord.), <sup>131</sup> p. 39-40).

<sup>133</sup> O que, na visão detalhista de Fluckiger, significa que “o objetivo deve ser claro, não ambíguo, específico, facilmente mensurado, operacional, precisamente determinado, explícito, estável, certo, convergente e não contraditório”. (FLUCKIGER, Alexandre. *Effectiveness: a new constitutional principle*. Legislação: Cadernos de Ciência da Legislação, Oeiras, n° 50, 2009, p. 191, *apud* SCALCON, Raquel Lima, <sup>115</sup> p. 137).

que poderá ser efetivado por meio de uma prognose, quer dizer, um juízo sobre as possíveis consequências da medida escolhida.<sup>134</sup>

Em virtude da importância dos métodos referidos, faremos uma análise mais detalhada a seguir.<sup>135</sup>

Quanto à identificação do problema social, deve-se conhecer as suas origens, causas e modo de manifestação, incluindo a situação normativa eventualmente existente à data da avaliação. De igual forma, é necessário recolher dados fáticos (empíricos) e jurídicos para melhor compreensão do contexto, assim como é recomendável identificar os setores da vida social e as entidades envolvidas e graduar sua importância.

No que tange à formulação dos objetivos, estes devem ser organizados de forma hierárquica, partindo-se de uma meta geral e abstrata para um objetivo mais concreto. Ou seja, primeiro devem ser pontuados os propósitos últimos da atuação pública para, só então, serem estipuladas as ações concretas, a serem perseguidas de forma direta e imediata. Para tanto, existem requisitos que podem delimitar os objetivos, os quais podem ser sintetizados com o acrônimo SMART: específicos (S – *specific*), mensuráveis (M), atingíveis (A), realistas (R) e temporalmente delimitados (T).

No que pertine à seleção das opções de atuação, estas são geralmente identificadas no caso concreto e devem contemplar, inclusive, a possibilidade de não atuação (opção zero). Dentre as opções de atuação, pode-se destacar: opções alternativas à lei (campanhas de informação e sensibilização, incentivos econômicos ou tributários etc); opções relativas à forma (Ex: lei ou regulamento); opções relativas ao conteúdo (é possível haver diferentes conteúdos normativos para a perseguição de uma mesma finalidade). Além disso, deve-se proceder à descrição dos impactos inerentes a cada opção de atuação: as relações de causalidade entre cada alternativa e os efeitos previstos; a identificação dos sujeitos afetados; a caracterização do horizonte temporal de produção de efeitos.

Adán Nieto Martín<sup>136</sup> ressalta que “el aspecto esencial dentro de la fase de evaluación *ex ante* es determinar la teoría en que se sustenta, el fundamento de la intervención, en el que

---

<sup>134</sup> Para outras minúcias, cf. SCALCON, Raquel Lima, <sup>115</sup> p. 138-139.

<sup>135</sup> Os pormenores podem ser consultados em MORAIS, Carlos Blanco de (Coord.), <sup>131</sup> p. 28 e ss.

<sup>136</sup> NIETO MARTÍN, Adán, <sup>90</sup> p. 23.

se explica la forma en que el programa va a producir los beneficios sociales que se esperan de él”. Em que pese haver diversas teorias e modelos de repercussão, o autor entende que o modelo “tradicional”, baseado na aplicação dos métodos das ciências naturais, coaduna-se melhor com os objetivos da Legística e com a necessidade de o legislador argumentar as razões que o levam a restringir os direitos dos cidadãos.

A par de todas essas informações empíricas, o legislador pode tomar decisões técnica e cientificamente orientadas antes do impulso legislativo. Ao examinar os efeitos positivos e negativos de suas ações, tem a oportunidade de refletir acerca da necessidade de tais medidas, tornando-se mais consciente e politicamente responsável.

Em termos de políticas públicas, dentre as quais se insere a política criminal, reduz-se as chances de fracasso decorrente dos instrumentos escolhidos, visto que a conveniência ou não de determinado instrumento normativo – ou mesmo ramo do direito que deverá intervir – já é previamente sopesada.

As análises político-criminais, criminológicas, sociológicas, psicológica e econômica proporcionadas pela avaliação prospectiva são, ainda, uma boa maneira de alcançar a legitimidade material, no sentido da racionalidade ética. Ademais, diplomas acompanhados de análises isentas e credíveis têm uma maior possibilidade de aprovação e de legitimação social, pois pressupõem uma garantia de transparência no processo de criação das leis e, portanto, uma garantia aos princípios democráticos fundamentais.

A Avaliação Prévia de Impacto normativo (API), ou avaliação *ex ante*, não garante apenas os princípios democráticos, como também os direitos fundamentais, pois como sublinha Carlos Blanco de Moraes, “embora o núcleo da garantia dos direitos fundamentais em relação ao conteúdo das normas em preparação se inscreva na *operação de controlo interno da validade dos diplomas*, a qual se distingue da API, o facto é que é através desta última que se anteveem, não poucas vezes, efeitos ocultos ou laterais, não descortináveis através do controle de validade, e que resultam na lesão de direitos ou na redução injustificada da sua otimização”.<sup>137</sup>

Tendo em conta todos estes benefícios e já antecipando a conclusão parcial deste Capítulo, entendemos que as avaliações prospectivas devem ser obrigatórias antes da

---

<sup>137</sup> MORAIS, Carlos Blanco de, <sup>107</sup> p. 350.

aprovação dos projetos de lei penal, pois têm o condão minimizar a tendência à irracionalidade na fase pré-legislativa, que é geralmente fruto de deliberações obscuras, desinformadas e destituídas de pretensões efetivas.

Além do mais, tais avaliações podem subsidiar, através das informações empíricas obtidas a partir da realidade social, o potencial controle de constitucionalidade da norma penal desempenhado nas Cortes Constitucionais, dado que, como será enfatizado no Capítulo IV, o controle exercido em bases sólidas e objetivas atenua os riscos do ativismo judicial e da deferência para com o legislador.

Passemos, agora, às avaliações posteriores.

As avaliações *ex post* (ou retrospectivas) baseiam-se em uma análise eminentemente empírica ou estatística, pois ocorrem no momento em que a lei já está em vigor. Têm por finalidade aferir os efeitos concretos advindos do ato legislativo, isto é, testar a qualidade da legislação em vigor quanto à sua aptidão para o preenchimento dos fins que presidiram sua emissão, afinal, à medida que o tempo passa, mudanças econômicas, sociais, culturais etc. podem tornar as normas desatualizadas ou inaptas para atingirem seus propósitos.

Se realizada nos moldes corretos, a avaliação sucessiva pode fornecer informações precisas quanto à eficácia e à oportunidade dos atos normativos, revelando as lacunas e outras insuficiências. Sempre que possível, a previsão de uma avaliação *ex post* deve identificar o momento adequado para se proceder à avaliação, não devendo ser realizada logo após a entrada em vigor da lei, pois é necessário um período razoável de tempo até que sejam produzidos seus efeitos mensuráveis.

Para Raquel Scalcon<sup>138</sup>, “uma das formas mais eficazes de institucionalizar avaliações retrospectivas é torná-las obrigatórias por meio da sua previsão em dispositivos integrantes da própria legislação que será submetida a exame”.<sup>139</sup>

---

<sup>138</sup> SCALCON, Raquel Lima, <sup>114</sup> p. 122.

<sup>139</sup> Podem existir critérios normativos gerais para que sejam realizadas as avaliações *ex post*. Este é o caso, em Portugal, do artigo 44º, 2 do Regimento do Conselho de Ministros do XVII Governo Constitucional, que aponta como critérios indicadores da conveniência de realização da avaliação sucessiva a importância econômica, financeira e social do ato normativo, o grau de inovação introduzido quando da sua entrada em vigor, a existência de divergências jurisprudenciais significativas em sua aplicação ou interpretação, dentre outros. (MORAIS, Carlos Blanco de (Coord.), <sup>131</sup> p. 25).

No exame *ex post*, são utilizados métodos quantitativos e qualitativos típicos do campo das ciências sociais, tais como entrevistas, observações, estatísticas, monitoramento, comparação entre população atingida e população não atingida pela inovação legal etc.<sup>140</sup>

A primeira etapa da avaliação *ex post* consiste em analisar a implementação do programa legislativo, o que se reflete na realização de duas atividades principais: *i*) comprovar se foram efetivamente respeitadas as previsões da teoria procedimental do programa, num exame quantitativo; *ii*) avaliar o modo e qualidade com que estas atividades foram levadas a cabo, num exame preponderantemente qualitativo.<sup>141</sup>

A segunda etapa corresponde à avaliação de resultado, que visa a investigar se os desfechos obtidos foram consequência da intervenção proposta, e não de causas externas, isto tudo tendo em conta o princípio da proporcionalidade, pois se a norma não atingiu os efeitos esperados, ela pode não justificar a violação a determinados direitos fundamentais.

Nesse ponto reside uma das grandes críticas às avaliações sucessivas, já que os estudos sobre as relações de causa-efeito no âmbito da realidade social são sempre aproximativos. Isso quer dizer que não se tem como mensurar, com exatidão, se os efeitos concretos na realidade social foram decorrentes da mudança legislativa ou de fatores externos, ou, ainda, de ambos, já que podem ser multifatoriais. Por isso, Delley alerta sobre a quase “impossibilidade, na observação empírica (...), de isolar uma lei ou política pública do seu contexto. Os efeitos que observo são os efeitos de determinada lei em relação a seis preexistentes”.<sup>142</sup>

Outrossim, dentro do universo que está na base das avaliações sucessivas há uma grande dificuldade em selecionar os dados existentes de maneira que possam refletir a realidade como um todo.

Ainda assim, a par das informações empíricas, o legislador poderá emendar, corrigir ou até revogar a lei já publicada. Tendo “aprendido com os próprios erros”, poderá contar com relevantes subsídios para elaborar futuras legislações com maior qualidade, já que a avaliação

---

<sup>140</sup> Tendo em vista os instrumentos usados na avaliação retrospectiva, são apontadas algumas vulnerabilidades, sobretudo em virtude do seu caráter complexo, que conta com métodos especializados e interdisciplinares, os quais demandam custos na contratação de entidades particulares e tempo para o tratamento e sistematização dos dados obtidos.

<sup>141</sup> NIETO MARTÍN, Adán, <sup>90</sup> p.24 e ss.

<sup>142</sup> DELLEY, Jean-Daniel. Lei e políticas públicas: mecanismos de avaliação (conferência reduzida a termo), p. 183, *apud* SCALCON, Raquel Lima, <sup>115</sup> p. 252.

retrospectiva pode resultar em uma nova lei, gerando um novo estudo *ex ante*, tornando clara a relação de interdependência entre as diversas fases legislativas e a complementariedade entre as avaliações prospectivas e retrospectivas.<sup>143</sup>

Neste sentido, Raquel Scalcon reflete: “Ao produzir dados úteis para comparações e analogias, avaliações *retrospectivas* constroem bases consistentes para novas avaliações *prospectivas*, possibilitando a emissão de prognoses muito mais acuradas sobre os futuros efeitos de uma dada lei. Nesse sentido, tais valorações são etapas necessárias de uma metodologia de elaboração legislativa *mais* consciente em suas deliberações e politicamente mais responsável”.<sup>144</sup>

Conjugando os exames prospectivos e retrospectivos, a autora propõe um “caminho analítico” a ser trilhado: *i*) a identificação precisa do problema que deve ser objeto de atuação (diagnóstico); *ii*) a elaboração percuciente do objetivo almejado; *iii*) a ampla seleção dos meios, jurídicos ou não, que seriam adequados a tanto; *iv*) a avaliação *ex ante* dos efeitos das principais medidas em debate; *v*) a redação do projeto de lei; *vi*) a aprovação da legislação e entrada em vigor; *vii*) a avaliação *ex post* dos seus efeitos; *viii*) a correção o emenda do ato legislativo, se for o caso, com vistas à adequação aos resultados do exame sucessivo.

Para Mader<sup>145</sup>, as Avaliações de Impacto Regulatório (AIR), unidas, proporcionam “a process in which the evaluation of the effects of the legislation is one of the fundamental prerequisites – and tools – for learning; a process, too, in which the responsiveness of the legislator to social reality and the social adequacy of legislative action should be guaranteed”.

---

<sup>143</sup> Acerca da relação entre os dois tipos de avaliação, é pertinente trazer outro ponto de vista: “Parece haver certa artificialidade no critério temporal que diferencia as avaliações *ex ante* e *ex post*, dado o aglomerado histórico que marca o ordenamento jurídico de base romano-germânica. Parece haver uma grande área cinza na qual as duas categorias de avaliação legislativa se confundem ou, eventualmente, se complementam. Com efeito, uma pesquisa voltada para a análise dos resultados de uma legislação já em vigor há algum tempo, e que tenha por objetivo identificar as eventuais disfunções sociais oriundas da aplicação da lei pode ter tanto um caráter retrospectivo (na medida em que avalia o impacto da legislação vigente) quanto prospectivo (na medida em que sugere alterações legislativas, estimando o possível impacto de tais alterações)”. (PAULA, Felipe de; ALMEIDA, Guilherme Alberto Almeida. Avaliação legislativa e Projeto Pensando o Direito: uma afortunada aproximação. In: O papel da pesquisa política legislativa: metodologia e relato de experiências do Projeto Pensando o Direito. Brasília: Ministério da Justiça, 2013, p. 34-35).

<sup>144</sup> SCALCON, Raquel Lima, <sup>115</sup> p. 147.

<sup>145</sup> MADER, Luzius. *Evaluation of Legislation. Contribution to the quality of legislation*. Legislationline, 2001. Disponível em: <<http://www.legislationonline.org/documents/id/15216>>. Acesso em: 17 de novembro de 2019.

### 2.3.2 – A relevância das avaliações prospectivas para a concretização dos princípios norteadores do Direito Penal

Consoante relatado, o Direito Penal tem sido empregado para atingir finalidades meramente funcionais e simbólicas. Neste cenário, os postulados que deveriam sustenta-lo e orientá-lo têm sido deturpados, levando Maria Fernanda Palma a reconhecer, por exemplo, que “o princípio da necessidade da pena funcionando no novo paradigma da hipertrofia do Direito Penal Especial surge apenas como critério de justificação em função de uma necessidade social, invocada pelo legislador, de incriminação”, de modo que “poderá mesmo perguntar-se se a necessidade da pena se tornou uma etiqueta e um conceito oportunista, ultrapassado pelos factos, por um certo pragmatismo e, em suma, se transformou num conceito disfuncional”.<sup>146</sup>

Para fazer frente a este quadro, aventamos a imperiosidade da racionalização do processo legislativo, especialmente na fase prévia à proposição da lei e, para tanto, elegemos a racionalidade teleológica, centrada na discussão dos meios para alcançar os fins sociais através da norma. Esse nível de racionalidade, por razões lógicas, está diretamente ligado à eficácia da medida legislativa. E, para nós, a eficácia de uma lei penal será verificada não só *quando* os efeitos da sua aplicação representarem uma suficiente promoção dos fins concretos objetivados pelo legislador, mas também *se* forem cumpridos os princípios da necessidade, da intervenção mínima e da proporcionalidade.<sup>147</sup>

Nessa linha de raciocínio, Rodríguez Ferrández afirma que “la evaluación legislativa puede servir para dar sentido y contenido a los tres principios básicos que componen la concepción que compartimos sobre el Derecho penal en el marco de un Estado social y democrático de Derecho: el principio de necesidad (correspondencia con las exigencias de tutela real); el principio de intervención mínima (inexistencia de otros medios aptos de

---

<sup>146</sup> PALMA, Maria Fernanda. O argumento criminológico e o princípio da necessidade da pena no juízo de constitucionalidade. JULGAR, n.º. 29. Ed. Almedina, 2016, p. 107.

<sup>147</sup> Complementarmente, Rodríguez Ferrández aduz: “Concretamente la eficacia de una norma vendrá dada por la correspondencia de los efectos de la norma penal con sus fines, es decir, por el cumplimiento de los fines del Derecho penal, expresados en el cumplimiento de los principios de necesidad, intervención mínima y proporcionalidad, en orden al logro, en primer término, de una prevención de los comportamientos delictivos. Y ello porque entendemos que el Derecho penal tiene como fines la prevención general pero, también, la reducción de la violencia estatal, a través de los principios limitantes de intervención mínima y necesidad del castigo, además del esencial principio de proporcionalidad, siendo necesario exigir el cumplimiento de tales fines”. (RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, Samuel, <sup>91</sup> p 140).

protección); y el principio de proporcionalidad (relación entre lo causado y lo valorado normativamente)”.<sup>148</sup>

De fato, o método concebido pela Legística, nomeadamente as avaliações *ex ante* – com a identificação clara do problema, a formulação precisa dos objetivos e a vasta seleção de meios possíveis –, permite que o legislador proceda à ponderação acerca dos princípios penais e que lhes preencha o conteúdo com dados concretos.

São de grande utilidade, nas avaliações prospectivas, as *checklists*, compostas por uma série de perguntas destinadas a simplificar e tornar mais claro o raciocínio do decisor legislativo. Pode-se ilustrar algumas destas questões: 1) É preciso aprovar uma lei? 2) O que acontece se nada for feito? 3) Qual é o objetivo pretendido? 4) Quais são as alternativas disponíveis? 5) Quais são as causas do problema ou situação que se pretende resolver? 6) Quais são os instrumentos que permitem conseguir, totalmente ou com limitações justificadas, o objetivo desejado? 7) Quais são os custos – materiais e imateriais – implicados?

Na prática, se o legislador for obrigado a investigar, a fundo, o problema social, inteirando-se sobre a sua origem, causas, formas de manifestação, bem como identificando os setores da vida social implicados, terá acesso a dados fáticos e empíricos que poderão levá-lo à conclusão acerca da ineficácia ou mesmo impropriedade do Direito Penal para solucionar o objeto de controvérsia. Fará, com isso, um juízo sobre a necessidade.

Quando tiver de delimitar os objetivos da sua ação, tendo em vista que devem ser mensuráveis e atingíveis, o legislador terá de fazer uma análise dos custos implicados na consecução de tal objetivo – no caso da intervenção penal, será obrigado a examinar se os custos decorrentes da proibição e da pena são razoáveis em face do fim pretendido e do grau de concretização desse fim –, o que traduz, em última instância, o princípio da proporcionalidade.

Por outro lado, no momento em que o parlamentar for confrontado com outras opções de ação, jurídicas ou não, terá diante de si alternativas que podem ser viáveis para as finalidades que almeja. Outrossim, ao proceder à avaliação dos impactos inerentes a cada opção de atuação, perceberá que todas elas são menos gravosas que a intervenção penal, que é, de longe, a que mais afronta os direitos fundamentais. Esta meditação torná-lo-á ciente de que

---

<sup>148</sup> RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, Samuel,<sup>91</sup> p 137.

a opção penal deverá ser sempre a *ultima ratio*, numa clara concretização do princípio da intervenção mínima.

Portanto, torna-se evidente que as avaliações *ex ante* permitem que o decisor legislativo migre do campo da mera abstração para a esfera da concretude, podendo antever, com um razoável grau de precisão, as consequências de suas escolhas no plano legislativo. Dessa forma, a avaliação de impacto envolve a responsabilidade dos legisladores pela qualidade de suas decisões e reduz, potencialmente, o grau de exposição política relativamente à introdução e execução de políticas públicas, amenizando os riscos de insucesso.

Este discernimento e sensatez, por outro lado, possibilitam que os pilares do Direito Penal reassumam os papéis que lhes cabem no Estado Democrático de Direito, afastando-se das perspectivas populistas, funcionais e simbólicas, pois apenas uma legislação equitativa e com significativos índices de proporcionalidade na distribuição de custos, encargos, riscos e benefícios pelos destinatários pode reforçar a garantia dos direitos fundamentais.

### **2.3.3 – A quem cabe a responsabilidade de realizar a AIR**

Sobre a responsabilidade para realizar as avaliações de impacto normativo, Mader<sup>149</sup> menciona que “podem ser efetuadas pela administração ou pelo governo ou especialistas externos autorizados por estes (este é o caso mais frequente)”, cabendo ao Parlamento apenas certificar-se de que as avaliações realmente foram feitas. Isto garante, na visão do autor, isenção e imparcialidade nos estudos.

Assim, pode ser criado um órgão ou agência estatal, eventualmente ligado ao Ministério da Justiça, especialmente dedicado às AIR, cujo corpo técnico interdisciplinar seja selecionado, por exemplo, por meio de editais para grupos de pesquisadores<sup>150</sup>, garantindo um alto grau de profissionalismo e independência nas análises feitas, evitando, com isso, possíveis conflitos de interesse.

Sob outro ângulo, há quem defenda que o “Poder Legislativo, no desempenho de seu papel institucional de elaborar as leis, bem como de fiscalizar o Poder Executivo, deve atuar

---

<sup>149</sup> MADER, Luzius, <sup>121</sup> p. 186-187.

<sup>150</sup> No Guia de Avaliação de Impacto Normativo promovido pelo Ministério da Justiça de Portugal consta que tais grupos devem ser compostos por um mínimo de dois e um máximo de cinco elementos, dos quais, preferencialmente, um deve ser jurista e o outro economista. (MORAIS, Carlos Blanco de (Coord.), <sup>131</sup> p. 20).

de forma a contribuir para o atingimento de uma boa regulação no País”,<sup>151</sup> de modo que tal função institucional também deveria abranger a realização das avaliações prospectivas e retrospectivas.

Segundo Meneguín e Bijos, isto é o que ocorre em diversos países: “O Parlamento do Canadá possui uma comissão permanente especializada no exame das regulações (*Standing Committee for the Scrutiny of Regulations*), cuja função é revisar as normas regulatórias adotadas pelo Governo. A Nova Zelândia e a Polônia também estabeleceram, em seus respectivos Legislativos, comissões de revisão das políticas regulatórias governamentais, além de analisarem reclamações que partam da sociedade. O Parlamento da União Europeia criou em 2012 uma unidade de avaliação de impacto *ex-ante* das proposições legislativas cuja função é elaborar estudos para subsidiar a tomada de decisão nas comissões. O Parlamento sueco possui uma secretaria de avaliação e pesquisa formada por especialistas cuja função é preparar material de suporte e análises para as comissões legislativas. No Reino Unido, existe desde 2002 uma unidade de exame e avaliação das proposições legislativas junto a *House of Commons*. Essa unidade é composta por advogados, economistas e especialistas nas diversas políticas públicas”.<sup>152</sup>

Na Noruega, fica a cargo daquele que propõe a iniciativa legislativa a função de elaborar a AIR, sendo pessoalmente responsável pelas informações que constam na avaliação, ou seja, devendo assegurar a qualidade, correção e verificabilidade dos dados obtidos, sob pena de terem aplicadas em seu desfavor sanções de natureza penal.

Apesar de compreendermos a importância de a AIR ser realizada por uma equipe técnica e imparcial, fora dos domínios do Parlamento, não podemos desconsiderar que o ato de legislar é eminentemente político e que o envolvimento do legislador no curso de tais análises, ainda que em grau reduzido – e não como no extremo caso norueguês –, é essencial para o seu processo de amadurecimento, conscientização e responsabilidade, na linha, aliás, do que já defendemos no item 2.3.2.

---

<sup>151</sup> MENEGUÍN, Fernando B.; BIJOS, Paulo Roberto Simão. Avaliação de Impacto Regulatório – como melhorar a qualidade das normas. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas, março/2016, Texto para Discussão nº 193, p. 6. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/TD193>>. Acesso em: 20 de maio de 2020.

<sup>152</sup> MENEGUÍN, Fernando B.; BIJOS, Paulo Roberto Simão, <sup>151</sup> p. 6-7.

Por essa razão, no nosso ponto de vista, para o efeito de realização das AIR, o ideal seria a criação de Comissões, no próprio âmbito parlamentar, que sejam exclusivamente dedicadas a tais análises, devendo ter composição mista, quer dizer, sendo integradas por profissionais técnicos (juristas, sociólogos, economistas etc.) e também pelos próprios legisladores, em menor número. Esta interdisciplinariedade, aliada à participação de membros do Poder Legislativo, seria capaz de garantir, a um só tempo, que as decisões legislativas penais fossem técnicas e científicas, sem reduzir a Legística a uma metodologia axiologicamente e politicamente neutra.<sup>153</sup> Acima de tudo, garantir-se-ia que o constante processo de aprimoramento do legislador.

## **2.4 - Desenvolvimentos da Legística**

### **2.4.1 – Na União Europeia**

Há algum tempo, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OECD) preocupa-se com a qualidade das leis, trabalhando para o seu aprimoramento, tanto que, ainda na década de 90, publicou as primeiras recomendações internacionais intituladas “The 1995 Recommendation of the Council of the OECD on Improving the Quality of Government Regulation” e “The 1997 OECD Report to Ministers (Plan for Action on Regulatory Quality and Performance”.

Essas recomendações tiveram forte impacto na UE, que já almejava definir uma política de regulação legislativa mais clara. Com o ingresso de países do Leste Europeu na UE, cujas legislações demandavam uma grande adaptação em termos de legitimidade democrática e eficácia, foi concretizada a vontade latente: criou-se, em 2001, o “Grupo de Alto Nível para a Melhoria da Qualidade Legislativa”, mais conhecido como *Grupo*

---

<sup>153</sup> No caso suíço, por exemplo, “Flückiger entende que a institucionalização da avaliação legislativa fez com que os juristas renunciassem de alguma forma à expertise que eles tradicionalmente possuem em matéria legislativa, em favor de representantes de outros campos do conhecimento, como a ciência política, a economia, a sociologia, dentre outros. Daí a necessidade de se pensar uma Legística metódica e pluridisciplinar, que busca recolocar o cidadão e a política no centro do processo ao relembrar que as escolhas axiológicas não vêm da ciência exclusivamente, mas que a ciência deve contribuir para esclarecer os fatores presentes no processo de escolha, no intuito de colocar em evidência os valores subjacentes a esse processo. É o que ajudaria a prevenir a ‘tecnocratização’ da Legística” (LEITE, Marcus Vinícius de Freitas Teixeira. Diretrizes, desafios e potencialidades para uma cultura Legística: o que podemos aprender com os guias da França e da Suíça? In: SOARES, Fabiana de Menezes; KAITEL, Cristiane Silva; PRETE, Esther Kulkamp Eyng (org.). Estudos em Legística. Florianópolis: Ed. Tribo da Ilha, 2019, p. 209-210).

*Mandelkern*, que produziu diversas recomendações à Comissão, ao Conselho e ao Parlamento da União Europeia, no documento intitulado “Relatório Mandelkern”.

Nesse relatório, é interessante notar a importância atribuída à qualidade dos atos normativos na consecução dos objetivos da política pública da UE quando é assinalado que “actos normativos de qualidade contribuem para restabelecer a confiança nos governos e permitir-lhes cumprir melhor os objectivos que se propuseram atingir. A aplicação de actos normativos de qualidade revela-se igualmente menos problemática para as administrações públicas e mais fácil de respeitar para os cidadãos. Por todas estas razões, o interesse público tem muito a ganhar com a melhoria da qualidade dos actos normativos”.<sup>154</sup> Também nesse documento consta que a AIR deve ser parte integrante do processo de elaboração da política, de modo que não substitui a decisão política, mas permite tomar essa decisão com mais conhecimento de causa.

Já no ano de 2003, foi criado um Acordo Internacional conhecido como “Legislar Melhor” (*Interinstitutional Agreement Better Lawmaking*). Em consonância com o Conselho Europeu e o Conselho da UE, o Acordo “Legislar Melhor” tem como meta a melhoria da forma com que a UE legisla, a fim de garantir que sejam amplamente atendidos os interesses dos cidadãos e das empresas. Ademais, esse tipo de iniciativa tanto torna mais fluida e clara a colaboração entre as instituições da UE, quanto auxilia na avaliação do impacto do Direito da UE nas pequenas e médias empresas, na indústria local e no cidadão comum. Aliás, em 2005, adotou-se um sistema de avaliação de impacto por meio das *impact assessment guidelines*, que inclui uma metodologia comum para avaliação dos custos administrativos envolvidos em um novo ato normativo.

Em 2015, foi lançado um novo pacote de medidas (*Better Regulation Package*), com ênfase em um processo legislativo mais transparente, contando, para tanto, com a participação ativa dos cidadãos, das empresas, das administrações públicas etc. No ano seguinte foi assinado um novo Acordo “Legislar Melhor”, estabelecendo uma programação anual que contempla um conjunto de etapas práticas concretas e um calendário indicativo para as disposições do acordo interinstitucional.

---

<sup>154</sup> Trechos do Relatório de Mandelkern disponíveis em: <<https://infoeuropa.euroid.pt/registo/000017292/>>. Acesso em: 30 de maio de 2019.

Logo, percebe-se que, no âmbito europeu, garantir uma legislação de qualidade, assim como mecanismos de controle e avaliação legislativos, é quase um pré-requisito para que sejam atingidos os objetivos de integração, motivo pelo qual a lei e a Legística têm ocupado lugar de destaque no velho continente.

#### **2.4.1.1 – Alemanha, Suíça e Portugal**

Pode-se dizer que a Alemanha é um dos países que possui maior tradição na temática da Legística, com desenvolvimentos que começaram nos anos 60 do Século XX e aprimoraram-se progressivamente, tanto que as leis alemãs, sobretudo as de grande impacto, foram submetidas a avaliações prospectivas e retrospectivas, com o monitoramento sistemático dos efeitos<sup>155</sup>, havendo registros de que o Tribunal Constitucional alemão obrigou, inclusive, o legislador a observar os princípios da efetividade e da eficiência.

A característica marcante do modelo alemão é a redação descentralizada, elaborada em conformidade com as regras comuns dos Ministérios, que estabelecem, de forma vinculante, os procedimentos para a preparação de projetos de lei.

Tais regras são, ainda, complementadas pelas recomendações do Ministério da Justiça e por uma *checklist* aprovada pelo Governo Federal desde 1984<sup>156</sup>, também denominada de “lista azul alemã”<sup>157</sup>, que contém um questionário sobre a necessidade, efetividade e inteligibilidade dos PL, abarcando, outrossim, diretrizes mínimas, formais e materiais, de qualidade legislativa. Este questionário, composto por dez perguntas mais amplas, com algumas subdivisões, tem o propósito de dar maior uniformidade, força vinculante e permanência à legislação.

O modelo alemão alcançou relevante grau de sistematicidade e detalhamento, servindo de referência para as mais recentes AIR.

---

<sup>155</sup> SCALCON, Raquel Lima, <sup>114</sup> p. 117, com referência doutrinal a KARPEN.

<sup>156</sup> NASCIMENTO, Roberta Simões. <sup>87</sup> p. 36-38.

<sup>157</sup> Segundo Rodríguez Ferrández, o Governo Federal, por Resolução de 11 de dezembro de 1984, concordou em obrigar todos aqueles que estão envolvidos no desenvolvimento de normas, e aqueles que participam desse processo, a fazerem uma série de dez perguntas (chamadas de "Blauen Prüffragen ") sobre a necessidade, eficácia e inteligibilidade do seu projeto. Essas dez questões foram posteriormente desenvolvidas por um catálogo mais detalhado, elaborado pelos Ministros da Justiça e do Interior, no início de 1986. (RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, Samuel,<sup>91</sup> p. 137-138).

Mas, talvez, o exemplo da Suíça seja o mais próximo do que pode ser considerado um *standard*, já que os princípios da Ciência da Legislação podem ser encontrados em leis ordinárias e até na Lei Maior, influenciando significativamente o processo parlamentar e governamental do país.

Como informa Raquel Scalcon<sup>158</sup>, em 1999, com a reforma da Constituição da Suíça, a exigência de avaliação da eficácia das medidas estatais foi incluída no artigo 170, dispositivo cuja redação possui o seguinte teor: “O Parlamento Federal deve assegurar que a eficácia das medidas tomadas pela Confederação seja avaliada”. Esta positivação configura o ápice do processo de institucionalização da prática de avaliação legislativa. Tamanho rigor encontra como uma de suas justificativas as grandes limitações postas ao controle constitucional material das leis federais e dos atos normativos no país.

Portanto, a inclusão deste dispositivo, denominado “avaliação de eficácia”, atribui à Assembleia Legislativa suíça a responsabilidade de resguardar a eficácia das medidas públicas. Assim, deve observar se a implementação está ocorrendo conforme o esperado e examinar se as condições gerais para o cumprimento da avaliação estão sendo atendidas. Caso não estejam, é dever da autoridade federal buscar a melhoria da implementação, informar as instâncias políticas sobre os problemas observados, iniciar um processo de revisão da ação estatal ou começar a elaboração de um novo ato legislativo.<sup>159</sup>

Este dever de avaliação abrange os comitês parlamentares, dentre os quais os comitês legislativos e os comitês de finanças e controle (arts. 26, 27, 44 § 1º e art. 54, § 4º da Lei do Parlamento Federal).

Ainda no âmbito da lei do Parlamento Federal, o dispositivo 141 cria um guia de avaliação prospectiva (*Guide de Législation*) e determina que toda proposta legislativa submetida ao Parlamento deve ser acompanhada de um relatório em que constem as informações previamente coletadas, ou seja, aquelas que digam respeito aos potenciais efeitos da norma sobre a sociedade e o ordenamento jurídico, o que compreende efeitos sobre o

---

<sup>158</sup> SCALCON, Raquel Lima, <sup>114</sup> p. 115.

<sup>159</sup> A esse respeito, cf. LEITE, Marcus Vinícius de Freitas Teixeira, <sup>153</sup> p. 200.

orçamento público, efeitos sociais e econômicos, consequências sobre os direitos fundamentais etc.

Uma importante informação constante no guia de avaliação refere-se ao tempo de elaboração de uma lei. Em média, os trabalhos parlamentares duram 51 (cinquenta e um) meses, sendo que normalmente 2/3 (dois terços) desse tempo é dedicado aos trabalhos preparatórios e 1/3 (um terço) ao debate parlamentar e à fase pós-parlamentar.

Para além, diversas leis federais suíças preveem que os efeitos das normas devem ser examinados periodicamente, o que impõe ao Governo a frequente obrigação de relatar os resultados obtidos ao Parlamento.

Por último, vale ressaltar que o item 2, do art. 161, da Constituição Federal da Suíça compele os parlamentares a publicizarem suas relações com “grupos de interesse”, o que traduz uma das grandes preocupações da Legística, que é a de assegurar uma participação democrática e equânime nos processos legislativos.

A partir deste breve relato, nota-se que a cultura Legística na Suíça já está consolidada, exigindo um estudo minucioso no tocante ao processo de elaboração das leis, que é bastante facilitado pelo robusto aparato estatal oferecido.

Em contrapartida, a experiência vivenciada em Portugal é bem distinta. Sobre a realidade portuguesa, Marta Tavares de Almeida<sup>160</sup> relata que os primeiros estudos de avaliação legislativa realizados no país são bastante recentes e esparsos, além de serem direcionados a áreas específicas, o que reflete a falta de tradição de avaliação de políticas públicas.

Com efeito, questões atinentes à qualidade da legislação somente ganharam destaque a partir de 2001, com a criação da Comissão para Simplificação Legislativa, por Resolução do Conselho de Ministros (n.º. 29/2001), a qual tinha, dentre seus principais objetivos, a determinação do modelo de avaliação de impacto das normas jurídicas.

Como ponto de partida, optou-se pela realização de dois estudos de avaliação de impacto, um sobre as alterações do Código da Estrada e o outro acerca da revisão do regime do deferimento tácito previsto no Código de Procedimento Administrativo.

---

<sup>160</sup> ALMEIDA, Marta Tavares de. *Evaluation of Legislation: the Portuguese experience*. In: PITARCH, Ismael E. (Org.). *Legislador i tècnica legislativa*. Barcelona: Publicacions del Parlament de Catalunya, 2003, p. 142 e ss.

Sem adentrar nas minúcias destes dois casos específicos, interessa-nos saber que, ao final, ambos os estudos demonstraram não só a necessidade de realização das avaliações legislativas, como também as dificuldades para a sua implementação.

Notadamente quanto ao Código da Estrada, concluiu-se que o compartilhamento ou recolhimento de informações eram raros em Portugal, na medida em que não havia avaliações regulares e sistemáticas sobre dados, nem sua coleta era obrigatória por parte do Governo.<sup>161</sup>

Diante disso, propôs-se a criação de um banco de dados que reunisse informações de pesquisas empíricas, a fim de viabilizar as avaliações *ex ante* e *ex post*,<sup>162</sup> e também a realização de exames prospectivos obrigatórios antes de quaisquer alterações legislativas relevantes, sobretudo quando os seus efeitos sobre direitos fundamentais fossem potencialmente intensos e incertos.<sup>163</sup>

Essas propostas foram parcialmente acolhidas em 2006, com a instituição do Programa SIMPLEX, que desenvolveu uma *checklist* para avaliação *ex ante* dos impactos de alterações normativas, principalmente os impactos econômicos.

Como se vê, em Portugal ainda há um longo caminho a percorrer em termos de Legística, sobretudo para que seja extraído o máximo proveito das ferramentas proporcionadas por esta ciência, nomeadamente na esfera penal.

Para avançar nessa seara, Marta Tavares sugere, dentre outras medidas: a incorporação das notas explicativas que acompanham os projetos de regulamentação na *checklist* da OCDE, exigindo respostas aos diversos itens nela incluídos; o estabelecimento de uma agência central para promover e monitorizar as avaliações *ex ante*; e o desenvolvimento e promoção da formação especializada de legistas em programas de metodologia legislativa.<sup>164</sup>

#### 2.4.2 – No Brasil

---

<sup>161</sup> ALMEIDA, Marta Tavares de, <sup>160</sup> p. 155.

<sup>162</sup> Quanto ao exame *ex post*, é oportuno mencionar que, em 2018, em Portugal, foi criado o projeto *Lei de identidade de género: impacto e desafios da inovação legal na área do (trans)género*, promovido pelo Centro de Investigação e Intervenção Social do Instituto Universitário de Lisboa (CIS/ISCTE), em parceria com a Associação ILGA Portugal e a The Norwegian LGBT Association (LLH). O projeto avaliou a eficácia, eficiência e pertinência da Lei n.º 7/2011, que havia criado o procedimento de mudança de sexo e de nome próprio no registo civil, no que tange à promoção da igualdade de género em Portugal, bem como a possibilidade de transpor essa lei para outros países, como a Noruega.

<sup>163</sup> Cf. SCALCON, Raquel Lima, <sup>115</sup> p. 146.

<sup>164</sup> ALMEIDA, Marta Tavares de, <sup>160</sup> p. 155.

A Legística, principalmente em sua perspectiva formal, começou a despertar a atenção no Brasil a partir de 1990, quando foi publicado, pelo Poder Executivo Federal, um Manual de Redação da Presidência da República. Datam desta década a Lei Complementar nº 95/1998 e sua norma regulamentadora, o Decreto nº 2.954/1999, posteriormente substituído pelo Decreto nº 4.176/2002, idealizado pelo então Advogado-Geral da União, hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), Gilmar Ferreira Mendes.

Quando foram instaurados debates a respeito da aprovação da LC 95/1998, buscava-se a consolidação dos atos normativos e a diminuição dos textos em circulação na realidade brasileira, embora os resultados esperados não tenham sido alcançados, pouco avançando nesse sentido. O mesmo não se pode dizer em relação ao Decreto nº 4.176/2002, que, apesar de restringir-se ao âmbito do Poder Executivo Federal, introduziu uma série de questões próprias da Legística formal e material. Seus Anexos I e II apresentavam um analítico formulário de preenchimento obrigatório para toda e qualquer proposta de ato normativo, que muito se assemelha a um modelo de avaliação *ex ante*, uma vez que tem a finalidade de identificar o problema concreto, os meios possivelmente capazes de resolvê-lo e os fins almejados.<sup>165</sup>

Mais recentemente, em 2017, o referido Decreto foi revogado pelo Decreto nº 9.191/2017, que manteve as diretrizes da Legística. Merecem menção algumas questões presentes no Anexo do ato normativo e que muito podem auxiliar o legislador penal: 10) As regras propostas afetam direitos fundamentais? As regras propostas afetam garantias constitucionais? 10.1) Os direitos de liberdade podem ser afetados? 11.1.2) A norma penal é necessária? Não seria mais adequado e eficaz a previsão da conduta apenas como ilícito administrativo? 11.1.4) A pena proposta é compatível com outras figuras penais existentes no ordenamento jurídico? 11.1.5) Tem-se agravamento ou melhoria da situação do destinatário da norma?

Se fosse seguido à risca, este Decreto traria grandes benefícios ao ordenamento jurídico brasileiro, especialmente na esfera federal. Na prática, contudo, tem servido apenas para ajustes formais dos atos normativos propostos, não tendo aplicação no que pertine à Legística material, ou, quando o tem, apenas de forma assistemática e episódica.

---

<sup>165</sup> Para mais detalhes, cf. SCALCON, Raquel Lima, <sup>115</sup> p. 128 e ss.

Não obstante, foram criadas as Resoluções nº 44/2013 e 6/2016 pelo Senado Federal, as quais instituíram um procedimento de avaliação sistemática e periódica de políticas públicas de competência do Poder Executivo, de maneira que as Comissões Permanentes do Senado devem selecionar políticas de sua área de abrangência para fazer o devido acompanhamento, que culmina com a apresentação de um relatório avaliativo dos resultados obtidos.

Aliás, quanto às políticas públicas, o que inclui a política criminal, foi apresentado o Projeto de LC nº 488/2017<sup>166</sup>, do Senado Federal, que pretende incluir na LC nº 95/1998 um novo capítulo.

O artigo 17-A do citado PL dispõe que “os projetos de lei que instituem políticas públicas serão acompanhados de avaliação prévia de impacto legislativo, com o intuito de garantir a economicidade, a eficácia, a eficiência e a efetividade das ações públicas”. Foram contemplados nesse PL alguns princípios da Legística, como a transparência, a simplicidade e a clareza (art. 17-B, incisos IV, VII, VIII, IX e parágrafo único). Além disso, os incisos I a III do artigo 17-B determinam que sejam definidos os responsáveis pela coordenação e articulação da política, desde a sua atuação, e a competência dos órgãos, o que se coaduna com o princípio da responsabilidade.

Pode-se destacar, também, o trabalho que vem sendo realizado pela Secretaria de Assuntos Legislativos, pertencente ao Ministério da Justiça, com o projeto chamado “Pensando o Direito”, que intenta promover a democratização do processo legislativo no Brasil através da realização de pesquisas eminentemente empíricas.

Todas essas iniciativas, embora de grande valor, ainda são difusas no Brasil, sequer integrando o procedimento legislativo. É preciso, destarte, estabelecer um modelo de avaliação que seja inserido como elemento obrigatório para a elaboração normativa nacional. Além do mais, como ressalta Raquel Scalcon, “a falta de vinculação entre a *avaliação da qualidade* da

---

<sup>166</sup> Este PL já foi aprovado no Senado e encaminhado à Câmara dos Deputados, assumindo a designação PLP 494/2018. Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1651186&filename=PLP+494/2018](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1651186&filename=PLP+494/2018)> Acesso em: 15 de maio de 2020.

lei e *controle da validade* da lei ainda compromete bastante a repercussão prática de estudos e iniciativas já realizados”.<sup>167</sup>

Para suprir a ausência de obrigatoriedade das avaliações de impacto regulatório no Brasil, máxime no campo penal, seria de grande relevância a aprovação do PL nº 4.373/2016, em trâmite perante a Câmara dos Deputados, que propõe uma “Lei de Responsabilidade Político-Criminal”.<sup>168</sup>

Este PL, de autoria do Deputado Federal Wadih Damous, do Rio de Janeiro, traz a seguinte justificativa: “O presente projeto de lei surge em um contexto político de intenso debate na Câmara dos Deputados de propostas legislativas que alteram o direito e o processo penal. Esses projetos de lei pretendem aumentar penas, criar novos tipos penais e encrudescer a execução da pena. Todavia, a ausência de quaisquer investigações empíricas prévias ou de estudos técnicos aprofundados faz com que o parlamento, muitas vezes seja levado a votar essas propostas sem ter a real dimensão dos seus impactos na vida cotidiana de milhões de brasileiros”. E conclui, na linha do que estamos defendendo: “Diante de um número tão elevado de leis criminalizadoras, comparado aos índices de violência no País, se questiona a eficácia do uso desmedido do direito penal para a finalidade propalada. É necessário, portanto, trazer um freio racional ao punitivismo para qualificar e munir os debates legislativos com dados e análises dos seus impactos”.

O PL em discussão, que atualmente tramita nas Comissões internas da Câmara dos Deputados, preconiza que a proposta de legislação penal que implicar em um novo tipo incriminador, no aumento das sanções relativas a delitos já existentes ou, ainda, no agravamento da execução penal, deverá ser submetida à análise prévia do impacto social e orçamentário, tudo com base em dados estatísticos. Por impacto social, refere-se ao “número estimado de novos processos de conhecimento e de execução no Poder Judiciário, o número de vagas necessárias no sistema prisional e as implicações que a criminalização e os aumentos de pena provocarão na vida coletiva” (artigo 3º).

---

<sup>167</sup> SCALCON, Raquel Lima, <sup>115</sup> p. 132.

<sup>168</sup> Disponível em:

<[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1433190&filename=PL+4373/2016](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1433190&filename=PL+4373/2016)>  
Acesso em: 15 de maio de 2020.

Prevê, outrossim, que deverá ser criado um Conselho de Análise de impacto social e orçamentário de propostas penais, a ser constituído no âmbito da Câmara dos Deputados, composto por servidores do quadro efetivo (art. 5º).

Assim, acaso seja aprovada, esta proposição legislativa imporá as avaliações *ex ante* no domínio penal, o que acreditamos que possa amenizar, em grande medida, a hipercriminalização e a tendente irracionalidade das leis penais.

Temos apenas algumas ressalvas, pois não se pode ignorar que as AIR exigem um exame detalhado da realidade social e, por isso mesmo, demandam maior tempo e gasto público<sup>169</sup>, sendo que os recursos (financeiros e humanos) nem sempre estão disponíveis. Como bem adverte Mader<sup>170</sup>, a ambição de racionalizar o ato legislativo tornar-se-á irracional se exceder limites de custo e de prazo.

Esses fatores não podem ser ignorados no contexto brasileiro, em que o dinheiro público é mal administrado, há um alto índice de corrupção dos agentes estatais, tornando ainda mais escassos os recursos, e o tempo de tramitação dos PL pode variar consideravelmente.<sup>171</sup>

Levando tudo isso em consideração, pensamos não ser razoável, na realidade brasileira, que toda e qualquer lei penal que implique na criação de um novo tipo penal, aumente as sanções já existentes ou agrave a execução penal seja objeto de análise *ex ante*, devendo haver uma aplicação estratégica da avaliação de impacto.

---

<sup>169</sup> Conforme anteriormente mencionado, na Suíça, país com robusto aparato para o desenvolvimento da Legística, o tempo médio para aprovação de uma lei que se submete aos estudos de impacto legislativo é de 51 (cinquenta e um) meses. Só a título de informação, Karpen menciona que o custo médio de uma avaliação legislativa na Alemanha poderia variar entre 15.000 e 150.000 euros, em 2003. (KARPEN, Ulrich. *The evaluation of legislation*, apud SCALCON, Raquel Lima, <sup>115</sup> p. 154).

<sup>170</sup> MADER, Luzius, <sup>145</sup> item 8.

<sup>171</sup> Quanto ao tempo de tramitação dos Projetos de Lei no Brasil, Eduardo Vieira reconhece que a capacidade dos “atores políticos” é determinante: “No período entre 2002 e 2015, com exceção do ano de 2014, o tempo de tramitação dos projetos de iniciativa do Poder Executivo foi menor que o daqueles apresentados por outros atores e, em mais da metade dos anos, o tempo médio de tramitação dos projetos de iniciativa do Executivo foi inferior à metade do tempo médio dos demais. Os dados confirmam a hipótese de que o tempo de tramitação de um projeto no Congresso Nacional depende, em larga medida, da força política daqueles que pretendem aprová-lo. Por consequência, o Poder Executivo, que exerce forte domínio sobre a agenda legislativa, obtém melhores índices de aprovação de seus projetos, bem como menor prazo médio de tramitação.” (VIEIRA, S. S. Eduardo. Desafios e estratégias para a implantação da avaliação de impacto legislativo. In: MENEGUIN, Fernando B.; SILVA, Rafael Silveira e. (Org.). Avaliação de impacto legislativo: cenários e perspectivas para sua aplicação. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017, p. 53).

Diante da impossibilidade de que todas as propostas de leis penais sejam contempladas com as avaliações *ex ante*, é conveniente salientar os critérios estabelecidos por Raquel Scalcon para delimitar a necessidade do exame: *i)* grau de sobressaliência constitucional dos direitos fundamentais contrapostos; *ii)* grau de potencial restrição aos direitos fundamentais contrapostos; *iii)* grau de incerteza ou dissenso sobre os efeitos empíricos da inovação frente aos direitos fundamentais promovidos e aos contrapostos. Quer dizer, “*quanto mais relevantes forem os direitos fundamentais eventualmente afetados, quanto mais intensa for a restrição potencialmente sofrida e, ainda, quanto mais incertos e controversos forem os efeitos concretos da inovação legislativa, mais justificada estará a exigência de avaliações ex ante e ex post*”.<sup>172</sup>

Tendo isso vista e observando, ainda, o grave encarceramento em massa existente no país, com as condições subumanas dos detentos, consoante ressaltado no item 1.3.3, propomos que apenas os PL que possam culminar na pena privativa de liberdade a ser cumprida no regime fechado<sup>173</sup> sejam submetidos às avaliações prospectivas.<sup>174</sup>

Justifiquemos esta proposição. Toda e qualquer lei penal criminalizadora restringe, de forma inarredável, direitos fundamentais de liberdade. Algumas o fazem, entretanto, de forma mais intensa que outras.

O critério sugerido decorre do sistema de execução de penas no Brasil, nos ditames da alínea “a”, § 2º, do artigo 33 do Código Penal. Salvo exceções legais, os condenados a sanções superiores a 8 (oito) anos de reclusão deverão iniciar o cumprimento da pena no regime fechado. Assim, a criação de um delito com pena máxima igual ou superior a este marco, bem

---

<sup>172</sup> SCALCON, Raquel Lima, <sup>115</sup> p. 155.

<sup>173</sup> Essa diferenciação justifica-se, a nosso ver, porque as regras do regime semi-aberto e aberto são mais brandas, não implicando numa restrição tão grave à liberdade do indivíduo, tampouco comprometendo a capacidade do sistema carcerário. No regime semi-aberto (art. 35 do CP), o condenado fica sujeito a trabalho em comum durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar e é admitido que ele desempenhe trabalho externo, bem como frequente cursos supletivos e profissionalizantes. Já no regime aberto (art. 36 do CP), o condenado deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga.

<sup>174</sup> Isto exclui do raio de abrangência das avaliações *ex ante* as alternativas penais existentes no ordenamento jurídico brasileiro, isto é, os mecanismos de intervenção em conflitos e violências diversos do encarceramento no âmbito do sistema penal, que são orientados para a restauração das relações e a promoção da cultura da paz, a partir da responsabilização com dignidade, autonomia e liberdade. São modalidades de alternativas penais: *i)* penas restritivas de direitos; *ii)* transação penal e suspensão condicional do processo; *iii)* suspensão condicional da pena privativa de liberdade; *iv)* conciliação, mediação e técnicas de justiça restaurativa; *v)* medidas cautelares diversas da prisão; *vi)* medidas protetivas de urgência.

como a elevação da pena máxima de delito já existente para tal patamar, indica que os indivíduos futuramente condenados pela sua prática têm grande probabilidade de iniciarem o cumprimento da pena no regime fechado.

Não se pode deixar de prever exceções à regra, particularmente em relação à urgência de determinadas proposições. Ou seja, mesmo para os PL que se enquadrem no padrão sugerido, é preciso que sejam concebidas hipóteses nas quais se possa dispensar a avaliação de impacto legislativo, contanto que essas hipóteses sejam bem demarcadas, a fim de evitar possíveis fraudes.

Se fossem incorporadas estas recomendações ao PL n° 4.373/2016, garantiríamos que apenas as proposições de lei tendentes a restringir, de forma mais severa, o direito fundamental da liberdade do indivíduo fossem objeto das avaliações de impacto prospectivas, ressalvadas as exceções, possibilitando que o Poder Público tivesse maiores recursos (financeiros e humanos) para concretizar esta medida.

Tudo o que foi exposto ao longo deste segundo Capítulo leva-nos a crer que, para enfrentar o expansionismo da legislação criminal e da recorrente irracionalidade das decisões legislativas, sobretudo na fase pré-legislativa, a Legística é determinante, uma vez que fornece ao legislador acesso ao maior número possível de dados e informações essenciais para a tomada de decisão, tornando-o potencialmente mais comedido e responsável.

Chegamos, portanto, à **Conclusão Parcial II**: no domínio penal, em virtude da dimensão dos direitos fundamentais implicados, deve ser obrigatória a adoção das avaliações de impacto legislativo *ex ante*, as quais viabilizam a maior ponderação por parte do legislador na fase pré-legislativa e, ao mesmo tempo, fornecem dados empíricos, obtidos a partir do estudo científico, que poderão subsidiar eventual controle de constitucionalidade da lei penal.

Em sequência, passemos à **Proposição II (circunstancial)**: no caso do Brasil, diante da limitação orçamentária e da “cultura do encarceramento”, propomos que sejam exigidas as avaliações prospectivas para os Projetos de Lei que possam culminar na pena privativa de liberdade a ser cumprida no regime fechado.

### **Capítulo III – A INEVITÁVEL LIGAÇÃO ENTRE LEGISLAÇÃO, ARGUMENTAÇÃO E DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL**

**Premissa:** Para racionalizar o processo de elaboração das leis penais também na fase legislativa, a argumentação desempenha uma função primordial, tanto no momento dos debates, quanto na apresentação das justificativas aos atos normativos. Contudo, em face das peculiaridades do Parlamento, é preciso que seja desenvolvida uma argumentação particularmente voltada a este domínio, ou seja, para melhor compreender e avaliar as razões dos legisladores.

### 3.1 – A argumentação legislativa

*A priori*, é preciso lembrar o axioma de Ripollés<sup>175</sup>: a racionalidade legislativa penal é o ponto de chegada de uma teoria da argumentação jurídica voltada ao plano da legislação.

Pois bem. Segundo Oliver-Lalana<sup>176</sup>, a argumentação legislativa refere-se aos debates que antecedem aprovação das leis e que ocorrem nas Comissões e no Plenário das Casas Legislativas. Nesta arena de debates políticos, argumentações bem construídas refletem-se na racionalidade das discussões travadas, bem como na apresentação das justificativas que devem constar dos instrumentos prévios à aprovação da lei, como a exposição de motivos e o preâmbulo.

Como já tivemos oportunidade de expor no item 1.3.4.2, uma lei pode ser considerada minimamente racional e, portanto, justificada do ponto de vista argumentativo, se atender aos cinco níveis de racionalidade propostos por Atienza: racionalidade comunicativa ou linguística; racionalidade jurídico-formal; racionalidade pragmática; racionalidade teleológica; racionalidade ética. Tudo isso, ao final, examinado de forma holística por meio de uma meta-racionalidade, a razoabilidade.

Vista a partir desse ângulo, a argumentação legislativa pode ser compreendida como uma atividade vocacionada a dar respostas aos questionamentos advindos dos cinco níveis de racionalidade.

---

<sup>175</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis,<sup>2</sup> p. 87.

<sup>176</sup> OLIVER-LALANA, A. Daniel. *Las razones de la producción del derecho: argumentación constitucional, argumentación parlamentaria y argumentación en la selección de jueces*. CARDINAUX, Nancy; CLÉRICO, Laura; D'AURIA, Aníbal (Coord.), Buenos Aires: Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2006, pp. 139-166, p. 147.

É possível, na perspectiva de Atienza, elaborar uma tipologia dos argumentos legislativos a partir das seguintes perguntas<sup>177</sup>: *i)* A lei em questão tem forma linguisticamente adequada, ou seja, está assegurada sua comunicabilidade? *ii)* É sistemática, abstendo-se de criar lacunas e contradições? *iii)* É eficaz, quer dizer, é possível prever o cumprimento por seus destinatários? *iv)* É efetiva, podendo ser atingidos os objetivos planejados? *v)* É axiologicamente adequada, consoante os princípios constitucionais e outros critérios morais pertinentes? *vi)* É eficiente, alcançando os objetivos anteriores a um custo satisfatório?

Todavia, tal modelo é mais adequado para *avaliar* abstratamente a racionalidade legislativa, não sendo o ideal se se pretende saber *como* argumentar. Para esse efeito, o próprio Atienza admite que deve ser invertida a ordem dos níveis (na linha do que já havia sugerido Díez Ripollés): deve-se começar com a discussão sobre as finalidades a serem perseguidas pela lei e se elas são justificadas; a seguir, quais os meios objetivos e subjetivos (sanções no sentido amplo) devem ser usados para obter a finalidade pretendida; qual a sistemática que a norma deve seguir para ser completa e consistente; e, enfim, como devem ser redigidos os artigos da lei.<sup>178</sup>

Mas, se desejamos compreender a argumentação legislativa, é necessário partir do pressuposto de que o legislador não é, em regra, um jurista, de maneira que a argumentação por ele utilizada em pouco se assemelha à argumentação jurídica, como infere Atienza: “(...) el esquema básico de la argumentación judicial es la subsunción y, excepcionalmente, la ponderación, mientras que la argumentación legislativa obedece más bien al razonamiento adecuado (medio-fin) y la ponderación juega un papel muy destacado, en particular la ponderación (concreción) que tiene lugar a partir de directrices y que exige grandes dosis de discrecionalidad”.<sup>179</sup>

Tendo em vista essa peculiaridade, não se pode esperar que a argumentação judicial ajuste-se perfeitamente à seara legislativa, embora, em alguns aspectos, possa ser aproveitada.<sup>180</sup> <sup>181</sup> Neste sentido, Atienza desenvolveu uma Teoria da Argumentação

---

<sup>177</sup> ATIENZA, Manuel, <sup>85</sup> p. 105.

<sup>178</sup> ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Ed. Trotta, 2013, p. 718.

<sup>179</sup> ATIENZA, Manuel, <sup>178</sup> p. 714.

<sup>180</sup> Ainda que sejam vistos sob outra perspectiva, não se pode negar que os níveis de racionalidade legislativa convertem-se nos cânones da interpretação jurídica: linguísticos, sistemáticos, histórico-evolutivos, teleológicos e

Legislativa, destinada, sobretudo, a esclarecer o funcionamento da argumentação no contexto da legislação e a estabelecer parâmetros para avaliar tal argumentação.

Reconhece que existem inúmeras diferenças entre juízes e legisladores<sup>182</sup>, a começar pelo *status* normativo de cada um: o juiz é um funcionário público independente, que além de não possuir responsabilidades políticas, desenvolve sua função de forma estável, tendo formação específica para desempenhar seu mister (especialista em Direito); o legislador, por seu turno, não necessita de nenhuma formação particular para desempenhar suas atividades e representa os interesses de algum setor ou classe social, ficando, de certa forma, dependente das organizações políticas que o promoveram para ocupar o cargo.<sup>183</sup>

Ao analisar a composição e organização dos Poderes Legislativo e Judiciário, são inegáveis as distinções. A organização judiciária é desenvolvida para alcançar, na maior parte das vezes, o consenso, o que se torna possível pela homogeneidade dos seus membros, pela hierarquia do aparato judicial e pelo sistema de recursos tendente a uniformizar as opiniões. Em oposição, o Parlamento é composto por centenas de membros e sua estrutura é vocacionada para gerir o dissenso: espera-se chegar a acordos razoáveis por intermédio de negociações e compromissos que garantam as decisões legislativas.<sup>184</sup>

---

axiológicos. (ATIENZA, Manuel, <sup>178</sup> p. 718). Neste mesmo sentido, Ripollés destaca: “Following the sequence ordinarily used at the time of interpreting a legal provision, linguistic rationality is very close to the grammatical or textual canon, and systematic rationality confronts similar challenges to those of the systematic canon. Pragmatic rationality corresponds to some extent to the teleological canon, and teleological rationality comfortably inserts itself into the same context as the historical or legislator’s intent canon. Finally, ethical rationality partially coincides with the canon of constitutional compliance”. (DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, <sup>22</sup> p. 51).

<sup>181</sup> Marcilla Córdoba também vê uma aproximação entre a racionalidade jurídica e a legislativa: “(...) legislation—like adjudication—could be seen as a moral reasoning context. Obviously, legislation has some singularities, but the way of reasoning should not differ from adjudication. In fact, the model for adjudicative legal reasoning, according to Robert Alexy’s interpretation, is based on the Habermasian ‘ideal speech situation’ theory. And, precisely, the Habermasian ideal speech situation is the model underlying parliamentary procedures as well”. (MARCILLA CÓRDOBA, Gema, <sup>127</sup> p. 139).

<sup>182</sup> Marcilla Córdoba compreende, basicamente, que a maior diferença entre juízes e legisladores é que os primeiros têm que lidar com a *lege lata*, enquanto os últimos ocupam-se da *lege ferenda*: “At first sight, the main difference between the argumentation carried out by legislators and the one carried out by judges has to do with the fact that legislators acts as ‘social engineers’. That is why, when designing policies, they must not only choose which legislative measures are to be taken, but also anticipate or predict the multiple scenarios that their legislative activity could generate. On the contrary, judges must deal with a political scenario which is already given, in the sense that political circumstances have been converted into written statutory law or legal regulation that cannot be altered judicially”. (MARCILLA CÓRDOBA, Gema, <sup>127</sup> p. 141).

<sup>183</sup> ATIENZA, Manuel, <sup>178</sup> p. 713.

<sup>184</sup> ATIENZA, Manuel, <sup>178</sup> p. 713-714.

Além disso, no que tange à possibilidade de escolha das questões sobre as quais podem atuar, prevalece no Judiciário o princípio da inércia para garantir a imparcialidade do julgador, ao passo que no Legislativo existe ampla liberdade de escolha.

Para Atienza, uma das principais consequências advindas destas diferenças substanciais é que, ao contrário dos juízes, que são regidos pelos princípios da imparcialidade, independência e dever de motivar suas decisões, os legisladores não se sujeitam a um “código deontológico” rígido, ou seja, não se submetem a um conjunto inflexível de regras e deveres éticos no desempenho de suas funções. Espera-se destes, tão somente, coerência ideológica, alguma disciplina e habilidade para concretizar os objetivos fixados na lei. Os parlamentares, portanto, possuem muito mais liberdade.

Daí por que a atividade legislativa é mais complexa que a jurídica, no sentido de ser mais aberta e menos estruturada, sendo este um dos motivos pelos quais os estudiosos do Direito evitam empreender esforços para compreendê-la e delimitá-la.

Todas essas características influenciam na racionalidade desenvolvida em cada domínio e um mesmo argumento pode ter repercussões díspares. Por exemplo, a alegação de que determinada norma é inconstitucional pode não ter força para impedir sua aprovação no Legislativo, enquanto no Judiciário poderia conduzir à declaração de inconstitucionalidade e expulsão do ordenamento jurídico.

Por isso é essencial nos aprofundarmos na racionalidade legislativa, vez que, em última instância, representa a justificação pública da lei e reflete a interpretação que o Poder Legislativo faz sobre a Constituição (interpretação legislativa).

No âmbito parlamentar, quando se discutem os objetivos buscados pela nova lei, está-se, na verdade, fazendo uma ponderação legislativa, que se baseia em um esquema finalístico: quais os meios normativos são aptos para alcançar os fins buscados, e quais os fins, dentre os diversos princípios e valores do sistema jurídico, devem ser contemplados.

Isto implica dizer que a natureza da argumentação legislativa é pragmática, estratégica e instrumental, já que os argumentos são baseados em conexões de causalidade, na estrutura de meios-fins. Na maioria das vezes, o argumento parlamentar tem o intuito de demonstrar que, se for criada uma lei com determinado conteúdo, então serão atingidos dados objetivos,

os quais deverão fazer frente às necessidades sociais e estar em conformidade com as normas e os valores constitucionais.

Como resta claro, os tipos de justificativas utilizadas em uma argumentação legislativa requerem uma análise empírica mais detalhada, não apenas em abstrato. A subsunção às categorias de racionalidade não desempenha um papel central na argumentação legislativa, na qual prevalecem razões consequentialistas e finalísticas.

Não se pode ignorar que, nesse tipo de discurso, a oralidade – ligada à memória, ao gestual e até à imitação da voz – possui um papel determinante para o convencimento, seja do eleitorado, da opinião pública e da mídia, ou mesmo dos demais parlamentares.<sup>185</sup>

Além disso, em muitas ocasiões, os legisladores fazem uso do denominado “argumento de autoridade”, apelando para sua credibilidade enquanto parlamentares ou para a reputação da instituição a fim de validar seus argumentos. Portanto, esse tipo de retórica baseia-se exclusivamente na confiança de que goza a pessoa ou a instituição, desprezando as razões apresentadas para sustentá-la.

Mesmo diante das diversas singularidades inerentes ao Parlamento e, conquanto nem sempre a qualidade da argumentação seja vislumbrada no produto final da atividade legislativa, apostamos na importância do desenvolvimento de uma teoria particularmente direcionada para este âmbito, tal qual a elaborada por Atienza, que se proponha não só a fornecer elementos para se compreender o *modus operandi* legislativo, mas também a estabelecer critérios próprios para avaliação da argumentação desenvolvida nesse domínio, o que será objeto de análise a seguir.

### **3.1.1 – Como avaliar a argumentação legislativa**

Inauguramos este ponto com uma constatação de Atienza: “(...) son también distintos los criterios de evaluación de los argumentos; en la argumentación legislativa (a diferencia de lo que ocurre en la de carácter judicial), no tiene sentido la idea de la respuesta correcta (casi

---

<sup>185</sup> Para este fato, alerta Atienza: “Y en cuanto a los elementos retóricos, un aspecto interesante por destacar es que la fuerza de persuasión no se ejerce únicamente (y muchas veces ni siquiera fundamentalmente) hacia dentro de la asamblea, sino hacia afuera, hacia la opinión pública: a quien se trata de persuadir, sobre todo, es al votante, y para lograrlo se recurre, con no poca frecuencia, a eslóganes propagandísticos en los que el elemento de argumentación racional, crítica, queda reducido a un mínimo”.(ATIENZA, Manuel, <sup>178</sup> p. 717).

nunca puede decirse que una determinada ley, con tales y cuales contenidos, era la única posible) y la coherencia no juega un papel central, sino más bien el de marcar un límite”.<sup>186</sup>

A afirmação do autor ampara-se no fato de que a argumentação legislativa não é avaliada pelo resultado, mas pelo processo e pelas discussões que tenham sido travadas especialmente nas Comissões e no Plenário.

Em posição semelhante, Oliver-Lalana compreende que a racionalidade legislativa é pluriforme, não podendo ser reduzida à racionalidade jurídico-formal. Assim, diante de uma suposta irracionalidade legislativa, pode haver uma série de racionalidades que não podem ser captadas do ponto de vista jurídico-sistemático.

Por esse motivo, antes de proceder ao exame dos argumentos legislativos, é essencial perceber como eles funcionam. Oliver-Lalana faz um resumo<sup>187</sup>: *i*) a argumentação legislativa ocorre em dois momentos: a argumentação que justifica a decisão legislativa para regular a realidade social de determinada maneira e a argumentação para a “fixação textual”, isto é, quando o texto da lei cristaliza a decisão adotada; *ii*) os condicionantes institucionais da argumentação legislativa são mais destacados que os da argumentação judicial, podendo-se citar a disciplina de voto imposta aos parlamentares pelos grupos e partidos políticos e a vinculação do legislador à vontade dos cidadãos; *iii*) a argumentação legislativa desempenha uma função político-representativa; *iv*) as premissas da argumentação legislativa são de índole moral, ética, política, econômica, além de jurídica, ou seja, estão envolvidas diversas racionalidades.

À vista disso, Atienza entende que, para que seja avaliada a argumentação legislativa, é imprescindível que as concepções argumentativas (formal, material e pragmática) sejam entrelaçadas às características deste campo.<sup>188</sup>

Na perspectiva formal, a argumentação legislativa é caracterizada por raciocínios baseados em relações de causalidade, seguindo esquemas de tipo indutivo. Do ponto de vista material, avalia-se se a argumentação está dirigida normas gerais a serem aplicadas no futuro,

---

<sup>186</sup> ATIENZA, Manuel, <sup>178</sup> p. 714.

<sup>187</sup> OLIVER-LALANA, A. Daniel. *Ponderación y racionalidad legislativa: la argumentación parlamentaria como argumentación jurídica*. Anuario. Area socio jurídica: Facultad de Derecho - Universidad de la República (Uruguay), n° 2, 2005, pp. 105-120, p. 118.

<sup>188</sup> ATIENZA, Manuel, <sup>85</sup> p. 103.

contemplando casos genéricos. A partir da ótica pragmática, devem ser sopesados os aspectos dialéticos e retóricos da argumentação legislativa.

Devem ser considerados, para tanto, os diversos atores deste processo e os inúmeros argumentos lançados ao longo das fases legislativas. Isto explica o porquê de o peso argumentativo não se concentrar no produto legislativo, mas na atividade como um todo.

Atienza, então, recomenda um modelo para analisar e avaliar a argumentação produzida no Parlamento, escalonado em 9 etapas sequenciais<sup>189</sup>: 1) apresentação das circunstâncias nas quais se insere a iniciativa parlamentar, com explicações sobre a origem do problema (políticas, sociais, econômicas etc.); 2) identificação dos pontos fundamentais de discussão, adequando-os aos 5 níveis de racionalidade sugeridos; 3) indicação das razões favoráveis e contrárias a cada argumento por todos os parlamentares envolvidos na discussão; 4) se necessário, representação dos resultados através de diagramas e flechas, em relação ao argumento como um todo ou a pontos específicos; 5) exame detalhado, se aplicável, de algum argumento que tenha desempenhado papel central no debate, sob uma perspectiva consequencialista, com as perguntas críticas pertinentes (Ex: Em que medida pode ser aceito que a reforma da lei produzirá tais consequências? Por que essas consequências são desejáveis ou indesejáveis?); 6) identificação dos elementos dialéticos da discussão, dentro de um contexto argumentativo de diálogo ou sucessão de monólogos; 7) reconhecimento dos elementos de retórica utilizados (tipo de linguagem e técnicas de retórica, características do orador e do público, papel da opinião pública); 8) detecção e análise das falácias que tenham surgido durante o debate; 9) avaliação geral da argumentação: se a nova lei está justificada ou não e o grau em que isso se dá, em conformidade com os argumentos providos e à luz das cinco perspectivas de racionalidade (linguística, sistemática, pragmática, teleológica e axiológica).

Entretanto, Atienza ressalta ser indispensável o desenvolvimento de maiores estudos neste campo, a fim de que sejam identificados os argumentos mais usuais na argumentação legislativa, e cita, como exemplo, o argumento consequencialista. Para o citado autor,

---

<sup>189</sup> ATIENZA. Manuel, <sup>94</sup> p 168-169.

además, é essencial que sejam detectadas e combatidas as falácias na argumentação legislativa, já que, nesta seara, os elementos dialéticos e retóricos possuem enorme relevância.

No item que segue trataremos dos debates legislativos, visto que é nesta arena onde é posta, em prática, toda sorte de argumentos.

### **3.1.2 – Os debates parlamentares**

Para compreender a dialética legislativa, isto é, o desenrolar das discussões nas sessões plenárias e nas comissões parlamentares, é preciso ter em conta que a argumentação utilizada é eminentemente política e até performática, já que os parlamentares argumentam para os eleitores, para sua base eleitoral, para seus pares e mesmo para o público que acompanha as sessões pelos meios de comunicação.

Por isso, deve-se estar atento à estrutura dos argumentos, ao lado dialético da argumentação e, sobretudo, à qualidade material das razões dadas pelos legisladores.

Antes de adentrar no cerne da questão propriamente dita, é interessante realçar que, na visão Aguiló Regla<sup>190</sup>, existem quatro tipos de debates: a disputa; a controvérsia; o diálogo racional (deliberação); e o consenso.

O autor adverte que, na prática, dificilmente os debates ficam restritos a uma só modalidade e que nem todos os interlocutores caminham na mesma direção.

Em linhas gerais, pode-se dizer que, na disputa, há um nível máximo de conflito, sendo que o foco do problema recai sobre os participantes, e não no objeto da discussão em si mesmo (Ex: brigas de casal). Na controvérsia, apesar de também haver um debate conflitivo, este é mais direcionado ao tema em discussão, e não tanto às pessoas envolvidas (Ex: debate entre Acusação e Defesa). Já o diálogo racional ou deliberação compreende um tipo de debate cooperativo em torno de uma temática (Ex: junta médica em busca de um diagnóstico). Por último, o consenso é um debate cooperativo e “atoral”, isto é, que conta com a participação ativa dos atores envolvidos (Ex: debates promovidos em uma Assembleia Constituinte).

---

<sup>190</sup> AGUILÓ REGLA, Josep. *Cuatro modos de debatir*. Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, n° 36, 2013, pp. 211-227. Disponível em: <[https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/52463/1/Doxa\\_36\\_10.pdf](https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/52463/1/Doxa_36_10.pdf)>. Acesso em: 16 de agosto de 2020.

Após expor as principais características de cada tipo, Aguiló Regla infere que quanto mais conflitivo e “atoral” for o debate, mais irracional será, ao passo que quanto mais cooperativo e voltado a uma temática, mais racional tem a probabilidade de ser.<sup>191</sup>

Segundo a concepção do citado jurista, o debate legislativo clássico insere-se na categoria da controvérsia, já que, embora conflituoso, é voltado – ou deveria ser – a uma temática.

Contudo, o que se observa é que, em muitas oportunidades, os políticos e partidos políticos transformam-se no foco do debate, tornando-se os “atores principais”, sobretudo nos conflitos dualistas entre governo-oposição, esquerda-direita, liberal-conservador. Nesses casos, há uma inequívoca aproximação da *disputa*, notadamente irracional.

Nesse aspecto, Atienza esclarece que: “La dialéctica parlamentaria, de todos modos, no supone que los contendientes estén (o estén del todo) en igualdad de condiciones: los ‘árbitros’ del debate (o sea, los otros parlamentarios, que intervienen no sólo votando a favor o en contra de una propuesta, sino ‘presionando’ de diversas maneras a lo largo del debate) son, casi por definición, parciales, no tienen obligación de justificar el sentido de su voto y no sólo no son expertos en la materia debatida, sino que muchas veces ni siquiera puede decirse que tengan una idea razonablemente fundada acerca de lo que están votando”.<sup>192</sup>

Desse modo, os debates no Parlamento não são necessariamente direcionados ao público, mas também aos parlamentares da oposição, que não querem abrir mão de seu posicionamento para dar razão ao oponente. Não costuma ser um debate deliberativo, mas simplesmente retórico, já que muitas vezes a “guerra” já foi vencida antes mesmo de ter começado, pois depende, majoritariamente, da quantidade de legisladores em cada lado, e não propriamente do tipo de discussão a ser travada.

Entretanto, no Parlamento o ideal seria priorizar-se o diálogo racional e deliberativo, por vezes consensual, mas sempre concentrado em uma discussão construtiva e colaborativa, pois o que deve prevalecer é a união à volta de um objetivo maior: o interesse coletivo.

---

<sup>191</sup> AGUILÓ REGLA, Josep, <sup>190</sup> p. 225.

<sup>192</sup> ATIENZA, Manuel, <sup>178</sup> p. 716-717.

A propósito, Ralph Johnson<sup>193</sup> salienta que a existência de interesses em comum e a unidade de fins são fatores que contribuem para o desenvolvimento da argumentação, que só terá sentido em um ambiente em que haja discrepância de opiniões. Por outro lado, é preciso que exista a predisposição à mudança, ou seja, a escutar os pontos de vista alheios.

Ocorre que, para alcançar os objetivos pretendidos, o legislador muitas vezes faz uso de toda sorte de argumentos, incluindo os falaciosos, que, nas palavras de Atienza<sup>194</sup>, são aqueles que têm a aparência de serem bons, mas na verdade não o são. Consoante Bentham<sup>195</sup>, na esfera político-legislativa, as falácias amparam os interesses escusos ou suspeitos, que não podem ser declarados abertamente e, por isso mesmo, são contrários ao interesse público.

As falácias mais frequentes entre os parlamentares abrangem a evasão do debate, quando não se responde a um argumento, mesmo diante de uma obrigação dialética de fazê-lo, o apelo às emoções e a utilização da argumentação *ad hominem*, quando se procura negar uma proposição com uma crítica ao seu autor, e não ao conteúdo.

Contudo, Oliver-Lalana<sup>196</sup> faz alguns contrapontos acerca das falácias no argumento legislativo. Ressalta que o contexto, a matéria e a orientação teórica do avaliador são relevantes, visto que um argumento pode ser falacioso em determinado contexto, mas não necessariamente no debate parlamentar. Outrossim, o impacto das falácias na argumentação legislativa pode ser menor que o esperado, o que ocorre, por exemplo, quando falácias *ad hominem* são acompanhadas por argumentos impecáveis a favor ou contra determinada proposta. Por fim, adverte que o teste das falácias não exaure a avaliação da qualidade, na medida em que argumentos tolos, contradições lógicas ou crenças falsas não necessariamente seriam falácias, mas argumentos simplesmente ruins ou fracos.

Tudo isto revela a dimensão dos debates empreendidos no Parlamento, bem como as consequências que daí podem derivar em termos de racionalidade e legitimidade.

---

<sup>193</sup> JOHNSON, Ralph H. *Manifest rationality: a pragmatic theory of argument*. Mahwah, New Jersey: Lawrence Erlbaum Associates, 2000, p. 68.

<sup>194</sup> ATIENZA, Manuel, <sup>178</sup> p. 116.

<sup>195</sup> BENTHAM, Jeremy. *Falacias Políticas*. Centro de Estudios Políticos Constitucionales. Madrid: Marcial Pons, 1990, p. 27.

<sup>196</sup> WINTIGENS, Luc J; OLIVER-LALANA, A. Daniel (Eds). *Rational Lawmaking and legislative reasoning in Parliamentary debates*. In: *The rationality and justification of legislation. Essays in Legisprudence*. Dordrecht, Springer, 2013, pp. 135-184, p. 171-172.

Tamanha é a importância dos debates travados que Oliver-Lalana defende o potencial justificativo do debate parlamentar como fonte de interesse dos juristas, notadamente como material a partir do qual se pode avaliar criticamente a legitimidade das leis.

Em resumo, a sua premissa é a seguinte: em uma Democracia Constitucional, que compreende a supervisão judicial da compatibilidade dos estatutos com direitos básicos, e que, por sua vez, está embutida em uma cultura de justificação, o argumento da qualidade do debate legislativo é perfeitamente válido para ajustar a devida deferência judicial aos Parlamentos e suas leis.<sup>197</sup>

Isto quer dizer que, para ele, os Tribunais Constitucionais não deveriam permanecer indiferentes à qualidade da deliberação legislativa, pois esta pode servir de base para eventual controle de constitucionalidade, como um norte interpretativo.

Por tal razão, o autor pugna por um modelo mais amplo de justificação, que abarque os debates legislativos (presentes em atas taquigráficas e diários de sessões), afinal “assessing the legal or constitutional justifiability of a law without examining how it was actually grounded would imply not taking legislators seriously as primary decision-makers”.<sup>198</sup>

### **3.2 - O Estado Constitucional e o dever de justificação**

Consoante Gilmar Mendes, no Estado de Direito é comum que todas as relações estejam submetidas ao regime da lei. De igual forma, faz parte da essência do sistema democrático que as decisões fundamentais para a vida em sociedade sejam tomadas pelo Poder Legislativo. Neste cenário, o legislador ocupa papel central, competindo-lhe não somente a concretização genérica da vontade constitucional, mas, igualmente, colmatar as lacunas ou corrigir os defeitos identificados na legislação em vigor. Assim, “o *poder de legislar* converte-se, pois, num *dever de legislar*”.<sup>199</sup>

---

<sup>197</sup> OLIVER-LALANA, A. Daniel. *Legislative Deliberation and Judicial Review: between Respect and Disrespect for Elected Lawmakers*. In: OLIVER-LALANA, A. Daniel (Ed.), *Conceptions and Misconceptions of legislation* (Legisprudence Library Book 5). Switzerland: Springer, 2019, p. 176.

<sup>198</sup> OLIVER-LALANA, A. Daniel, <sup>197</sup> p.184-185.

<sup>199</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Teoria da Legislação e Controle de Constitucionalidade: algumas notas. *Revista Jurídica Virtual - Brasília*, vol. 1, n. 1, maio 1999, p. 1. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/viewFile/33/26>>. Acesso em: 02 de abril de 2020.

Tendo em mente as inúmeras consequências que podem advir de um legislar pouco cuidadoso, para não dizer irracional, o que possui contornos mais severos no domínio penal, com injustificadas restrições a direitos básicos, é preciso estabelecer balizas para que seja desenvolvida a atividade legislativa, pois, como observado por Victor Nunes Leal<sup>200</sup>, “tal é o poder da lei que a sua elaboração reclama precauções severíssimas. Quem faz a lei é como se estivesse acondicionando materiais explosivos. As consequências da imprevisão e da imperícia não serão tão espetaculares, e quase sempre só de modo indireto atingirão o manipulador, mas podem causar danos irreparáveis”.

Ainda que haja a universalidade da atividade legislativa no que tange às matérias a serem tratadas, não se pode ignorar que esta atividade é subsidiária. Nas palavras de Gilmar Mendes, “o exercício da atividade legislativa está submetido ao princípio da necessidade, isto é, que a promulgação de leis supérfluas ou iterativas configura abuso do poder de legislar.”<sup>201</sup> É que a presunção de liberdade, que lastreia o Estado de Direito democrático, pressupõe um regime legal mínimo, que não reduza ou restrinja, imotivada ou desnecessariamente, a liberdade de ação no âmbito social. As leis hão de ter, pois, um fundamento objetivo, devendo mesmo ser reconhecida a inconstitucionalidade das normas que estabelecem restrições dispensáveis”.<sup>202</sup>

Na verdade, num Estado de Direito que é *também* Constitucional, ou seja, em que a Constituição escrita, que inclui direitos e garantias fundamentais, é vinculativa para os cidadãos e também para os poderes públicos, o simples fato de um parlamentar ter sido eleito democraticamente não pode constituir a base exclusiva de sua autoridade legislativa.

Isto não o autoriza, pois, a tomar decisões injustificáveis, tampouco o desobriga de dar razões. Ao contrário disso, o constitucionalismo, como paradigma da lei e da jurisprudência,

---

<sup>200</sup> LEAL, Victor Nunes. Técnica Legislativa. In: Estudos de direito público. Rio de Janeiro, 1960. p. 7-8, *apud* MENDES, Gilmar Ferreira,<sup>199</sup> p. 2.

<sup>201</sup> No Brasil, no entanto, dificilmente prevalece a ideia de subsidiariedade da atividade legislativa, visto que muitas vezes o “sucesso” do parlamentar está associado à quantidade de PL elaborados e aprovados, emendas apresentadas etc. Eduardo Vieira arremata: “A combinação (...) do baixo custo da introdução de um novo projeto de lei na pauta do Congresso Nacional, em razão da ampla gama de agentes políticos com poderes para iniciar sua tramitação, e de uma cultura política que valoriza elementos quantitativos da atuação parlamentar, não parece constituir, à primeira vista, o ambiente mais propício à implantação de uma avaliação rigorosa das proposições legislativas”. (VIEIRA, S. S. Eduardo,<sup>171</sup> p. 50)

<sup>202</sup> MENDES, Gilmar Ferreira,<sup>199</sup> p. 2-3.

implica que a cultura da justificação se estenda a todas as autoridades públicas, ou seja, não só ao Executivo e ao Judiciário, mas também ao Legislativo.<sup>203</sup>

Destarte, o dever constitucional de argumentar e justificar adequadamente as decisões exsurge como uma consequência inerente à atividade legislativa.<sup>204</sup> Ou, como assevera Oliver-Lalana, as condições procedimentais da legislação nos sistemas democráticos compreendem uma dimensão justificatória, de modo que a argumentação parlamentar deve refletir a justificação racional subjacente.<sup>205</sup>

Nas últimas décadas, a justificativa tornou-se uma ideia central na cultura jurídica, na jurisprudência e na filosofia política. O paradigma argumentativo pós-positivista evita o legicentrismo formalista<sup>206</sup> que caracterizou a jurisprudência nos séculos passados e passou a dar ênfase na supremacia e centralidade da Constituição.<sup>207</sup>

No entanto, Sieckmann pontua que a exigência para que a legislação seja racionalmente justificada não é decorrente do Direito Constitucional tradicional: “It has been developed in the adjudication of fundamental rights, applying the principle of proportionality to any interference with fundamental rights. This development can be seen as a more general

---

<sup>203</sup> Sobre a “cultura da justificação” no Parlamento, Marcilla Córdoba observa: “From the institutional perspective, the rule of law, in the framework of a compulsory and enforced constitution, stipulates that the law enacted by parliaments ought to fit in the constitutional order, though being an expression of the majority’s will. From the methodological perspective of a necessary connection between legal and practical reasoning, parliament’s legitimacy does not only nor primarily derive from winning elections or from embodying the majority’s will. Legitimacy goes beyond the fact that such political parties have won the elections; it also requires that discursive and deliberative procedures base legislative actions. Thus, the model adopted to assess how to take public legislative decisions is the ethical-moral discourse, i.e. the exchange of moral reasons under ideal circumstances”. (MARCILLA CÓRDOBA, Gema, <sup>127</sup> p. 131).

<sup>204</sup> Oliver-Lalana complementa: “In healthy constitutional systems, (elected) legislators are expected to give arguments in public for the laws they pass. Otherwise, citizens can hardly ascertain their reasonableness, and the same applies to courts where legislation is judicially reviewed. Such an expectation is a hallmark of a democratic culture of justification”. (OLIVER-LALANA, <sup>197</sup> p. 7 do prefácio).

<sup>205</sup> OLIVER-LALANA, A. Daniel, <sup>187</sup> p. 112-113.

<sup>206</sup> Sobre as consequências do legicentrismo na esfera penal, Luiz Flávio Gomes explica: “A combinação do legiscentrismo e da representação popular trouxe a crença de que existiriam *poderes extraordinários de transformação da realidade social*. No âmbito criminal, isso quer dizer que o conceito “material”- social de crime será absorvido pelo conceito “formal” – crime será o que o legislador quiser”. (GOMES, Luiz Flávio; GAZOTO, Luís Wanderley, <sup>51</sup> p. 34).

<sup>207</sup> Acerca da influência do Constitucionalismo e do Pós-positivismo na justificação, Marcilla Córdoba assevera: “Constitutionalism justifies the need for law’s reasonableness by emphasising the hierarchical supremacy of constitutional principles. Post-positivism holds that the Law raises a claim to correctness, and conceives fundamental rights and other primary values of the community as intrinsically tied to a practical reasoning which is based on the weighing of these rights and values under given legal and factual circumstances”. (MARCILLA CÓRDOBA, Gema, <sup>127</sup> p. 142-143).

shift from a ‘culture of authority’ to a ‘culture of justification’ (Cohen-Eliya and Porat 2010: 466, 474)”.<sup>208</sup>

Há autores, inclusive, que já propagam o reconhecimento de um direito básico à justificação como traço central das sociedades democráticas.<sup>209</sup>

Nessa linha, no Brasil, Ana Paula de Barcellos<sup>210</sup> concebe o direito à justificativa dos atos estatais como um direito fundamental, qual seja o do “devido processo na elaboração normativa”, corolário do direito à informação, expressamente previsto na CF/88 (art. 5º, inciso XXXIII e art. 37, § 3º, inciso II), sendo que direcionado à atividade legislativa.

O direito ao devido processo na elaboração normativa, ou DPEN, como ela prefere chamar, seria um direito difuso, titularizado pelas pessoas e pela sociedade em geral, cujos destinatários seriam todos aqueles que podem propor a edição de uma norma.<sup>211</sup>

Para a autora, o DPEN imporia ao legislador algumas obrigações, que muito se assemelham àquelas previstas nas avaliações *ex ante*: identificar o problema social a ser enfrentado; estabelecer as finalidades pretendidas com a proposta; avaliar os custos e impactos da medida. Acrescenta que deve integrar o DPEN o dever de apresentar justificativas de forma pública e deixa-las disponíveis permanentemente.<sup>212</sup>

Embora não se possa deixar de reconhecer os méritos desta abordagem, por outro lado, transformar o *dever* de justificar em um *direito* à justificativa, na nossa visão, acabaria por tolher a liberdade do legislador, privando-lhe da função mediadora entre política e Direito. É que, a despeito de sustentarmos a necessidade de serem devidamente justificadas as decisões legislativas, não desconsideramos que tais decisões possuem um componente político, que é próprio da democracia.

---

<sup>208</sup> SIECKMANN, Jan-R. *Legislation as balancing*. In: OLIVER-LALANA, A. Daniel (Ed.), *Conceptions and Misconceptions of legislation* (Legisprudence Library Book 5). Switzerland: Springer, 2019, p. 111.

<sup>209</sup> Afinal, consoante Forst, a democracia consiste em “a political practice of argumentation and reason-giving among free and equal citizens, a practice in which individual and collective perspectives and positions are subject to change through deliberation and in which only those norms, rules, or decisions that result from some form of reason-based agreement among the citizens are accepted as legitimate”. (FORST, Rainer. *The right to justification: elements of a constructivist theory of justice*. New York: Columbia University Press, 2014, p. 155).

<sup>210</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos Fundamentais e direito à justificativa. Devido procedimento na elaboração normativa*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 139.

<sup>211</sup> BARCELLOS, Ana Paula de, <sup>210</sup> p. 218 e ss.

<sup>212</sup> BARCELLOS, Ana Paula de, <sup>210</sup> p. 173-202.

Portanto, entendemos que, em um Estado Constitucional, devem ser respeitadas as peculiaridades políticas próprias dos parlamentares, mas, ao mesmo tempo, temos a convicção de que não pode haver uma deferência incondicional para com as decisões legislativas, simplesmente porque decorrem dos “representantes do povo”. O respeito às decisões legislativas deve ser conquistado, o que só se dá mediante a combinação entre a devida argumentação legislativa e a democracia constitucional.<sup>213</sup>

### 3.2.1 – Tipos de justificação para a criminalização

Apesar de uma decisão criminalizadora ter como base, quase sempre, mais de um motivo, é certo que um deles prevalecerá sobre os demais.

À vista disso, Summers<sup>214</sup> distingue dois tipos de justificativas principais, espécies do gênero “razões substanciais” (*substantive reasons*): razão de justiça (*rightness reason*) e razão finalística/instrumental (*goal reason*).

A razão de justiça tem como fundamento uma norma de justiça material, sem maiores referências a efeitos futuros possivelmente decorrentes da decisão, centrando-se na forma como os fatos ocorreram (passado ou presente). São exemplos disso a culpabilidade, o merecimento da punição etc.

Por sua vez, a razão finalística/instrumental retira a sua força justificadora da expectativa de que a decisão que ela ampara terá resultados positivos na promoção do fim almejado, sendo, assim, orientada ao futuro (Ex: eficácia preventiva do meio penal).

Com o intuito de dar concretude à classificação elaborada por Summers, Raquel Scalcon buscou auxílio nas categorias conceituais propostas por Joseph Raz, para quem as normas possuem funções diretas e funções indiretas.<sup>215</sup>

---

<sup>213</sup> Aqui, vale fazer menção à noção de “cultura democrática de justificação” referida por A. Daniel Oliver-Lalana: “Roughly, in a culture of justification legislators would be bound by a duty to offer both ‘political justifications to the electorate for their laws’ and ‘legal justifications in terms of the values set out’ in the constitution; this is much more than justifying ‘why one policy is better than another since it is also a justification of why the policy is consistent with the legally protected rights of those it affects’, with this justification being addressed not only to citizens but also to the courts (Dyzenhaus 2015: 425–26)”. (OLIVER-LALANA. A. Daniel,<sup>197</sup> p.184).

<sup>214</sup> SUMMERS, Robert Samuel. *Two types of Substantive Reasons: the Core of a Theory of Common-Law Justification*. Cornell Law Review, v. 63, n° 5, p. 707-788, jun. 1978, p. 717 e ss. *apud* SCALCON, Raquel Lima,<sup>115</sup> p. 188 e ss.

As funções diretas das normas, correspondentes às razões de justiça, são aquelas em que a realização é assegurada, de maneira automática, pelo simples cumprimento do comando legal, já que não pretendem induzir comportamentos, mas apenas regulá-los.

Já as funções indiretas, equivalentes às razões instrumentais, não se aperfeiçoam com a mera aplicação da norma jurídica, pois não se resumem à simples regulação de um comportamento, abrangendo também a indução e conformação de atitudes.

Esse introito sobre os tipos de justificativa para as normas penais é indispensável para compreendermos, na prática, como vem argumentando – ou deixando de argumentar – o legislador.

De acordo com uma pesquisa que examinou as justificativas dos PL na Câmara dos Deputados do Brasil entre os anos de 1987 e 2006, 14% dentre 100 as proposições examinadas faziam referência expressa à dissuasão/prevenção como razão principal para o enrijecimento da legislação criminal.<sup>216</sup>

Esta também foi a conclusão a que chegou Gazoto depois de analisar os PL criminais aprovados entre 1940 e 2009 no Brasil, porquanto, em muitos deles, a capacidade funcional das penas para prevenir os delitos era a justificativa manifesta para o aumento das penas, apesar de nenhuma destas proposições estar lastreada em estudos científicos que demonstrassem a necessidade e adequação da medida penal.<sup>217</sup>

Diante desses dados, embora não se possa generalizar, deve-se atentar para a existência de uma linha tênue que separa as justificativas das leis penais com base em “razões instrumentais” daquelas motivações meramente simbólicas e funcionais, que, como visto, acabam por deturpar as finalidades precípuas do Direito Penal.

Contudo, em outras tantas oportunidades, quando da justificação, é possível verificar que o legislador simplesmente silencia, ou, quando se manifesta expressamente, o faz de modo vago e impreciso.<sup>218</sup> Longe de representar apenas o despreparo do parlamentar, em muitas das

---

<sup>215</sup> RAZ, Joseph. *The Authority of Law*. Essays on Law and Morality. Reimp. Oxford: Clarendon Press, 1983, p. 166-167. *apud* SCALCON, Raquel Lima, <sup>115</sup> p. 190-191.

<sup>216</sup> MACHADO, Máira Rocha; PIRES, Álvaro Penna, <sup>54</sup> p. 34-35.

<sup>217</sup> GOMES, Luiz Flávio; GAZOTO, Luís Wanderley, <sup>51</sup> p. 255-256.

<sup>218</sup> A mesma pesquisa realizada no Brasil averiguou que 69% dentre as 100 proposições de leis penais examinadas apresentam menos de uma página para a justificação. (MACHADO, Máira Rocha; PIRES, Álvaro Penna, <sup>54</sup> p. 37 )

vezes trata-se de uma estratégia política, já que a indefinição dos objetivos legais é propícia para conciliar posições políticas divergentes, afinal, quem se poria contra o “fim da impunidade e da insegurança pública”?

Paredes Castañón<sup>219</sup> evidencia que existem três maneiras racionalmente consistentes para se negar a conveniência de fazer um esforço para justificar uma norma: *i)* negar que a atividade de justificação tenha qualquer significado inteligível e autônomo, o que parte de uma perspectiva de positivismo ideológico (aquilo que está positivado é o único critério de justiça disponível); *ii)* considerar que a atividade de justificação, apesar de possível, é irrelevante, pois o valor moral das normas, deveres e valores dependeria exclusivamente da sua origem; *iii)* entender que tal atividade não é irrelevante e que existe propósito em se justifica-la, porém, em um contexto de pluralismo valorativo, não é verdadeiramente possível atingir um consenso mínimo sobre valores, deveres e normas morais que sejam desejáveis pela maioria.

Depois de expor essas três razões, o autor conclui que não há explicação plausível para que se desista do esforço de justificar uma norma e depreende, ademais, que a conveniência ou não de se justificar o conteúdo de uma lei reside na importância que se atribui à racionalidade desta ação: quanto mais importância se dá à racionalidade das atuações legislativas, maior será a relevância do esforço da justificação.

E finaliza: “Una teoría de la justificación de las normas es, pues, en parte siempre una teoría acerca de su racionalidad (suficiente). Y, también, acerca de la deseabilidad de dicha racionalidad”.<sup>220</sup>

Ao longo deste trabalho, já deixamos clara a imperiosidade de racionalizar a atividade legislativa penal, o que, por conseguinte, seguindo o raciocínio de Castañón, demonstra que é realmente essencial que o legislador esforce-se ao máximo para fundamentar suas decisões.<sup>221</sup>

---

<sup>219</sup> PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. *Vademécum del legislador racional (y decente): noventa reglas para una buena praxis legislativa en materia penal*. Libertas: Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales 2, 2014, pp. 347- 396, Regra 12, p. 353-355.

<sup>220</sup> PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, <sup>219</sup> p. 356.

<sup>221</sup> No sentido de que a justificação penal exige também uma justificação moral, Paredes Castañón realça, na regra 80: La utilización de sanciones penales exige (además de las condiciones que se han visto ya, para que tanto las prohibiciones jurídicas como las sanciones –de cualquier índole- que las refuerzan resulten moralmente justificables) un esfuerzo adicional de argumentación moral justificativa. Y ello, porque sus sanciones resultan particularmente aflictivas y porque, además, la condena penal conlleva un efecto simbólico –y estigmatizador– específico. No basta, pues, con justificar que una conducta deba prohibirse, y que deba sancionarse. Hay que

### 3.2.2 – Exposição de motivos e preâmbulo

No nosso sentir, justificar adequadamente a proposição legislativa não é suficiente. É preciso que tal justificativa seja expressa e que os motivos que ensejaram a tomada de decisão sejam agregados ao ato normativo, funcionando como *ratio legis*. Isto permite examinar o cumprimento dos objetivos declarados pela lei – a nível de racionalidade teleológica –, assim como auxilia em um eventual controle de constitucionalidade da norma.

Para tanto, sem prejuízo de outros instrumentos que porventura se destinem a essa mesma finalidade, a exposição de motivos, antes de ser aprovada a lei, e o preâmbulo, depois da sua aprovação, são os documentos ideais para cristalizar esta percepção.

Em que pese às semelhanças entre ambos, já que se destinam à justificação das medidas legislativas, eles também possuem algumas distinções, pois a exposição de motivos dirige-se ao Parlamento enquanto o preâmbulo é voltado aos cidadãos a que a lei se destina.

As exposições de motivos são os arrazoados que acompanham a iniciativa nos PL. No Brasil, por exemplo, a exposição de motivos só existe, na prática, em relação às leis de iniciativa do Poder Executivo, pois as de iniciativa parlamentar necessitam de uma mera justificação, que é mais sucinta, mais informal e menos técnica que as exposições de motivos. Ao final do processo legislativo, tanto as exposições de motivos quanto as justificações são descartadas, não se incorporando à versão final da lei, quer dizer, não se convertendo em preâmbulo.<sup>222</sup>

O preâmbulo, ou “porta da lei”, no sentido etimológico, é mais sucinto que a exposição de motivos e já está alinhado com o texto final da lei aprovada, incorporando as alterações provenientes do processo legislativo.

A par das peculiaridades de cada qual, cabe-nos ressaltar os elementos mínimos que devem estar contidos em ambas as peças: *i*) o problema que originou a intervenção legislativa;

---

examinar, además, de forma específica, si se justifica el recurso a sanciones penales”. (PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel,<sup>219</sup> p. 390).

<sup>222</sup> No Brasil, o inciso I, do art. 27, do Decreto nº 9.191/2017 menciona alguns requisitos da exposição de motivos: “Art. 27. A exposição de motivos deverá: I - justificar e fundamentar, de forma clara e objetiva, a edição do ato normativo, com: a) a síntese do problema cuja proposição do ato normativo visa a solucionar; b) a justificativa para a edição do ato normativo na forma proposta; e c) a identificação dos atingidos pela norma”. Já em relação ao preâmbulo, há breves referências na LC 95/1998 (art. 3º, inciso I, e artigo 6º), enquanto o Decreto nº 9.191/2017, no seu art. 5º, traz mais detalhes sobre o preâmbulo, inserindo-o na parte preliminar do ato normativo, devendo conter: 1) a autoria; 2) o fundamento de validade; e 3) quando couber, a ordem de execução, o enunciado do objeto e o âmbito de aplicação da norma.

ii) as finalidades a serem alcançadas por meio da lei; iii) uma breve explicação da solução determinada ou dos meios escolhidos para atingir os fins almejados; iv) as consequências esperadas a partir da aprovação da norma.

Nota-se que todos estes pormenores foram tratados no curso do processo legislativo, especialmente se tiver sido realizada a avaliação *ex ante*, que contempla justamente estas análises, de maneira que a exposição de motivos e o preâmbulo são uma espécie de resumo do procedimento.

No que toca ao preâmbulo, vale à pena fazer menção à concepção de Martín Casals<sup>223</sup>, para quem tal instrumento possui atributo de mera declaração programática, desprovida de caráter dispositivo, até porque se trata de uma disposição opcional, inexistente em muitos ordenamentos jurídicos. Assim, reduz o preâmbulo a um simples exercício de retórica política, que não incorporara mais conteúdo normativo que a própria lei, razão pela qual é dispensável.

Ainda assim, para o autor, caso se opte pela inserção do preâmbulo na norma, deve-se fazer um “uso econômico” do mesmo, apontando apenas as consequências desejadas com a medida legislativa e os seus efeitos, pois não é preciso haver qualquer tipo de persuasão ou explicação destinada a instruir seus preceitos, já que a função do legislador é “mandar, e não convencer”.<sup>224</sup>

Conquanto respeitemos tal opinião, dela discordamos. A despeito de não se poder conferir autoridade normativa ou vinculante ao preâmbulo de uma norma, já que não deve se sobrepor ao texto da lei em si, sem dúvida alguma ele possui valor jurídico. O trunfo do preâmbulo consiste na sua utilidade enquanto vetor de interpretação, tanto do ponto de vista hermenêutico quanto teleológico, pois a exposição nele contida é válida para avaliar o cumprimento dos fins almejados pela lei e, eventualmente, revelar a inadequação entre estes fins e o conteúdo normativo.

---

<sup>223</sup> MARTÍN CASALS, Miguel. *Preámbulo y disposiciones normativas*. In: GRETEL (Grupo de Estudios de Técnica Legislativa). *La forma de las leyes. 10 estudios de técnica legislativa*. Barcelona: Bosch, 1986, p. 81.

<sup>224</sup> Para ele, “El legislador que condescende en convencer de la rectitud o oportunidad de sus mandatos renuncia a la obediencia cuando el destinatario del mandato no se deja convencer. Así rebaja el mandato – obligatorio por razón de su simple existencia – a la categoría de un consejo, eficaz sólo en la medida de su fuerza de convicción. Si quiere que el destinatario tienda a obedecer, y no a discutir, la función del legislador debe consistir en mandar, no en convencer”. (MARTÍN CASALS, Miguel, <sup>223</sup> p. 184).

Todos os argumentos aqui empregados conduzem a uma única direção: a importância de dar razões pelos representantes do povo, o que, por sua vez, é perfeitamente traduzido por Bentham: “(...) a lei somente pode ser justificada pela razão. Quando uma lei tramita, o legislador deve declarar suas razões, é dizer, as considerações que o levaram a aprová-la. Assim, os legisladores sucessivos poderiam examinar se essas razões, por não terem variado na substância dos fatos em que se baseiam, seguem sendo satisfatórias, para nesse caso conservar a lei; mas tão logo deixem as razões de satisfazer, ou os fatos mudem tanto que demandem uma mudança na lei, deverá logo se proceder a sua modificação ou derrogação, conforme o que proceda”.<sup>225</sup>

É por isso que sustentamos que o legislador deve justificar, adequada e expressamente, a proposição legislativa, sendo que a exposição de motivos e o preâmbulo são os instrumentos adequados para essa finalidade.

Nesse ponto, Adán Nieto Martín<sup>226</sup> adverte que, embora na Espanha haja uma previsão constitucional<sup>227</sup> exigindo que os PL sejam acompanhados pela exposição de motivos e antecedentes necessários, tal previsão tem sido objeto de escassa utilização por parte do Tribunal Constitucional.

A esse respeito, a Corte Constitucional espanhola tem entendido que as normas reguladoras do procedimento legislativo fazem parte do bloco de constitucionalidade, constituindo parâmetro de legitimidade das leis, mas tal bloco não abrangeria o procedimento pré-legislativo, que seria apenas administrativo. Em todo caso, os defeitos de argumentação só teriam o condão de provocar a inconstitucionalidade da lei quando tivessem alterado de maneira substancial o processo de formação da vontade do legislador.

Diante disso, Adán Nieto conclui: “Esta forma de entender el proceso legislativo, además de relegar la importancia de la argumentación, ignora la importancia que la

---

<sup>225</sup> BENTHAM, Jeremy, <sup>195</sup> p. 59.

<sup>226</sup> NIETO MARTÍN, Adán, <sup>90</sup> p. 20.

<sup>227</sup> Art. 88 da Constituição Espanhola: “Los proyectos de ley serán aprobados en Consejo de Ministros, que los someterá al Congreso, acompañados de una exposición de motivos y de los antecedentes necesarios para pronunciarse sobre ellos”.

democracia deliberativa tiene hoy para la legitimidad de las normas y contrasta con su constitucionalización en el TFUE”.<sup>228 229</sup>

Neste sentido, temos a convicção de que a incorporação das exposições de motivos e do preâmbulo ao ato normativo, quando atribuída a sua verdadeira relevância, garante, a um só tempo, a transparência nas decisões legislativas<sup>230</sup> – diretamente relacionada à legitimidade junto aos representados – e o debate racional, facilitando, ainda, o trabalho das Cortes Constitucionais em uma eventual averiguação da constitucionalidade da lei.

### 3.3 - Democracia constitucional

Consoante Adán Nieto Martín<sup>231</sup>, o principal objetivo da teoria da argumentação é o de devolver aos cidadãos o papel central na tomada de decisões políticas, garantindo sua legitimidade.

Esta visão das coisas prende-se diretamente à noção de democracia constitucional que, proveniente do constitucionalismo, surgiu para fazer frente às barbaridades do totalitarismo, traduzindo-se na comunhão entre os direitos fundamentais e a vontade popular.

Quanto às dimensões da democracia contemporânea, feita de “votos, direitos e razões”, são esclarecedoras as lições de Luís Roberto Barroso: “A democracia representativa tem como elemento essencial o voto popular e como protagonistas institucionais o Congresso e o Presidente, eleitos por sufrágio universal. A democracia constitucional tem como componente nuclear o respeito aos direitos fundamentais, que devem ser garantidos inclusive contra a vontade eventual das maiorias políticas. O árbitro final das tensões entre vontade da maioria e direitos fundamentais e, portanto, protagonista institucional desta dimensão da democracia, é a

---

<sup>228</sup> NIETO MARTÍN, Adán, <sup>90</sup> p. 20.

<sup>229</sup> O autor complementa: “Únicamente el TC alemán parece haber dado algún paso en relación con la constitucionalización de los deberes de argumentación y además en la fase prelegislativa. En este momento el legislador estaría obligado ‘a procurarse un concepto sobre los fundamentos de sus consideraciones de acuerdo con fuentes seguras’ y ‘agotar las fuentes de conocimiento a su alcance, para poder valorar lo más seguro posible las consecuencias de sus regulaciones’. En cualquier caso estos fallos de procedimientos, en el mismo sentido que indica el TC español, solo son relevantes cuando son evidentes o afectan a la compatibilidad de la ley con el Derecho constitucional material”. (NIETO MARTÍN, Adán, <sup>90</sup> p. 20-21).

<sup>230</sup> Transparência no sentido descrito por Marcilla Córdoba: “In other terms, legislative reasoning should make sure that citizens are allowed to see who the real legislative actors are, which interests they represent, which arguments they support and so forth, so that this part of the process of legislation is also transparent: a public context of dialog, and not an opaque bargain in private”. (MARCILLA CÓRDOBA, Gema, <sup>127</sup> p. 142).

<sup>231</sup> NIETO MARTÍN, Adán, <sup>90</sup> p. 18.

Suprema Corte. Por fim, a democracia deliberativa tem como seu componente essencial o oferecimento de razões, a discussão de ideias, a troca de argumentos. A democracia já não se limita ao momento do voto periódico, mas é feita de um debate público contínuo que deve acompanhar as decisões políticas relevantes”.<sup>232</sup>

Para Ferrajoli, a evolução propiciada pelo constitucionalismo foi determinante para a alteração do paradigma democrático: “Esta mudança incidiu sobre a natureza das nossas democracias, tornando, a meu ver, inadequadas as tradicionais concepções puramente formais ou procedimentais da democracia enquanto conjunto de regras do jogo, independentes do (e indiferentes ao) conteúdo do jogo democrático. Isto, de fato, introduziu na democracia uma dimensão substancial, correspondente à dimensão substancial da validade das leis e delimitada pelos limites e vínculos jurídicos, de substância ou de conteúdo, impostos aos poderes políticos majoritários. Impôs, em resumo, o que podemos chamar de esfera do não decidível: aquilo que nenhuma maioria pode validamente decidir, isto é, a violação ou a restrição dos direitos de liberdade, e aquilo que nenhuma maioria pode legitimamente deixar de decidir, isto é, a satisfação dos direitos sociais constitucionalmente estabelecidos”.<sup>233</sup>

Portanto, no Estado Constitucional, em contraposição à democracia meramente representativa<sup>234</sup>, devem também ser valorizadas as democracias constitucional e participativa/deliberativa.

Quanto a esta última, pode-se afirmar que “compreende uma participação universal, com todas as formas e mecanismos que existirem e que forem criados para ampliar os espaços de participação da sociedade nas decisões políticas e nos atos da administração pública”.<sup>235</sup>

---

<sup>232</sup> BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das Cortes Constitucionais nas democracias contemporâneas. *Revista Direito e Práxis*. Rio de Janeiro, v. 9, n° 4, 2017, p. 2.200.

<sup>233</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*. 1 ed. Revista dos Tribunais, 2015, p. 03.

<sup>234</sup> Gargarella faz uma pertinente crítica à democracia representativa: “Even assuming a rosy picture of how legislatures work, the representative system remains profoundly unattractive from a democratic perspective; (...) our present legislatures are structurally incapable of representing the multiplicity of views and voices existing in contemporary societies. As a consequence, we—meaning those who are convinced about the merits of having an inclusive, deliberative democracy—have few reasons to celebrate the changes that are seemingly taking place in contemporary constitutionalism. To be more precise: there is nothing particularly exciting in the fact of having contemporary constitutionalism slowly moving away from its traditional picture of pure judicial dominance and towards a different one, where legislatures prevail”. GARGARELLA, R. 2014. *We the People’ Outside of the Constitution*. *Current Legal Problems* 67: 1–47, p. 42-43, *apud* OLIVER-LALANA. A. Daniel, <sup>197</sup> p.184.

Afinal, como observa Fabiana Soares<sup>236</sup>, a participação popular no processo de produção da lei garante o direito fundamental à autodeterminação e funciona como uma espécie de contraditório no processo legislativo, assegurando a legitimidade das leis e um Estado materialmente democrático.

Vale ressaltar que a participação popular de minorias e grupos heterogêneos não deve se dar somente quando da aprovação das normas na fase legislativa, mas, antes disso, deve ser garantida também nas demais fases, como reconhece Adán Nieto Martín: “se trata de dar poder comunicativo a los afectados en todo el proceso de gestación de la ley y especialmente la fase prelegislativa. Uno de los objetivos centrales de la teoría del discurso es que los afectados por la norma, los ciudadanos, no se encuentren ante posiciones cerradas y ya cristalizadas, sustraídas al debate”.<sup>237</sup>

O autor prossegue narrando que, para que seja concretamente cumprida a ideia de democracia participativa no procedimento pré-legislativo, faz-se necessário: *i*) canais institucionais que permitam a participação em igualdade de condições de todos os afetados e especialistas; *ii*) mecanismos de prevenção do *lobby* ilegal e da corrupção; *iii*) obrigação de fornecer informação precisa e completa e deveres motivacionais por parte de quem propõe a lei; *iv*) regras que garantam a transparência.<sup>238</sup>

Se a igualdade de condições for garantida durante o processo legislativo, será possível prevenir o *lobby* (grupo de interesse que se sobrepõe aos demais, prejudicando a igualdade) e a corrupção, que supõem negação das regras da argumentação e vão de encontro aos pilares da democracia deliberativa.<sup>239</sup>

A esse propósito, Fabiana Soares<sup>240</sup> entende que o crescimento da atuação dos *lobbies* no Parlamento traduz a inexistência de canais adequados de comunicação entre o legislador e

---

<sup>235</sup> MACEDO, Paulo Sérgio Novais de. Democracia participativa na constituição brasileira. Revista Informação Legislativa. Brasília. a.45, nº 178 abr./jun. 2008, p. 185, Disponível em: < [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/45/178/ril\\_v45\\_n178\\_p181.pdf/at\\_download/file](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/45/178/ril_v45_n178_p181.pdf/at_download/file)>. Acesso em: 24 de julho de 2020.

<sup>236</sup> SOARES, Fabiana de Menezes. Teoria da Legislação: formação e conhecimento da lei na idade tecnológica. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 124.

<sup>237</sup> NIETO MARTÍN, Adán, <sup>90</sup> p. 19.

<sup>238</sup> NIETO MARTÍN, Adán, <sup>90</sup> p. 20.

<sup>239</sup> NIETO MARTÍN, Adán, <sup>90</sup> p. 19.

<sup>240</sup> SOARES, Fabiana de Menezes, <sup>236</sup> pp. 18 e 141.

os cidadãos, demonstrando que as formas tradicionais de construção das decisões legislativas provocam um “hiato democrático”.

Mas isso não significa que se deva prescindir da racionalidade legislativa. Ao contrário disso, deve-se procurar compreender esses fenômenos, como acertadamente assume Marcilla Córdoba: “Notwithstanding all this, the significance of legislative reasoning does not vanish only because of spurious interests, corruption practices and lobbying which may find in the realm of politics. They have always been there. It is thus a challenge for the theory of legislative reasoning to further study these phenomena, helping to institutionalize them inasmuch as they have a bearing on the task of lawmaking”.<sup>241</sup>

Para além, conforme referido por Barroso, a democracia contemporânea também possui uma face constitucional, que implica que as tensões entre a vontade da maioria, traduzida na lei, e os direitos fundamentais, dispostos na Constituição, sejam resolvidas nas Cortes Constitucionais. Evidencia-se, assim, a estreita relação entre legislação, argumentação e democracia constitucional para alcançar a racionalidade legislativa: a “avaliabilidade” de uma lei penal é facilitada pelos deveres de argumentação do legislador, os quais, por sua vez, estão sujeitos à democracia constitucional.

Destarte, o caminho para a racionalidade das leis penais só se completa se for garantido o controle judicial da atividade legislativa por meio dos Tribunais Constitucionais, objeto do próximo Capítulo, já que, ao contrário do que muitos pensam, como delinea Oliver-Lalana<sup>242</sup>, existem pelo menos três razões democráticas para fazê-lo: *i)* transparência legislativa ou publicidade, aliadas à responsabilidade política e representatividade; *ii)* autenticidade legislativa, para combater a captura de interesses injustos; *iii)* e inclusão legislativa, no sentido de dar “voz” às minorias e de proteger o pluralismo de perspectivas.

Caminhamos, portanto, para a **Conclusão Parcial III**: na atual Democracia Constitucional, não basta que um parlamentar tenha sido eleito, é necessário que justifique a

---

<sup>241</sup> MARCILLA CÓRDOBA, Gema, <sup>127</sup> p. 138.

<sup>242</sup> O autor complementa: “If courts, when controlling laws, keep an eye on the transparency, authenticity and inclusiveness of legislative justifications in parliament, the usual charges of overriding democratic choices levelled at the judiciary loose strength; above all, because the main beneficiaries of those values—as promoted by debate review—would ultimately be the citizens themselves”. (OLIVER-LALANA. A. Daniel, <sup>197</sup> p. 187-188).

decisão legislativa com um mínimo de racionalidade, no sentido próprio do contexto parlamentar.

Fazemos, então, a **Proposição III**: a justificação para as leis penais deve constar expressa e obrigatoriamente na exposição de motivos e no preâmbulo do ato normativo, a fim de que, além de propiciar o debate racional na fase legislativa, possa auxiliar as Cortes Constitucionais em eventual controle de constitucionalidade.

## **Capítulo IV – O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIS**

**Premissa:** Com vistas à racionalidade na fase pós-legislativa, quando a lei penal já está em vigor, é indispensável que os Tribunais Constitucionais, no possível controle de constitucionalidade, superem a deferência quase que incondicional para com o legislador e verifiquem se foram atendidos os parâmetros mínimos de racionalidade ao longo da atividade legislativa. Para tanto, com o escopo de afastar os riscos do ativismo judicial, deverão ser amparados pelos estudos científicos e dados empíricos aportados pela Legística.

### **4.1 – O papel das Cortes Constitucionais**

Antes de adentrarmos neste tópico, é pertinente mencionar que, se forem obedecidos os parâmetros mínimos de racionalidade durante a fase pré-legislativa, com os estudos da Legística, e na fase parlamentar, com debates e justificativas lastreados em argumentos robustos, as leis penais dificilmente aportarão nos Tribunais Constitucionais.

Todavia, como estas práticas, em conjunto, não estão institucionalizadas na maioria dos países, é necessário viabilizar o controle da racionalidade legislativa quando a norma já está em vigor, ou seja, na etapa pós-legislativa, de modo que as Cortes Constitucionais completam este ciclo.

Cabe-nos agora esclarecer que o controle judicial da qualidade das leis pelas Cortes Constitucionais é contingente, isto é, nem todos os sistemas necessitam adotá-lo como modelo para exercer o controle de constitucionalidade dos seus atos normativos. Dessa feita, as exposições que seguem são voltadas para países que, como o Brasil e Portugal, adotam o

sistema do *judicial review*. Além disso, como se há de perceber, sustentamos que o controle de constitucionalidade em relação à racionalidade deve ser *a posteriori* ou repressivo.

O controle judicial da constitucionalidade das leis ampara-se no fato de que, no Estado de Direito Constitucional, a liberdade do legislador jamais será ilimitada, pois a democracia, necessariamente, compreende um governo sujeito a condições e um Parlamento que, apesar de possuir grande liberdade de conformação em suas decisões<sup>243</sup>, deve observar os princípios constitucionais (como o Estado de Direito, a dignidade humana etc.) e respeitar os postulados normativos que concretizam aqueles princípios (proporcionalidade, igualdade, ponderação etc.).

Isto porque é imperioso que a Constituição seja considerada não apenas um critério de hierarquia formal, mas, acima de tudo, a reunião dos acordos fundamentais de conteúdo político, jurídico e axiológico de determinada sociedade. Por conseguinte, mesmo o produto da vontade democrática – a lei – precisa se submeter aos acordos mínimos, previamente traçados pelo poder constituinte.

Como consequência, “o reconhecimento da supremacia da Constituição e de sua força vinculante em relação aos Poderes Públicos torna inevitável a discussão sobre as formas e modos de defesa da Constituição e sobre a necessidade de controle de constitucionalidade dos atos do Poder Público, especialmente das leis e atos normativos”.<sup>244</sup>

Nessa esteira, é o princípio da constitucionalidade que funda o Estado Democrático de Direito, estabelecendo balizas, por meio de mecanismos de controle, para que os principais alicerces deste Estado sejam conservados, quais sejam a supremacia da Constituição, a separação de poderes e os direitos e garantias fundamentais e individuais.

Nota-se, desse modo, que o controle de constitucionalidade foi concebido justamente para garantir a supremacia da Lei Maior. Ao permitir que haja a reapreciação judicial das

---

<sup>243</sup> Aqui, é interessante fazer menção à reflexão de Raquel Scalcon quanto à possibilidade, inclusive, de o legislador penal eleger fins que não estejam abarcados pela Constituição, embora não possam ser completamente desvinculados da ordem constitucional, sob a seguinte justificativa: “Reitera-se, de um lado, a inviabilidade de a Constituição já ter *tudo* disciplinado, especialmente em material penal. Trata-se de um limite imposto pelo “real”: não há como um texto datado, historicamente situado e, principalmente, *finito* englobar toda a complexidade *infinita* do porvir. (...) De outro lado, acentua-se que a atuação do legislador, como regra, não pode ser equiparada à de um mero ‘executor’ do projeto constitucional. Também ele é um agente *criativo* nesse processo de constante explicitação e renovação da Constituição”. (SCALCON, Raquel Lima, <sup>115</sup> p. 62-63).

<sup>244</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1008.

decisões dos legisladores, o controle de constitucionalidade configura referência obrigatória para a tarefa de elaboração legislativa, pois a consciência de que as suas decisões podem ser reapreciadas faz com que os órgãos legiferantes, em tese, tenham mais zelo ao elaborar uma norma, sob pena de verem frustrados todos os esforços empreendidos nesta atividade.

Entretanto, não se pode negar que, quando se trata de questões polêmicas, como aborto, drogas ou uniões homoafetivas, em certas ocasiões pode parecer mais conveniente aos legisladores transferir o peso da decisão política às Cortes Constitucionais, uma vez que, como infere Hirschl, “do ponto de vista dos políticos, a delegação de questões políticas controversas para os tribunais pode ser um meio eficaz de transferir responsabilidade, reduzindo os riscos para eles mesmos e para o aparato institucional no qual operam”.<sup>245</sup>

De mais a mais, o paradigma constitucional gera dupla obrigação aos parlamentares: uma negativa, já que não podem elaborar leis que afrontem os mandamentos constitucionais; outra positiva, na medida em que devem concretizar os preceitos presentes na Carta Magna.

Interessante notar que, assim como os legisladores, os Tribunais Constitucionais assumem uma dúplice função, já que, enquanto pretendo “legislador negativo”, acabam por exercer um papel de “legislador positivo”. Neste sentido, Gilmar Mendes assevera que “o poder de eliminar alternativas normativas contém, igualmente, a faculdade de, por via direta ou transversa, indicar as fórmulas admitidas ou toleradas”.<sup>246</sup>

Conforme sublinha Luís Roberto Barroso<sup>247</sup>, as Cortes Constitucionais desempenham três papéis principais nas democracias contemporâneas: contramajoritário, de vanguarda iluminista e representativo.

O papel contramajoritário implica, resumidamente, na possibilidade de juízes não eleitos sobreporem a sua interpretação da Constituição à de agentes públicos eleitos. Ainda assim, tal papel é legítimo, pois visa a proteger os direitos fundamentais e as regras do jogo democrático, mesmo contra a vontade das maiorias.<sup>248</sup>

---

<sup>245</sup> HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 251, pp. 139-178, 2009, p. 156.

<sup>246</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, <sup>199</sup> p. 4.

<sup>247</sup> BARROSO, Luís Roberto, <sup>232</sup> p. 2171-2228.

<sup>248</sup> Para exemplificar o papel contramajoritário, Barroso menciona o voto proferido no Recurso Extraordinário nº 635.659, que trata da discussão para descriminalização do porte de maconha para consumo pessoal, no qual declarou inconstitucional a lei que prevê este fato como crime, tendo em vista que afronta ao direito à privacidade

Já o aspecto vanguardista atribuído aos Tribunais Constitucionais, exercido em situações excepcionais, com grande parcimônia, pode ser verificado nas decisões que, em nome de valores racionais, promovem avanços civilizatórios e “empurram a história”.<sup>249</sup> O Ministro ilustra esta perspectiva com o caso julgado pelo STF que equiparou as uniões homoafetivas às uniões estáveis convencionais, abrindo caminho para o casamento de pessoas do mesmo sexo.<sup>250</sup>

Propositadamente deixada por último, por ser a mais controversa, a função representativa ocorreria quando as Cortes atuam: *i*) para atender a demandas sociais que não foram satisfeitas a tempo e a hora pelo Poder Legislativo; *ii*) para integrar (completar) a ordem jurídica em situações de omissão inconstitucional do legislador.<sup>251</sup> Exemplo desta atuação “representativa” das demandas sociais negligenciadas pelo Poder Legislativo se deu na polêmica decisão do Plenário do STF, que, no julgamento da ADI por omissão nº 26 e do MI nº 4733, em junho de 2019, baseando-se na omissão do Congresso Nacional, enquadrou a homofobia e a transfobia como crimes de racismo.<sup>252</sup>

Esta função em particular reflete o grande risco de ser ultrapassada a barreira entre a legitimidade de atuação do Tribunal Constitucional e o ativismo judicial, o que efetivamente ocorreu, visto que os juízes constitucionais fizeram as vezes de legisladores. Não bastasse a clara violação da separação entre os poderes, foram negligenciados princípios constitucionais como a legalidade e a reserva de lei, que estabelecem que um indivíduo só pode ser punido

---

e a autonomia individual, além de ser desproporcional a punição de conduta que não afeta a esfera jurídica de terceiros. (BARROSO, Luís Roberto, <sup>232</sup> p. 2197 e ss.).

<sup>249</sup> Não seriam sentenças contramajoritárias, por não envolverem a invalidação de uma lei específica, tampouco seriam representativas, por não expressarem necessariamente o sentimento da maioria da população. Enfim, seriam decisões necessárias para a proteção de direitos fundamentais e para a superação de discriminações e preconceitos.

<sup>250</sup> BARROSO, Luís Roberto, <sup>232</sup> p. 2176.

<sup>251</sup> BARROSO, Luís Roberto, <sup>232</sup> p. 2200 e ss.

<sup>252</sup> Durante o julgamento, ficou assente que a demora do Poder Legislativo para incriminar os atos de homofobia e transfobia ofende direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, motivo pelo qual os Ministros Celso de Mello, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes votaram para que tais atos fossem enquadradas na Lei nº 7.716/1989 (Lei do Racismo), até que o Congresso Nacional superasse a omissão e elaborasse uma lei. Por outro lado, os Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli, vencidos no julgamento, afirmaram que os atos discriminatórios contra grupos LGBTQ+ somente poderiam ser punidos por meio de leis específicas aprovadas pelo Poder Legislativo.

pela prática de atos expressamente previstos em lei, sendo vedadas interpretações extensivas ou analogias *in malam partem*.

Díez Ripollés reconhece que “é comum que os tribunais constitucionais se dediquem ao desenvolvimento de diretrizes políticas, vendo-se a si mesmos como agentes controladores da ponderação de valores, com intervenções arbitrárias vinculadas a valorações sociais consideradas plausíveis. Isso faz saltar pelos ares a delimitação entre os sistemas jurídico e político”.<sup>253</sup>

Por esta razão, ressalta que, segundo Habermas, a atribuição de competências aos Tribunais Constitucionais no controle das leis origina dois riscos em especial: *i*) a violação da divisão de poderes, já que as Cortes Constitucionais, em um Estado Social de Direito, não podem se limitar a considerar programas condicionais, estando obrigadas a se ocupar de diretrizes políticas voltadas para o futuro; *ii*) a transformação das Constituições em uma ordem de valores, em vez de considerá-las como um sistema de regras estruturadas segundo princípios, o que leva os Tribunais Constitucionais a converterem-se em uma instância autoritária, não dedicada somente a identificar normas obrigatórias, assumindo a tarefa de otimizar todos os valores, sem contradizer nenhum.<sup>254</sup>

Percebe-se que as duas grandes ameaças aduzidas por Habermas relacionam-se de forma direta com o ativismo judicial.

Discorrendo sobre os fatores que condicionam o ativismo judicial, Ferreres Comella<sup>255</sup> destaca: *i*) o sistema político vigente, já que quanto mais *veto points* no processo legislativo, menor a possibilidade de desacordos entre o legislador e o Tribunal; *ii*) o contexto histórico (após a Segunda Guerra Mundial, por exemplo, houve maior ativismo para que fosse repellido o nazismo e o fascismo); *iii*) a força da opinião pública em determinada sociedade, pois quanto maior o seu poder, maior a tendência de controle judicial para invalidar as leis contrárias à Constituição; *iv*) o momento em que é exercido o controle, dado que, se for *a priori*, o Tribunal sente-se mais “confortável” para proferir decisões desfavoráveis à lei.

---

<sup>253</sup> DIÉZ RIPOLLÉS, José Luis,<sup>2</sup> p. 83.

<sup>254</sup> HABERMAS, J. *Faktizität und Geltung*. Frankfurt a. M., Suhrkamp, 4. Ed, 1994 (trad. Castelhana de M; Jiménez Redondo. *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta, 3. Ed, 2001), pp. 294-348, 582-633, *apud* DIÉZ RIPOLLÉS, José Luis,<sup>2</sup> p. 82.

<sup>255</sup> FERRERES COMELLA, Victor. *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*. Madrid: Parcial Pons, 2011, p. 119.

Seja qual for a causa determinante para o ativismo dos juízes constitucionais, o fato é que ele representa um grave risco para a ordem democrática e constitucional como um todo.

Mas não é só. O controle de constitucionalidade executado pelos Tribunais Constitucionais também sofre críticas quando se posiciona no outro extremo, quando atende cegamente ao princípio da maioria, abstendo-se de intervir em nome da margem de avaliação, valoração e conformação do legislador.<sup>256</sup> Muitas vezes subjaz a lógica segundo a qual todos os estatutos, sendo decorrentes do processo legislativo democrático – e apenas por conta disso –, devem gozar da presunção de constitucionalidade e de legitimidade, independentemente de quão virtuoso ou falho tenha sido o processo legislativo e o seu produto final.

Esta posição, obviamente, pode ensejar o descumprimento de um dos deveres básicos das Cortes Constitucionais, que é o de velar pelo cumprimento da Lei Maior.

Como se vê, encontrar o equilíbrio entre os dois extremos – a deferência para com o legislador e o ativismo judicial –, é uma missão bastante desafiadora. Antonio Lascuraín<sup>257</sup> resume com precisão o dilema dos juízes constitucionais: “Si consideran que la ley cuestionada no cabe en los parámetros de la Ley Fundamental y deciden anularla, se arriesgan a sufrir la objeción democrática de que a pesar de su legitimación secundaria están corrigiendo a los representantes del pueblo. Si, sensibles a ello, toleran la existencia de leyes de bajo contenido constitucional – valga la expresión –, se les podrá objetar su insensibilidad axiológica y la inutilidad de la institución que integran”.<sup>258</sup>

Embora reconheçamos que deva ser preservada a ampla liberdade política nas escolhas do legislador, por outro lado, estamos seguros de que tais escolhas devem ser sopesadas quando do controle de constitucionalidade.

Ocorre que a garantia jurisdicional da Constituição não conduz à unanimidade acerca dos seus limites. Resta saber, pois, por qual régua devem se pautar os Tribunais, se “mais ao jeito do juiz Marshall, no sentido de que os *juízes devem autolimitar-se à decisão de questões*

---

<sup>256</sup> Antonio Lascuraín externa o que seria a deferência para com o legislador: “Podemos hablar de una tendencia deferente con el legislador si, a la vista de las alternativas pensables o disponibles, que en relación con el texto constitucional son muchas, el Tribunal opta por un entendimiento extensivo del mismo, de modo que facilite la compatibilidad del enunciado penal impugnado”. (ANTONIO LASCURAÍN, Juan. *El control constitucional de las leyes penales*. Estudos em Memória do Conselheiro Artur Maurício, Coimbra Editora, 2014, p. 748, nota 26).

<sup>257</sup> ANTONIO LASCURAÍN, Juan, <sup>256</sup> p. 739.

<sup>258</sup> Ao final, o autor arremata: “Porque lo que debe prevalecer, y en ello nos jugamos la pervivencia del propio sistema democrático, es la Constitución sobre el legislador”. (ANTONIO LASCURAÍN, Juan, <sup>256</sup> p. 743).

*jurisdicionais e negar a justiciabilidade de questões políticas, ou antes no entendimento de que o princípio da autolimitação judicial significa que à jurisdição constitucional cabe apreciar a violação dos parâmetros jurídico-constitucionais que conformem o comportamento político, desde que tal apreciação se contenha nos limites da função jurisdicional, negativamente limitada pelos outros poderes do Estado”.*<sup>259</sup>

Por certo endossamos o segundo posicionamento.<sup>260</sup>

#### **4.2 – O controle de constitucionalidade das leis penais**

Até agora, debruçamo-nos sobre a relevância das Cortes Constitucionais para o controle da compatibilidade da Constituição em relação à lei em geral. Neste momento, sobrelevaremos ainda mais esta importância ao tratar das normas penais.

Neste sentido, pode-se dizer que o controle de constitucionalidade constitui um dos mecanismos mais importantes para assegurar a tão almejada racionalidade das normas penais, pois, como dissemos previamente, a realização de avaliações prospectivas e a justificação expressa da lei penal não são capazes, por si sós, de garanti-la.

Este raciocínio encontra guarida nas ideias de Díez Ripollés<sup>261</sup>: “An accurate knowledge of the sociological dynamic of criminal law making, together with the building and acceptance of a set of rational criminal law making standards and the transfer of those standards to the present legislative process, do not guarantee the achievement of rational legislation. We need an organ for checking whether the legislative product satisfies the rational demands placed on the new statute”.

A despeito de admitirmos que o legislador penal deva ter respeitada a sua esfera de liberdade para a configuração dos bens a proteger, para a identificação dos ilícitos penais (com a classificação e gravidade das penas) e para o estabelecimento da proporção entre a gravidade do delito e a respetiva sanção, temos a convicção de que, no domínio penal, se buscamos

---

<sup>259</sup> ANTUNES, Maria João, <sup>41</sup> p. 83.

<sup>260</sup> Nas palavras de Gomes Canotilho: “(...) o caminho mais razoável é o de tentar uma constitucionalização adequada que evita quer a hipertrofia da ‘superconstitucionalização’, quer a fuga ao quadro normativo-constitucional através da defesa de uma ‘miniconstitucionalização (GOMES CANOTILHO, J.J., Justiça Constitucional e Justiça Penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 58, 2006, p. 342, *apud* ANTUNES, Maria João, <sup>41</sup> p. 93).

<sup>261</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, <sup>22</sup> p. 59.

racionalizar as leis, é preponderante que os Tribunais Constitucionais adotem uma postura mais proativa, o que não se confunde com ativismo, tampouco com arbitrariedade.

Postura mais proativa no sentido de não se submeter irrestritamente à decisão do legislador penal, já que “un control deja de serlo genuinamente cuando el controlador (...) hace de la condescendencia su guía de conducta”.<sup>262</sup>

Assim, apesar de haver um “custo” democrático quando os juízes constitucionais anulam uma lei penal, é certo que a preservação dos pressupostos processuais e substantivos do ordenamento jurídico, sobretudo a proteção dos valores e direitos fundamentais, compensa tal perda democrática.

A pretexto de atuar apenas para censurar a “contrariedade manifesta à ordem constitucional de valores”, ou seja, quando o legislador adota valorações “inequivocamente refutáveis ou expressamente errôneas”, os Tribunais Constitucionais privam-nos de um debate prudente e responsável sobre a intervenção cada vez mais corriqueira – e, com isso, tendencialmente mais irracional – do Direito Penal na realidade social. Evita-se, por conseguinte, dentro do panorama constitucional, uma discussão aprofundada acerca do conteúdo de princípios penais basilares, como a necessidade, a intervenção mínima e a proporcionalidade.

Neste propósito, é inegável que um controle mais intenso da constitucionalidade das leis penais prende-se justamente ao fato de encarmos a Lei Maior como alicerce do Direito Penal, e não apenas como barreira, na linha do que defende Maria João Antunes: “Perspetivar a Constituição também como *fundamento* e não como mero *limite* do direito penal pode significar muito mais do que afirmar que o direito penal não pode contrariar a Constituição, que certas normas incriminadoras são ilegítimas, que há bens jurídicos que devem ficar à margem da intervenção penal ou que certas sanções não são admissíveis. De um ponto de vista mais radical, como foi defendido por Bricola, perspetivar a Constituição como fundamento do direito penal é ver nela um modelo de intervenção penal que se impõe ao legislador de fora e a

---

<sup>262</sup> SANCHÉZ, Revenga. *Notas sobre justicia constitucional e interpretación de la Constitución (o en defensa de la Constitución como diálogo)*. In: Teoría y Realidad Constitucional, 16, 2005, p. 154, 157 e ss., *apud* ANTONIO LASCURAÍN, Juan, <sup>256</sup> p. 746.

partir de cima, vinculando-o tanto quanto aos *fins* como quanto aos *instrumentos* de tutela, segundo um ‘modelo forte’<sup>263</sup>.

Esta temática conduz a outra discussão pertinente, que é a relação entre o grau de intensidade do controle de constitucionalidade e os tipos de Constituição.<sup>264</sup>

Aqui, é válido reiterar que, no Estado Constitucional, o legislador desempenha uma *dúplice* função: negativa, não podendo editar normas que violem os mandamentos constitucionais; e positiva, no sentido de estar obrigado a concretizar os preceitos dispostos na Carta Magna.

É interessante observar que a classificação da Constituição quanto à sua extensão influenciará diretamente na medida do controle de constitucionalidade.

Neste particular, vale relembrar que as Constituições podem ser sintéticas ou analíticas. As primeiras preveem apenas princípios e normas gerais, organizando e limitando o poder do Estado por meio de diretrizes mínimas, de modo que o detalhamento dos direitos e deveres dos indivíduos é deixado a cargo das leis infraconstitucionais. Por isso mesmo, são concisas, sumárias, sucintas. Já as Constituições analíticas possuem conteúdo extenso e abrangente, não somente direcionado à organização básica do Estado, dispondo de diversas regras para concretização de direitos fundamentais e de matérias tidas como relevantes pela sociedade. São, então, mais extensas e prolixas.

Daí decorre que quanto mais descritivas e detalhadas forem as Cartas Magnas, mais vinculado estará o legislador ao seu cumprimento, tanto de maneira negativa quanto positiva. Consequentemente, menor será a sua margem de liberdade. Por outro lado, possuindo tantas “contas a prestar” para com o Estado, logicamente estará sujeito a um controle mais acentuado por parte das Cortes Constitucionais.<sup>265</sup>

---

<sup>263</sup> ANTUNES, Maria João, <sup>41</sup> p. 43-44.

<sup>264</sup> É válido mencionar que a intensidade do controle de constitucionalidade também varia de acordo com o tipo de norma, se regra ou princípio. As regras propiciam um controle mais efetivo por parte dos Tribunais Constitucionais, enquanto os princípios, por serem mais abrangentes, conferindo maior margem de apreciação ao legislador, implicam, consequentemente, na menor legitimidade dos juízes constitucionais para exercerem tal controle.

<sup>265</sup> No Brasil, por exemplo, onde foi adotada uma Constituição analítica, existem diversas espécies de controle de constitucionalidade das leis, do abstrato ao concreto, do concentrado ao difuso. São previstos, ademais, inúmeros instrumentos para concretizar tal controle: ação direta de inconstitucionalidade (ADI – art. 102, I, “a”), ação declaratória de constitucionalidade (ADC – art. 102, I, “a”), ação direta de inconstitucionalidade por omissão

Essa ideia é bem sintetizada por Raquel Scalcon: “Quanto mais decisões a Constituição tomar para si, menos decisões caberão ao legislador e mais legítima será a sua sujeição a controle. O grau de regramento constitucional é, portanto, inversamente proporcional ao grau de liberdade do legislador, mas diretamente proporcional ao grau de legitimação e intensidade da sua própria justiça constitucional”.<sup>266</sup>

A liberdade do parlamentar também sofre variações quando há mandamentos ou proibições constitucionais expressos, hipótese em que é subtraída do legislador a emissão de juízo crítico quanto à adequação ou necessidade do meio penal, e quando há facultatividade constitucional de criminalização, cabendo ao legislador a decisão sobre recorrer ou não à tutela penal.<sup>267</sup>

Em sentido complementar, Maria João Antunes enuncia: “O controle será mais forte ou fraco consoante se identifiquem proibições constitucionais de criminalização, imperativos constitucionais de criminalização ou outros parâmetros de fiscalização além destas proibições ou destes imperativos onde seja mais evidente a margem de conformação do legislador”.<sup>268</sup>

Como se vê, a intensidade do controle de constitucionalidade pode sofrer gradações, do controle de baixa intensidade ao controle de alta intensidade, passando pelo meio-termo.<sup>269</sup>

Pode-se dizer que, no controle de baixa intensidade ou de evidências, o legislador possui uma larga margem de liberdade no que tange aos juízos de adequação e necessidade de emprego do meio penal para a salvaguarda de um bem jurídico que considere relevante. Isto posto, caberá à Corte Constitucional verificar se existe equívoco *manifesto* ou *ostensivo* nas premissas do legislador.

O controle de média intensidade ou de justificabilidade pressupõe que o legislador ainda mantenha considerável grau de liberdade acerca da tutela penal, mas o Tribunal Constitucional, por seu turno, não estará limitado ao exame de erros evidentes por parte do parlamentar. Poderá investigar se a escolha do legislador foi lastreada em fatos concretos e em

---

(ADI por omissão – art. 103, § 2º), arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF – art. 102, § 1º).

<sup>266</sup> SCALCON, Raquel Lima, <sup>115</sup> p. 50.

<sup>267</sup> SCALCON, Raquel Lima, <sup>115</sup> p. 267.

<sup>268</sup> ANTUNES, Maria João,<sup>41</sup> p. 75.

<sup>269</sup> Sobre este tema, cf. SCALCON, Raquel Lima, <sup>115</sup> p. 229 e ss, com referências doutriniais a Gilmar Mendes (MENDES, Gilmar Ferreira. Controle Abstrato de Constitucionalidade: ADI, ADC e ADO. Comentários à Lei nº 9.868/99. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 276 e ss.).

informações sólidas e confiáveis, bem como em conhecimentos científicos e atuais sobre o tema. Em outras palavras, isto significa que é possível aferir se o legislador exerceu sua liberdade de conformação de modo *justificável* à luz dos dados que tinha à disposição.

O último e mais radical é o denominado controle de alta intensidade ou de conteúdo, em que é permitido ao Tribunal Constitucional não somente avaliar a justificabilidade das razões que ampararam a decisão legislativa, como também *substituí-las* por outras, descartando, em muitas ocasiões, as próprias avaliações feitas pelo legislador.

Para o fim que buscamos, o controle de racionalidade das leis penais, se o ordenamento jurídico permitir, diante das diversas variantes que já ressaltamos, deve-se priorizar o controle de média intensidade, que, sem ignorar as oportunidades de escolha do legislador, autoriza os juízes constitucionais a averiguarem se a opção normativa é justificável do ponto de vista da racionalidade, com base nos dados concretos supridos.

#### **4.2.1 – À luz da racionalidade**

Na esteira do vem sendo sustentado, compreendemos que o controle de constitucionalidade das leis penais não deve ser restrito à verificação do cumprimento das formalidades competenciais e sequenciais previstas na Constituição para a elaboração legislativa. É preciso ir além. É crucial perquirir se foram atendidos os parâmetros de racionalidade exigíveis ao longo de todo o processo.

Nesse passo, valemo-nos das palavras de Díez Ripollés para clarificar o que poderiam ser considerados como “parâmetros de racionalidade exigíveis”: “A comprovação de que em sua elaboração houve uma adequada participação cidadã e de que foram averiguadas as opiniões da sociedade lhe confere bases de racionalidade ética; a verificação de que foram realizados os correspondentes estudos prévios sobre a realidade social sobre a qual irá incidir os objetivos a perseguir, os meios de que dispõe e as possíveis consequências da decisão legislativa deveriam assegurar um grau aceitável de racionalidade teleológica e pragmática; e a coerência com o resto do ordenamento jurídico promoverá uma racionalidade lógico-formal”.<sup>270</sup>

---

<sup>270</sup> DIÉZ RIPOLLÉS, José Luis.<sup>2</sup> p. 84-85.

Para analisar a racionalidade, em concreto, do processo legislativo, é essencial que haja paradigmas indicativos desta medida.

Para tanto, são profícuos os critérios estabelecidos por Raquel Scalcon<sup>271</sup>: *i*) racionalidade no *impulso* do processo legislativo; *ii*) racionalidade no *tempo* do processo legislativo; *iii*) racionalidade no *modo* de condução do processo legislativo.

A racionalidade no impulso do processo legislativo refere-se ao grau de clareza dos dados fáticos recolhidos pelo legislador para delimitar o problema social concreto e para eleger as medidas adequadas a resolvê-lo. Um falso diagnóstico pode ser resultante da inexistência dos fatos alegados pelo legislador, da sua errônea avaliação quanto à gravidade de tais fatos ou da sua incapacidade de formular a questão problemática de forma clara.<sup>272</sup>

Por sua vez, a racionalidade no tempo do processo legislativo prende-se ao grau de “maturação” da deliberação e mudança legislativa. Isto porque, como bem ressalta, é comum que o tempo do poder político atropela o tempo necessário para uma reflexão mais apurada.<sup>273</sup> Neste contexto, “a duração *racional* de um processo legislativo deve ser aquela capaz de *sintetizar* a tensão existente entre o grau de complexidade do tema e o grau de urgência da tomada de decisão.

Logo, tanto deliberações excessivamente breves quanto excessivamente longas<sup>274</sup> dificultarão a construção de soluções jurídicas aptas a, em alguma medida (sempre singela), responder ao problema concreto objeto da intervenção legal”.<sup>275</sup>

A racionalidade no modo de condução do processo legislativo, em contrapartida, diz respeito à forma com que são elaboradas as leis, o que pode contribuir para o incremento ou redução da sua validade constitucional. Este critério subdivide-se em: *i*) grau de publicidade e

---

<sup>271</sup> SCALCON, Raquel Lima. *Rationality of the legislative process as a Material Element in Constitutional Control*. In: RphZ Rechtsphilosophie, pp. 88 – 98, RphZ, Volume 5, 2019, p. 88 e ss.

<sup>272</sup> SCALCON, Raquel Lima, <sup>115</sup>p. 213

<sup>273</sup> A autora conclui: “If we are faced with an accelerated, confused and irresponsible legislative process, which is unaware of the actual problems it is trying to address, which does not limit or state its intended objectives and ignores the wide range of measures that exist and would allow it to do so, there is a significant likelihood the outcome (the law) will contain material constitutional defects”. (SCALCON, Raquel Lima. <sup>271</sup>p. 88).

<sup>274</sup> Scalcon ilustra: “If the legislative process is too short, legislation that is rushed through is unlikely to have any effect beyond the symbolism of its sentencing outcomes (even if this has materially pernicious and costly effects in terms of secondary criminalization). On the other hand, if the process takes too long, its result might not be useful”. (SCALCON, Raquel Lima, <sup>271</sup>p. 92).

<sup>275</sup> SCALCON, Raquel Lima, <sup>115</sup>p. 217.

de inclusão nas deliberações; *ii*) grau de amparo das deliberações em estudos técnicos e em avaliações de impacto legislativo *ex ante*.

O primeiro subcritério abrange o dever de o procedimento legislativo prover argumentos explícitos, definidos e sujeitos à contestação, o que culmina, por sua vez, no dever de dar razões e de informar (com a utilização de *checklists*) e o dever de incluir e consultar as partes interessadas (por meio de audiências públicas). Acaso inobservados ou observados em grau insatisfatório estes encargos, o Tribunal Constitucional passa a ser utilizado como “arena política por aqueles que não tiveram voz”.<sup>276</sup>

O segundo subcritério, relativo ao grau de amparo das deliberações legislativas em estudos técnicos e em avaliações de impacto prospectivas, reflete o grau de adequação entre as leis editadas e os objetivos perseguidos, em um claro exame da eficácia da medida legislativa adotada.<sup>277</sup>

Esta digressão foi feita com a finalidade de demonstrar que, mesmo não sendo usual, existem critérios objetivos que demonstram que a racionalidade da atividade legislativa pode, sim, figurar como parâmetro autônomo para apreciar a constitucionalidade de uma lei penal, idealização que será retomada no tópico 4.2.3.

Por agora, cumpre-nos esclarecer que, na grande maioria das vezes, a racionalidade não é tratada como um parâmetro autônomo, e sim como um requisito que pode averiguado no cotejo de outros postulados normativos constitucionais, notadamente a proporcionalidade, perante os Tribunais.

#### **4.2.2 – A racionalidade abarcada pelo postulado da proporcionalidade**

Em geral, não se pode negar a proeminência do postulado jurídico-constitucional da proporcionalidade, como acertadamente reconhece Maria João Antunes: “A consolidação do princípio da proporcionalidade enquanto parâmetro de controlo de normas penas incriminadoras é expressão acabada da ligação irrecusável entre o direito penal e a proteção constitucional de direitos fundamentais. Em dois sentidos. No já assinalado de que o direito penal tutela bens jurídicos integrados na ordem constitucional dos direitos fundamentais, mas

---

<sup>276</sup> SCALCON, Raquel Lima, <sup>115</sup> p. 218-219.

<sup>277</sup> SCALCON, Raquel Lima, <sup>115</sup> p. 223-224.

também no sentido de que a intervenção penal restringe sempre direitos fundamentais do condenado”.<sup>278</sup>

Entretanto, Ripollés<sup>279</sup> aduz que a utilização da proporcionalidade em relação à atividade legislativa possui uma intensidade qualitativamente distinta daquela alcançada no âmbito de aplicação das leis penais. Esta aceção se justifica porque uma decisão legislativa penal decorre de um juízo complexo de oportunidade que abrange os fins de prevenção geral e especial, a intimidação, a eliminação da vingança privada, a consolidação de convicções éticas gerais, o reforço ao sentimento de fidelidade ao ordenamento jurídico, dentre outros. Ou seja, não se deve proceder ao exame da conveniência, qualidade ou perfectibilidade da norma penal, mas apenas a uma verificação de seu enquadramento constitucional, de maneira que não represente uma coação excessiva ou um sacrifício desnecessário de direitos fundamentais.

Com efeito, o postulado da proporcionalidade comporta uma subdivisão em adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito e é justamente aqui que reside uma das grandes críticas de Ripollés: para ele, o limitado conteúdo de tais elementos, sobretudo na realidade espanhola, de onde parte sua análise, dificulta o aprofundamento de argumentações específicas para a racionalidade.<sup>280</sup>

De maneira geral, o Tribunal Constitucional da Espanha considera que uma decisão legislativa penal satisfaz o princípio da proporcionalidade se: 1) pretende tutelar bens ou interesses constitucionalmente não proscritos nem socialmente irrelevantes; 2) é instrumentalmente apta ou idônea para esta finalidade; 3) resulta necessária; 4) guarda a devida proporção entre a magnitude do delito e a gravidade da pena.<sup>281</sup>

Quanto ao terceiro item, assume-se que faltará necessidade da intervenção penal se for notória a existência de meios alternativos menos gravosos e igualmente eficazes para atingir os objetivos pretendidos, devendo-se, para isto, atender a critérios da lógica, a dados empíricos

---

<sup>278</sup> ANTUNES, Maria João, <sup>41</sup> p. 62.

<sup>279</sup> DIÉZ RIPOLLÉS, José Luis, <sup>2</sup> p. 212-213.

<sup>280</sup> Embora Díez Ripollés faça expressa menção à realidade da Espanha, não se pode ignorar que a ausência de conteúdo nos elementos do princípio da proporcionalidade ocorre em diversos países, principalmente naqueles em que as Cortes Constitucionais primam pelo respeito quase incondicional à decisão do legislador penal.

<sup>281</sup> A esse propósito, conferir a decisão SSTC 55/96, de 28 de março e outras tantas referidas por Ripollés (DIÉZ RIPOLLÉS, José Luis, <sup>2</sup> p. 214).

incontroversos e ao conjunto de sanções que o legislador vem considerando necessário para alcançar fins de proteção semelhantes.<sup>282</sup>

Em relação ao quarto item, busca-se garantir a correta ponderação entre a importância dos bens ou interesse tutelados e o grau em que foram afetados pela conduta delitiva e, por outro lado, a natureza e intensidade dos efeitos negativos que a pena inflige no arguido, evitando-se, com isso, um desequilíbrio excessivo e irrazoável entre os fins perseguidos e os meios empregados.<sup>283</sup>

Todavia, Ripollés alerta que, na Espanha, a operatividade prática do princípio da proporcionalidade fica restrita à verificação de violação injustificada e manifesta da lei no que tange aos direitos fundamentais do cidadão, denotando uma clara deferência para com o legislador.

Esta atitude possui reflexos diretos na racionalidade: “(...) supõe renunciar à elaboração de uma estrutura coerente e compreensiva da racionalidade legislativa penal suscetível de controle constitucional: a necessária vinculação da argumentação a um concreto direito fundamental dá lugar a raciocínios fragmentários, de natureza defensiva, sem possibilidade de realizar abordagens sistemáticas na medida em que estamos presos aos limites conceituais do direito fundamental afetado”.<sup>284</sup>

A par disso, ressalta que o princípio da proporcionalidade, além de não estar positivado em muitas Constituições, o que leva à inevitável referência a outros princípios e regras, possui construções conceituais demasiado polivalentes, já que não se destina ao âmbito penal em específico e, por isso mesmo, afasta-se dos princípios delimitadores da intervenção deste ramo. Por essas razões, conclui que, apesar dos esforços, a proporcionalidade não está capacitada “para integrar satisfatoriamente dentro de si os mínimos conteúdos da racionalidade legislativa penal pelos quais deveria velar a jurisdição constitucional”.<sup>285</sup>

Contudo, em artigo mais recente, Ripollés mostra-se menos cético quanto à utilidade da proporcionalidade para averiguação da racionalidade das leis penais, reconhecendo, dentre os seus requisitos ou subcritérios, ser possível atingir determinados níveis de racionalidade.

---

<sup>282</sup> DIÉZ RIPOLLÉS, José Luis, <sup>2</sup> p. 215.

<sup>283</sup> DIÉZ RIPOLLÉS, José Luis, <sup>2</sup> p. 216.

<sup>284</sup> DIÉZ RIPOLLÉS, José Luis, <sup>2</sup> p. 218-219.

<sup>285</sup> DIÉZ RIPOLLÉS, José Luis, <sup>2</sup> p. 227-228.

O objetivo legítimo – não vedado nem socialmente irrelevante – levaria em consideração os princípios do dano e da ofensividade, que são os pilares da racionalidade ética. Já a adequação da lei refere-se, em alguma medida, à efetividade da norma (a capacidade da lei de se tornar uma expectativa normativa) e à sua eficácia (a capacidade da aplicação da lei para cumprir a almejada proteção de interesses legais), traduzindo a racionalidade pragmática. A necessidade da medida legislativa também teria ligação com a racionalidade pragmática, mais precisamente com o princípio da subsidiariedade, que garante a dimensão transversal da efetividade dentro deste nível de racionalidade. Por último, a proporcionalidade em sentido estrito se relacionaria diretamente aos princípios da racionalidade ética dentro dos cinco níveis de racionalidade propostos, os quais legitimam os diferentes tipos de sanções penais aplicáveis aos infratores.<sup>286</sup>

Mesmo diante destes possíveis ganhos, Ripollés arremata: “(...) notwithstanding the important progress the proportionality principle has made to the constitutional review of rational criminal law making, we need another more comprehensive, systematic and, for our purposes, more crime control oriented-tool”.<sup>287</sup>

Aqui, é oportuno enaltecer o raciocínio de Raquel Scalcon.<sup>288</sup> Na percepção da autora, o princípio da proporcionalidade tem estreita relação com as avaliações de impacto prospectivas. Ainda que esta ideia não se refira diretamente à racionalidade, por certo possui pertinência com o tema. É que, como já sustentamos anteriormente, notadamente no tópico 2.3.2, esse tipo de avaliação possibilita que o legislador faça uma ponderação mais aprofundada acerca da medida legislativa, concretizando, em última instância, os postulados penais da intervenção mínima, necessidade e proporcionalidade. Destarte, a racionalidade e as avaliações de impacto regulatório *ex ante* estão intrinsecamente ligadas.

---

<sup>286</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, <sup>22</sup> p. 61-62.

<sup>287</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, <sup>22</sup> p. 63. Para ele, na Espanha, o princípio que melhor comportaria a análise da racionalidade das normas penais pela Corte Constitucional seria o da proibição da arbitrariedade das autoridades públicas, expressamente previsto no art. 9.3 da Constituição espanhola, e que compreende as atividades legislativas. Ripollés, então, justifica sua opção por este princípio: dispõe de firme apoio constitucional; encontra-se em uma localização sistemática que permite atender a uma multiplicidade de enfoques; incorpora, literalmente, a ideia que deve inspirar o controle constitucional da atuação dos poderes públicos, que é a evitação da arbitrariedade; reúne as condições necessárias para que lhe seja atribuída uma autonomia conceitual.

<sup>288</sup> SCALCON, Raquel Lima, <sup>115</sup> p. 226-228.

Voltemos à idealização da jurista. Tendo em vista que os subcritérios da adequação e da necessidade valem-se de bases empíricas, o juízo de proporcionalidade guardaria certa semelhança estrutural com as avaliações de impacto *ex ante*, visto que ambos utilizam: *i)* dados fáticos seguros para embasar o julgamento; *ii)* adequação da medida eleita pelo legislador em relação aos objetivos desejados; *iii)* existência de meios alternativos também eficazes; *iv)* possíveis efeitos concretos das medidas sobre direitos fundamentais.

Uma importante diferença recairia no fato de que as avaliações de impacto normativo são realizadas por cientistas sociais ou pelo próprio Poder Legislativo, enquanto a análise da proporcionalidade cabe a magistrados no curso de processos judiciais.

Dito isso, Scalcon pressupõe que as Cortes Constitucionais, de maneira implícita ou ostensiva, também apreciam o impacto das leis e, com base nisso, distingue duas situações possíveis.

Se não tiverem sido realizados, durante o processo legislativo, exames de impacto legislativo *ex ante*, o princípio da proporcionalidade poderia servir como instrumento de avaliação subsidiário, quer dizer, a Corte seria uma autoridade avaliadora subsidiária, atuando como agente limítrofe, que intersecciona – mas não sobrepõe – o sistema político e o sistema jurídico.

Se tiver sido consumada a avaliação prospectiva no curso do processo legislativo, o Tribunal Constitucional poderia dela se valer para fundamentar os juízos de adequação e necessidade, ainda que a conclusão da avaliação não vincule o resultado da proporcionalidade.

Isto implica que, encarando as avaliações *ex ante* como uma concretização da racionalidade, então seria viável apreciar a racionalidade da lei penal quando do cotejo do princípio da proporcionalidade perante o Tribunal Constitucional, que também atuaria, subsidiariamente, como órgão avaliador desta racionalidade legislativa.

Sem retirar os méritos da abordagem inovadora de Raquel Scalcon, pensamos que os dados empíricos aportados com as avaliações *ex ante* poderiam servir de substrato para a análise autônoma da racionalidade, e não vinculados ao exame da proporcionalidade.

Isto porque, na nossa perspectiva, é imprescindível garantir um espaço de legitimação próprio à racionalidade legislativa, já que o cuidado em assegurar um processo racional de

argumentação e decisão legislativas é pressuposto de um autêntico controle material da constitucionalidade das leis, não necessariamente contido no princípio da proporcionalidade.

Não obstante, se adotarmos como verdadeiro o pressuposto de Raquel Scalcon de que a realização da avaliação legislativa prospectiva, que defendemos serem obrigatórias, garantiria, em certa medida, a proporcionalidade geral da lei, então a inserção da racionalidade como parâmetro material consistiria num *plus*, num notável enriquecimento das exigências para o controle de constitucionalidade.

#### **4.2.3 – A racionalidade como parâmetro material autônomo para o controle de constitucionalidade das leis penais**

Para que uma ideia seja factível, é preciso que haja o alinhamento entre os planos teórico e prático. Sendo assim, pretendemos demonstrar, mediante uma síntese das ideias desenvolvidas ao longo deste estudo, que, unidas, desembocam em uma conclusão irrefutável: a avaliação da racionalidade da lei penal no controle de constitucionalidade não é só extremamente necessária, mas, acima de tudo, factível.

Nos Capítulos I e II, constatamos que o populismo penal, que desencadeia a irracionalidade das leis penais, desenvolve-se principalmente nas fases pré-legislativas, com a intervenção da opinião pública, da mídia e de diversos agentes sociais (vítimas, grupos políticos etc.). Depois de mencionarmos os cinco níveis de racionalidade legislativa segundo Atienza, concluímos que a racionalidade teleológica, nos termos propostos por Ripollés, envolvendo a reflexão entre os meios escolhidos e os fins a serem perseguidos pela lei, possui aptidão para coibir as nefastas consequências do movimento populista. A seguir, demonstramos que seria viável a concretização deste nível de racionalidade através dos métodos utilizados pela Legística, notadamente das avaliações *ex ante*, que, ao fornecerem dados empíricos, propiciariam, ainda, a ponderação do legislador a respeito dos princípios norteadores do Direito Penal (intervenção mínima, necessidade e proporcionalidade).

No Capítulo III, enfatizamos a relevância da argumentação legislativa para compreender as peculiaridades do discurso dos parlamentares e para avaliar esse discurso. Outrossim, evidenciamos que, no Estado de Direito Constitucional, o legislador tem o dever de justificar suas proposições normativas e que, se isso for feito de maneira expressa, em

muito pode contribuir para perquirir a *ratio legis*, especialmente no potencial controle de constitucionalidade das leis.

Tudo isso tornou patente que a Legística e a argumentação legislativa andam de mãos dadas. Porém, em prol da racionalidade, sustentamos ser preciso agregar um terceiro elemento: a democracia constitucional, que compreende a supervisão judicial da compatibilidade das leis com os direitos fundamentais dos indivíduos.

Nesta conjuntura, para dar concretude a tudo o que nos propomos, sublinhamos, no Capítulo IV, a imprescindibilidade do controle de constitucionalidade das leis penais, destacando, nesse aspecto, que a racionalidade deveria ser erigida à categoria de parâmetro constitucional autônomo.

Pois bem. Traçamos essa linha de raciocínio com ao intuito de transparecer a concatenação e coerência das ideias até aqui sustentadas e que, neste momento, direcionam-se para a conclusão final.

A racionalidade da medida legislativa deve ser analisada de forma global (“holística”, nos dizeres de Atienza), de modo que a razoabilidade, na qualidade de meta-racionalidade, possa guiar a avaliação dos demais níveis – racionalidade ética, racionalidade teleológica, racionalidade pragmática, racionalidade jurídico-formal e racionalidade linguística.

Para a análise da racionalidade no curso do processo legislativo, é conveniente levar em consideração a distribuição dos cinco níveis dentre as fases legislativas, segundo Díez Ripollés.<sup>289</sup>

Na etapa pré-legislativa, as racionalidades variam a depender da intervenção social ocorrida. No surgimento da disfunção social, na consolidação do mal estar coletivo e na configuração da opinião pública, etapas em que tem impulso o populismo penal, prevalece a racionalidade teleológica, condicionada pela ética. A racionalidade pragmática tem sua vez quando começa a despontar um programa de ação pelos grupos de pressão. Já com o envolvimento dos especialistas é introduzida a racionalidade jurídico-formal e linguística. O conjunto das racionalidades estará presente na atuação da burocracia para elaboração dos PL.

Todas as cinco racionalidades estarão claramente presentes na fase parlamentar. As racionalidades ética e teleológica voltarão ao primeiro plano, a fim de verificar se a análise

---

<sup>289</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, <sup>2</sup> p. 97-98.

pragmática e as características sistemáticas e linguísticas do PL correspondem aos objetivos da iniciativa legislativa e respeitam os valores e princípios subjacentes.

E, por último, na fase pós-legislativa, os diversos níveis de racionalidade aparecem de modo segmentado, embora haja o predomínio da racionalidade pragmática e jurídico-formal, visto que são examinadas a eficácia e a eficiência da lei.

A obediência a tais níveis de racionalidade traduz, ao fim e a cabo, que a decisão legislativa penal é: efetiva, pois o comportamento dos destinatários está de acordo com aquilo que está prescrito na lei; eficaz, já que os efeitos por ela produzidos correspondem aos objetivos sociais de tutela perseguidos com a sua criação; e eficiente, dado que os custos materiais e imateriais advindos da eficiência e da eficácia são razoáveis.

Para aferir o grau de racionalidade de uma lei na prática, fizemos alusão aos indicadores idealizados por Raquel Scalcon: *i)* o impulso do processo legislativo, relacionado ao grau de clareza dos dados fáticos recolhidos pelo legislador para delimitar o problema social concreto e para eleger as medidas adequadas a resolvê-lo; *ii)* o tempo do processo legislativo, referente ao grau de “maturação” da deliberação e da mudança legislativas; *iii)* o modo de condução do processo legislativo, subdividido no grau de publicidade e de inclusão nas deliberações e no grau de amparo das deliberações em estudos técnicos e em avaliações de impacto legislativo *ex ante*.

Como se não bastasse, endossando a concepção da autora, entendemos que os indicadores acima referidos também produzem efeitos no que concerne à presunção de constitucionalidade da norma penal. Assim, estabelece-se uma relação de proporcionalidade: quanto *maior* tiver sido o grau de racionalidade do processo legislativo, *maior* será a presunção de constitucionalidade do respectivo produto legislativo, sendo a recíproca verdadeira.<sup>290</sup>

Os contornos aqui delineados permitiriam que os Tribunais Constitucionais procedessem à *avaliação* da racionalidade.

Contudo, *na prática*, para não recair nos riscos do subjetivismo ou da indefinição quando do controle de constitucionalidade, o que constantemente conduz a posturas extremas

---

<sup>290</sup> SCALCON, Raquel Lima, <sup>271</sup> p. 97-98.

– deferência para com o legislador e ativismo judicial –, reconhecemos a relevância dos conhecimentos científicos e estudos empíricos.

É aqui que novamente emerge a magnitude da Legística, que além de ter suas bases em conhecimentos técnicos interdisciplinares – Sociologia, Economia, Psicologia etc. e *também* Direito – proporciona a obtenção de dados objetivos por meio das AIR.

Reforça-se, dessa feita, a obrigatoriedade das avaliações prospectivas no âmbito penal, visto que as informações fornecidas tanto propiciam a ponderação do legislador antes da tomada de decisão – já que é confrontado com os efeitos positivos e negativos da medida –, quanto têm a aptidão de auxiliar no controle de constitucionalidade *a posteriori*.<sup>291</sup>

Ao prover de “conteúdo”<sup>292</sup> o parâmetro da racionalidade, por outro lado, incrementa-se e ressignifica-se o controle de constitucionalidade das normas penais, reduzindo a “liberdade decisória” dos juízes constitucionais.<sup>293</sup>

De mais a mais, o Tribunal Constitucional, com o escopo de melhor interpretar os dados empíricos que consubstanciaram a decisão legislativa ou para aferir a *ratio legis*, poderia valer-se das justificativas presentes na exposição de motivos e no preâmbulo do ato normativo, porquanto a exteriorização neles contida é útil para avaliar o cumprimento dos fins

---

<sup>291</sup> O recurso a dados empíricos ainda evita que o Direito Penal seja apartado da realidade social, já que os elementos hipotéticos sopesados *ex ante* pelo legislador são obtidos com base em evidências, a começar pela análise das origens, causas e modos de manifestação do problema, sendo identificados, ademais, os setores da vida social e as entidades envolvidas.

<sup>292</sup> Nesse ponto, é conveniente salientar a compreensão de Fernanda Palma. Com o propósito de atribuir conteúdo aos princípios penais, notadamente o da necessidade, quando do controle de constitucionalidade, a autora sugere que haja a comunicabilidade com outros sistemas de pensamento e de ação diversos do sistema jurídico. Nesse sentido, invoca o chamado “argumento criminológico”, que fornece ao Direito Penal uma visão complementar da realidade, uma perspectiva mais ampla e profunda, com diferentes tipos de explicação e compreensão do crime. A autora finaliza afirmando que “a argumentação criminológica inserida no discurso jurídico consistiria na procura dos modos de realização empírica ilustradores dos valores penais, na procura da explicação criminológica da realidade que o Direito utiliza como referência e na adequação entre o plano lógico-valorativo e os processos de geração e definição social do crime”. (PALMA, Maria Fernanda,<sup>146</sup> p. 107 e 118).

<sup>293</sup> É válido acenar que Adán Nieto Martín, ao refletir sobre o controle de constitucionalidade de bases empíricas, acredita que deveria haver novos tipos de decisões constitucionais: “(...) me parece evidente que necesitamos un nuevo tipo de sentencias constitucionales en las que los jueces obliguen por ejemplo, antes de declarar la inconstitucionalidad de una ley, a que el legislador en un plazo de tiempo cumpla debidamente con sus deberes y proporcione más datos empíricos. Estas nuevas sentencias podrían o bien, en los casos más graves, suspender la aplicación de una norma hasta que no se argumente debidamente su eficacia o, generalmente, dejar la norma vigente pero a condición que el legislador la evalúe durante un determinado periodo de tempo”. (NIETO MARTÍN, Adán,<sup>90</sup> p. 31).

almejados pela lei e, eventualmente, revelar a inadequação entre estes fins e o conteúdo normativo.

É evidente que a investigação nestes ditames coaduna-se com o controle de constitucionalidade de média intensidade já sugerido, que, sem adentrar no mérito da decisão legislativa, autoriza os juízes constitucionais a averiguarem se a opção normativa é justificável do ponto de vista da racionalidade, com base nos dados concretos supridos. Preserva-se, por conseguinte, a soberania do Parlamento.

Sob outro ângulo, se o legislador detinha dados empíricos e informações antes da tomada de decisão, estando mais consciente da sua escolha, e, mesmo assim, não os utilizou para fundamentar a medida legislativa, isto pode denotar que temia um resultado desfavorável ou que simplesmente não estava comprometido com os efeitos concretos de sua opção. Legitima-se, assim, que seja “julgado” com maior severidade, ou seja, que as razões por ele oferecidas – ou a falta delas – sejam confrontadas com maior rigor.

Com o intuito de trazer maior clareza ao raciocínio desenvolvido neste tópico, estabeleceremos, através de uma sequência lógica, os passos a serem seguidos pelos Tribunais Constitucionais por ocasião do controle de constitucionalidade das leis penais com base na racionalidade:

- 1) Averiguar a justificativa constante na exposição de motivos e no preâmbulo da lei – *ratio legis* –, tanto para aferir se o produto final da atividade legislativa está em conformidade com os objetivos enunciados, como também para servir de norte interpretativo quando da análise dos dados empíricos;
- 2) Avaliar, de forma global, por intermédio da razoabilidade (meta-racionalidade), se os cinco níveis de racionalidade (ético, teleológico, pragmático, jurídico-formal e linguístico) foram respeitados, o que significa, em última instância, apreciar se a norma penal editada é efetiva, eficaz e eficiente;
- 3) Utilizar nesta avaliação geral os critérios indicativos do grau de racionalidade da lei: *i)* o impulso do processo legislativo, que aponta o patamar de correção na identificação dos dados fáticos recolhidos pelo legislador em relação ao problema social e à eleição das medidas adequadas a resolvê-lo; *ii)* o tempo do processo legislativo, devendo-se evitar os dois extremos – a rapidez e a lentidão; *iii)* o modo

do processo legislativo, que é aferido mediante a existência de avaliações legislativas *ex ante*, que já pressupõem uma maior ponderação do legislador, e por meio da publicidade e inclusão nas deliberações, que refletem a legitimidade social. Todos esses indicadores devem surtir efeito na presunção de racionalidade da lei;

- 4) Proceder a um controle de média intensidade – ou “mais proativo”, nos termos aqui defendidos –, que, sem desconsiderar o caráter político da escolha do legislador, permita que seja verificado se a opção normativa é justificável do ponto de vista da racionalidade, com base nos dados empíricos e estudos científicos disponibilizados pela Legística.

Estamos certos de que, se for seguida esta lógica, as Cortes Constitucionais conseguirão avaliar, na teoria e na prática, com base na racionalidade, se a norma penal é válida do ponto de vista constitucional.

Partimos, assim, para a **Conclusão Parcial IV**: quando do exame de validade das leis penais perante a Constituição, é crucial que seja apreciado o grau de racionalidade de tais leis, o que se dá por meio de critérios fáticos e objetivos, subsidiados pelas avaliações *ex ante*.

Encerramos, enfim, com a **Proposição IV**: a inserção da racionalidade das leis penais como elemento material no controle de constitucionalidade.

## CONCLUSÃO

---

Ao longo desta dissertação, demonstramos que a irracionalidade das leis penais, decorrente do populismo penal, tem suas raízes na fase pré-legislativa, com a inadequada discussão do problema social e a pressão exercida pela mídia e agentes sociais. Tal irracionalidade estende-se para a etapa legislativa, quando a argumentação é negligenciada nos debates parlamentares e no oferecimento das justificativas que deveriam acompanhar o ato normativo. Na fase pós-legislativa, a irracionalidade pode se consolidar se as Cortes Constitucionais não exercerem o controle de constitucionalidade tendo em vista a racionalidade como parâmetro, pois a lei penal poderá continuar restringindo direitos e garantias fundamentais dos indivíduos.

Conforme explicitado na introdução, organizamos este estudo com base em premissas, conclusões parciais e proposições. Com isso, a conclusão que ora apresentamos consiste num apanhado de tudo o que já foi exposto, com alguns acréscimos e sugestões.

A Parte I foi dedicada à contextualização do problema, fazendo-se referência, no Capítulo I, ao populismo penal e à hipercriminalização, ao passo que a Parte II foi direcionada para a busca da racionalidade, sendo tratados, nos Capítulos II, III e IV, respectivamente, as temáticas da Legística, da argumentação legislativa e do controle de constitucionalidade.

No Capítulo I, partindo da premissa de que o populismo penal culmina, dentre outras consequências, na propensão à irracionalidade das leis penais, notadamente na fase prévia à elaboração das normas, concluímos que é preciso racionalizar o processo de criação das leis penais. Propomos, então, que sejam realizados os estudos científicos próprios da Legística.

No Capítulo II, assumimos como verdadeiro o pressuposto de que, no âmbito penal, o emprego dos métodos da Legística, amparados na realidade social e em dados empíricos, contribui para que o legislador pondere sobre princípios norteadores do Direito Penal no momento prévio à tomada de decisão. Por esse motivo, consideramos que, no domínio criminal, em virtude da dimensão dos direitos fundamentais em questão, deve ser obrigatória a adoção das avaliações de impacto legislativo, sobretudo as avaliações *ex ante*. No caso do Brasil, diante da limitação orçamentária e da “cultura do encarceramento”, propomos que sejam exigidas avaliações prospectivas para os projetos de leis penais que possam culminar na pena privativa de liberdade a ser cumprida no regime fechado.

No Capítulo III, a premissa da qual nos valemos é a de que, na busca pela racionalidade também na fase legislativa, a argumentação deve desempenhar um papel primordial, tanto nos debates parlamentares quanto nas justificativas que devem acompanhar os atos normativos. Ao final, inferimos que, na Democracia Constitucional, o legislador deve justificar a decisão tomada com um mínimo de racionalidade, no sentido próprio do contexto legislativo. Sugerimos, portanto, a obrigatoriedade de apontar justificativas para as leis penais, as quais devem constar expressamente na exposição de motivos e no preâmbulo do ato normativo, a fim de que, na qualidade de vetor interpretativo, possam auxiliar as Cortes Constitucionais em eventual controle de constitucionalidade.

No Capítulo IV, partimos do axioma de que, para assegurar a racionalidade na fase pós-legislativa é indispensável que os Tribunais Constitucionais, quando do controle de constitucionalidade, adotem uma postura mais proativa, guiando-se pelos estudos científicos e dados empíricos aportados pela Legística. Concluimos que, no exame da validade das leis penais à luz da Constituição, deve ser apreciado o seu grau de racionalidade, motivo pelo qual propomos a inserção da racionalidade como elemento material no controle de constitucionalidade das leis penais.

Destarte, com base nas proposições formuladas, ensaiamos um caminho ideal na busca pela racionalidade das leis penais:

- I. Na fase pré-legislativa, marcada pela confrontação de valores, princípios e aspirações da sociedade, bem como pelos conflitos entre os interesses particulares e setoriais dos diferentes agentes sociais (vítimas, políticos etc) e dos grupos de pressão, deve prevalecer a racionalidade teleológica, que pode ser concretizada por meio das avaliações legislativas *ex ante*, as quais devem ser indispensáveis no âmbito penal e devem conter, no mínimo: a identificação do problema social sobre o qual se pretende atuar; a formulação clara e precisa dos objetivos almejados com a lei; e a ampla seleção dos meios possíveis para alcançar os resultados pretendidos.
- II. Na etapa legislativa, a margem de liberdade do parlamentar para definir os bens a proteger, tipificar os ilícitos penais (com a classificação e gravidade das penas) e estabelecer a proporção entre a gravidade dos delitos e as respectivas sanções deve ser

interpretada sob o prisma do Estado Constitucional, o que significa que o legislador deve se utilizar de argumentos minimamente racionais.

- III. Quando a lei já estiver em vigor, isto é, na etapa pós-legislativa, se submetida ao crivo das Cortes Constitucionais, deve ser obedecida a sequência lógica descrita no item 4.2.3, de modo que a racionalidade do processo de elaboração da lei penal constitua parâmetro material no controle de constitucionalidade.

Diante de tudo o que foi exposto, reconhecemos ser necessário aprofundar o desenvolvimento dos estudos e da aplicação da racionalidade voltada às leis penais, o que pode ser impulsionado com a mudança do foco da lei posta (*lege lata*) para o processo de sua criação (*lege ferenda*), afinal as leis continuam sendo o instrumento mais legitimado para o controle, direção e transformação social.

Ainda assim, esperamos que o raciocínio aqui empreendido, com a integração entre a Legística, a argumentação legislativa e o controle de constitucionalidade, cada qual preponderante em uma das fases do processo legislativo, seja capaz de proporcionar alguma base teórica e prática na almejada busca pela racionalidade das leis penais, não apenas com o escopo de moderar o populismo penal e a hipercriminalização, mas também como contributo para uma atividade legislativa mais qualitativa, responsável, coerente e ética.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

---

ADORNO, Sérgio. A delinquência juvenil em São Paulo: mitos, imagens e fatos. *Proposições*. v 13, n. 3 (39), set/dez. 2002.

AGUILÓ REGLA, Josep. *Cuatro modos de debatir*. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 36, 2013, pp. 211-227. Disponível em: <[https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/52463/1/Doxa\\_36\\_10.pdf](https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/52463/1/Doxa_36_10.pdf)>. Acesso em: 16 de agosto de 2020.

ALBRECHT, Peter-Alexis. *El derecho penal en la intervención de la política populista*. In: Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (ed.). *Área de Derecho Penal de la Universidad de Pompeu Fabra* (ed. española). *La insostenible situación del Derecho Penal*. Granada: Editorial Comares, 2000.

ALMEIDA, Caio Patrício de. Hipercriminalização: o sintoma totalitário na política da liberdade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, ano 24, vol. 123, set. 2016, p. 218-221.

ALMEIDA, Marta Tavares de. *Evaluation of Legislation: the Portuguese experience*. In: PITARCH, Ismael E. (Org.). *Legislador i tècnica legislativa*. Barcelona: Publicacions del Parlament de Catalunya, 2003.

ANTONIO LASCURAÍN, Juan. *El control constitucional de las leyes penales*. Estudos em Memória do Conselheiro Artur Maurício, Coimbra Editora, 2014.

ANTUNES, Maria João. *Constituição, lei penal e controlo de constitucionalidade*. Coimbra: Almedina, 2019.

\_\_\_\_\_. Novos desafios da jurisdição constitucional em matéria penal. In: D'AVILA, Fabio Roberto; SANTOS, Daniel Leonhardt (Org.). *Congresso Internacional de Ciências Criminais. Direito penal e política criminal*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2015, pp. 61-80.

\_\_\_\_\_. Perigosidade – intervenção estatal em expansão? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 121. ano 24. São Paulo: Ed. RT, julho. 2016.

ATIENZA, Manuel. *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.

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

\_\_\_\_\_. *Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

\_\_\_\_\_. *Legislation and Argumentation: Towards a Model for the Analysis of Legislative Reasoning*. In: OLIVER-LALANA, A. Daniel (Ed.), *Conceptions and Misconceptions of legislation (Legisprudence Library Book 5)*. Switzerland: Springer, 2019.

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

BALESTRERI, Ricardo Brisolla. Segurança pública e direitos humanos. *Revista de Direitos Humanos*. Brasília: SEDHPR, n. 1, 2008. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/sedh/dokumentos/revistadh.pdf>>. Acesso em: 24 de abril 2020.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos Fundamentais e direito à justificativa. Devido procedimento na elaboração normativa*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das Cortes Constitucionais nas democracias contemporâneas. *Revista Direito e Práxis*. Rio de Janeiro, v. 9, n° 4, 2017, pp. 2171-2228.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das Penas*. Trad. Lúcia Guidicini et al. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

BENTHAM, Jeremy. *Falacias Políticas*. Centro de Estudios Políticos Constitucionales. Madrid: Marcial Pons, 1990.

BOUDON, Raymond. *Dicionário de Sociologia*. Tradução de Antônio J. Pinto Ribeiro. Lisboa: Dom Quixote, 1990.

CALLEGARI, André Luis. A política criminal de exceção como política criminal no estado de direito. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. São Leopoldo: UNISINOS, 2010.

CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madri: Civitas, 2003.

DELLEY, Jean-Daniel. Pensar a lei: introdução a um procedimento metódico. *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, v. 7, n. 12, 2004, pp. 101-143.

DELLEY, Jean-Daniel; FLÜCKIGER, Alexandre. A Elaboração Racional Do Direito Privado: Da Codificação À Legística. Tradução: Paulo Roberto Magalhães. Revisão da tradução: Maria Lina Soares Souza. Cad. Esc. Legis., Belo Horizonte, v. 9, n. 14, jan./dez. 2007, p. 35-58.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. A racionalidade das leis penais: teoria e prática. Tradução de Luiz Regis Prado. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

\_\_\_\_\_. José Luis. *El derecho penal simbólico y las funciones de la pena*. Madri: Actualidad Penal, n° 1, janeiro, 2001.

\_\_\_\_\_. José Luis. *Rationality in Criminal Lawmaking. Rational Decision Making in a Complex Socio-Legislative process*. In: OLIVER-LALANA, A. Daniel (Ed.), *Conceptions and Misconceptions of legislation (Legisprudence Library Book 5)*. Switzerland: Springer, 2019.

DORNELLES, João Ricardo W. Conflito e segurança: entre pombos e falcões. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FARIA COSTA, José Francisco de. Reflexões mínimas e tempestivas sobre o direito penal de hoje. In: *Direito Penal e Globalização. Reflexões não locais e pouco globais*. Coimbra: Coimbra Editora e Wolters Kluwer Portugal, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. Democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. *Revista dos Tribunais*, 2015.

\_\_\_\_\_. *Direito e Razão – Teoria do garantismo penal*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERRERES COMELLA, Victor. *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidade*. Madrid: Parcial Pons, 2011.

FLÜCKIGER, Alexandre. *Qu'est-ce que «mieux légiférer» ?*. In: *Guider les parlements et les gouvernements pour mieux légiférer: le rôle des guides de légistique*. Genève: Schulthess, 2008. Disponível em: <<https://archive-ouverte.unige.ch/unige:3918>>. Acesso em: 19 de setembro de 2020.

FORST, Rainer. *The right to justification: elements of a constructivist theory of justice*. New York: Columbia University Press, 2014.

GARLAND, David. A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GIANTURCO, Adriano. A ciência da política: uma introdução. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

GIGLIOLI, Daniele. *Crítica da vítima*. Tradução de Pedro Fonseca. Veneza e Belo Horizonte: Editora Âyiné, 2016.

GOMES, Luiz Flávio; ALMEIDA, Débora de Souza de. *Populismo penal midiático: caso mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico*. São Paulo: Saraiva, 2013.

GOMES, Luiz Flávio; GAZOTO, Luís Wanderley. *Populismo penal legislativo: a tragédia que não assusta as sociedades de massas*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

HASSEMER, Winfried. *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*. Trad. Elena Larrauri. In: *Pena y Estado*. Santiago: Conosur, 1995, pp. 23-36.

HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 251, 2009, pp. 139-178.

JOHNSON, Ralph H. *Manifest rationality: a pragmatic theory of argument*. Mahwah, New Jersey: Lawrence Erlbaum Associates, 2000.

LEITE, Marcus Vinícius de Freitas Teixeira. Diretrizes, desafios e potencialidades para uma cultura Legística: o que podemos aprender com os guias da França e da Suíça? In: SOARES, Fabiana de Menezes; KAITEL, Cristiane Silva; PRETE, Esther Kulkamp Eyng (org.). *Estudos em Legística*. Florianópolis: Ed. Tribo da Ilha, 2019.

MACEDO, Paulo Sérgio Novais de. Democracia participativa na constituição brasileira. *Revista Informação Legislativa*. Brasília. a. 45, nº 178 abr./jun. 2008. Disponível em: [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/45/178/ril\\_v45\\_n178\\_p181.pdf/at\\_download/file](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/45/178/ril_v45_n178_p181.pdf/at_download/file)> Acesso em: 24 de julho de 2020.

MACHADO, Máira Rocha; PIRES, Álvaro Penna. Análise das Justificativas para a Produção de Normas Penais. In: *Projeto Pensando o Direito*. Série nº. 32/2010. Brasília: Ministério da Justiça e Fundação Getúlio Vargas, 2010.

MADER, Luzius. A avaliação legislativa: uma nova abordagem do direito. *Legislação: Cadernos de Ciência da Legislação*, Oeiras, Portugal, n. 1, abr./jun. 1991, pp. 39-49.

\_\_\_\_\_. *Evaluating the effect: a contribution to the quality of legislation*. *Statute Law Review*. 2001, pp. 119–131.

\_\_\_\_\_. *Evaluation of Legislation. Contribution to the quality of legislation*. *Legislationline*, 2001. Disponível em: <<http://www.legislationonline.org/documents/id/15216>>. Acesso em: 17 de novembro de 2019.

\_\_\_\_\_. *Improving legislation by evaluating its effects: the Swiss experience*. In: PITARCH, Ismael E. (Org.). *Legislador i tècnica legislativa*. Barcelona: Publicacions del Parlament de Catalunya, 2003.

\_\_\_\_\_. *Prospective evaluation and regulatory impact analysis: do they make laws better?* Legislação. Cadernos de Ciência de Legislação, n.º 42/43, 2006.

MARCILLA CÓRDOBA, Gema. *Proportionality in Lawmaking: An Attempt of Justification in the Light of both a Constitutionalist and an Argumentative Conception of Law*. In: OLIVER-LALANA, A. Daniel (Ed.), *Conceptions and Misconceptions of legislation* (Legisprudence Library Book 5). Switzerland: Springer, 2019.

MARTÍN CASALS, Miguel. *Preámbulo y disposiciones normativas*. In: GRETEL (Grupo de Estudios de Técnica Legislativa). *La forma de las leyes. 10 estudios de técnica legislativa*. Barcelona: Bosch, 1986.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Teoria da Legislação e Controle de Constitucionalidade: algumas notas*. Revista Jurídica Virtual - Brasília, vol. 1, n. 1, maio 1999. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/viewFile/33/26>>. Acesso em: 02 de abril de 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENEGUIN, Fernando B.; BIJOS, Paulo Roberto Simão. *Avaliação de Impacto Regulatório – como melhorar a qualidade das normas*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas, março/2016, Texto para Discussão n.º 193. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/TD193>>. Acesso em: 20 de maio de 2020.

MORAIS, Carlos Blanco de (Coord.). *Guia de avaliação de impacto normativo*. Ed. Almedina, 2010.

\_\_\_\_\_. *Manual de Legística: critérios científicos e técnicos para legislar melhor*. Ed. Verbo, 2007.

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

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

NIETO MARTÍN, Adán. *Un triángulo necesario: ciencia de la legislación, control constitucional de las leyes penales y legislación experimental*. In: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, año VI, n.º 07, Agosto de 2016.

OLIVER-LALANA, A. Daniel. *Las razones de la producción del derecho: argumentación constitucional, argumentación parlamentaria y argumentación en la selección de jueces*. In:

CARDINAUX, Nancy; CLÉRICO, Laura; D'AURIA, Aníbal (Coord.), Buenos Aires: Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2006, pp. 139-166.

\_\_\_\_\_. *Legislative Deliberation and Judicial Review: between Respect and Disrespect for Elected Lawmakers*. In: OLIVER-LALANA, A. Daniel (Ed.), *Conceptions and Misconceptions of legislation (Legisprudence Library Book 5)*. Switzerland: Springer, 2019.

\_\_\_\_\_. *Ponderación y racionalidad legislativa: la argumentación parlamentaria como argumentación jurídica*. Anuario. Area socio jurídica: Facultad de Derecho - Universidad de la República (Uruguay), n° 2, 2005, pp. 105-120.

PALMA, Maria Fernanda. O argumento criminológico e o princípio da necessidade da pena no juízo de constitucionalidade. *JULGAR*, n° 29. Ed. Almedina, 2016.

PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. *La interacción entre los medios de comunicación social y la política criminal en las democracias de masas*. Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico, n° 24, 2018, pp. 92-115.

\_\_\_\_\_. *Vademécum del legislador racional (y decente): noventa reglas para una buena praxis legislativa en materia penal*. Libertas: Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales 2, 2014, pp. 347- 396.

PAULA, Felipe de; ALMEIDA, Guilherme Alberto Almeida. Avaliação legislativa e Projeto Pensando o Direito: uma afortunada aproximação. In: *O papel da pesquisa política legislativa: metodologia e relato de experiências do Projeto Pensando o Direito*. Brasília: Ministério da Justiça, 2013, p. 34-35.

PORTO, Maria Helena Grossi. Violência e meios de comunicação de massa na sociedade contemporânea. In: *Sociologias: Porto Alegre*, ano 4, n° 8, jul./dez. 2002.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Política criminal – Novos desafios, velhos rumos. Universidade Lusíada. Direito. Lisboa, série II, n° 03, 2005.

RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, Samuel. *Efectividad, eficacia y eficiencia de la ley penal*. In: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, año VI, n° 07, Agosto de 2016, pp. 134-142.

SCALCON, Raquel Lima. Avaliação de impacto legislativo: a prática europeia e suas lições para o Brasil. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 54, n. 214, abr./jun. 2017, pp. 113-130. Disponível em: <[http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril\\_v54\\_n214\\_p113](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p113)>. Acesso em: 28 de março de 2019.

\_\_\_\_\_. *Controle constitucional de leis penais: da prognose legislativa sobre os efeitos potenciais e concretos da lei penal aos deveres do seu monitoramento e de melhoria da lei penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

\_\_\_\_\_. *Rationality of the legislative process as a Material Element in Constitutional Control*. In: RphZ Rechtsphilosophie, pp. 88 – 98, RphZ, Volume 5, 2019.

SIECKMANN, Jan-R. *Legislation as balancing*. In: OLIVER-LALANA, A. Daniel (Ed.), *Conceptions and Misconceptions of legislation (Legisprudence Library Book 5)*. Switzerland: Springer, 2019.

SOARES, Fabiana de Menezes. *Legística e desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro da otimização de uma legislação melhor*. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, v. 50, 2007, jan./jun.

\_\_\_\_\_. *Teoria da Legislação: formação e conhecimento da lei na idade tecnológica*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004.

SOARES, Fabiana de Menezes; KAITEL, Cristiane Silva; PRETE, Esther Kulkamp Eyng (Org.). *Estudos em Legística*. Florianópolis: Ed. Tribo da Ilha, 2019.

SOUSA, Susana Aires de. *Argos e o Direito Penal (uma leitura “dos crimes contra animais de companhia” à luz dos princípios da dignidade e necessidade)*. *JULGAR*, n°. 32. Ed. Almedina, 2017.

TAVARES, Juarez. *Os objetos simbólicos da proibição: o que se desvenda a partir da presunção de evidência*. Disponível em: <<http://www.opet.com.br/faculdade/revista-anima/pdf/anima5-Seleta-Externa/Juarez-Tavares.pdf>>. Acesso em: 25 de junho de 2020.

VIEIRA, S. S. Eduardo. *Desafios e estratégias para a implantação da avaliação de impacto legislativo*. In: MENEGUIN, Fernando B.; SILVA, Rafael Silveira e. (Org.). *Avaliação de impacto legislativo: cenários e perspectivas para sua aplicação*. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017.

WEFFORT, Francisco. *O Populismo na política brasileira*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003.

WINTGENS, Luc J. *Legisprudence: Practical Reason in Legislation*. Farnham: Ashgate, 2012.

\_\_\_\_\_. *The Rational Legislator Revisited. Bounded Rationality and Legisprudence*. In: *The Rationality and Justification in of Legislation: Essays in Legisprudence*. (Legisprudence Library). Hardcover – Switzerland: Springer, 2013 pp. 1-31.

WINTGENS, Luc J; OLIVER-LALANA, A. Daniel (Eds). *Rational Lawmaking and legislative reasoning in Parliamentary debates*. In: *The rationality and justification of legislation. Essays in Legisprudence*. Dordrecht, Springer, 2013, pp. 135-184.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. A questão criminal. Tradução de Sérgio Lamarão. 1 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.