

RACIONALIDADE LEGISLATIVA EM MATÉRIA PENAL: PROPOSTA DE UM MODELO DE ELABORAÇÃO DAS LEIS PENAIIS EXPANSIVAS DO PODER PUNITIVO

*LEGISLATIVE RATIONALITY IN CRIMINAL MATTERS:
PROPOSAL OF A MODEL FOR THE ELABORATION OF
EXPANSIVE CRIMINAL LAWS OF PUNITIVE POWER*

MARCOS AFONSO JOHNER

Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do
Rio Grande do Sul – PUCRS (2021).

Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/8575513096222713>].

ORCID: [<https://orcid.org/0000-0002-9281-4356>].

marcosjohner@yahoo.com.br

DOI: [<https://doi.org/10.54415/rbccrim.v197i197.218>].

Recebido em: 20.04.2022

Aprovado em: 01.12.2022

Última versão do (a) autor (a): 20.12.2022

ÁREAS DO DIREITO: Penal; Constitucional

RESUMO: O artigo propõe um modelo de elaboração das leis penais expansivas do poder punitivo. Para tanto, explica a importância em estruturar mecanismos de controle da criação das leis penais. Em seguida, estipula quatro níveis de racionalidade (ético-constitucional, teleológica, pragmática e sistemática) que as leis penais devem observar. Por fim, procura operacionalizar os níveis de racionalidade nas fases do processo legislativo (pré-legislativa, legislativa e pós-legislativa). À guisa de conclusão, considera que o modo e a forma de condução do processo legislativo condicionam a racionalidade da lei penal.

ABSTRACT: The article proposes a model for the elaboration of expansive penal laws of punitive power. To this end, it explains the importance of structuring mechanisms to control the creation of criminal laws. Then, it stipulates four levels of rationality (ethical-constitutional, teleological, pragmatic and systematic) that criminal laws must observe. Finally, it seeks to operationalize the levels of rationality in the stages of the legislative process (pre-legislative, legislative and post-legislative). By way of conclusion, it considers that the mode and manner of conducting the legislative process condition the rationality of criminal law.

PALAVRAS-CHAVE: Racionalidade legislativa – Lei penal – Poder Legislativo – Processo legislativo – Avaliação de impacto legislativo.

KEYWORDS: Legislative rationality – Criminal law – Legislative power – Legislative Process – Regulatory impact assessment.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A racionalidade legislativa em matéria penal. 3. Os níveis de racionalidade legislativa. 3.1. A racionalidade ético-constitucional. 3.2. A racionalidade teleológica. 3.3. A racionalidade pragmática. 3.4. A racionalidade sistemática. 4. As fases do processo legislativo. 4.1. A fase pré-legislativa. 4.2. A fase legislativa. 4.2.1. A Comissão de Segurança Pública e a Comissão de Finanças e Tributação. 4.2.2. A Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. 4.3. A fase pós-legislativa. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Tradicional na vida política brasileira, as “leis para inglês ver” nasceram no período colonial, passaram pelo Império e se perpetuaram no tempo, permanecendo em voga na rotina legislativa nacional.¹ Apesar disso, verifica-se escassa atenção

1. Embora a expressão tenha sido cunhada no período imperial, por ocasião da “Lei Feijó”, de 7 de novembro de 1831, que, apesar de ter declarado “livres todos os escravos vindos de fora do Império”, na prática não foi cumprida, a tendência de as leis “não pegarem” no Brasil parece advir da experiência colonial. Por exemplo, o Alvará de 30 de julho de 1609 determinava que aos índios fosse atribuído um “justo salário”, exigência que pressupõe o trabalho livre. Dizia, textualmente, o documento luso: “E para se atalharem os grandes excessos, que poderá haver, se o dito cativo em algum caso se permitir, para de todo se cerrar a porta a isto, com o parecer dos do meu Conselho, mandei fazer esta Lei, pela qual declaro todos os gentios d’aquellas partes do Brazil por livres, conforme a Direito, e seu nascimento natural, assim os que já forem baptizados, e reduzidos á nossa Santa Fé Catholica, como os que ainda viverem como gentios, conforme a seus ritos, e ceremonias; os quaes todos serão tratados, e havidos por pessoas livres, como são; e não serão constrangidos a serviço, nem a cousa alguma, contra sua livre vontade; e as pessoas, que delles se servirem nas suas fazendas, lhes pagarão seu trabalho, assim, e da maneira, que são obrigados a pagar a todas as mais pessoas livres, de que se servem” (cf. em SILVA, 1854, p. 303). No entanto, a prática dos descimentos, *e.g.*, fez com que os povos indígenas fossem aldeados nas vizinhanças dos portos, das vilas e das cidades. Nesses lugares, eles pereciam aos montes, em decorrência da má alimentação, do trabalho forçado e da exposição a um ambiente epidemiológico que lhes era hostil. Na prática, a maior parte dos textos que proibiam o cativo indígena não produziu efeitos; cf. Alencastro (2000, p. 120). A questão agrária também apresentou bastantes particularidades: “Os legisladores metropolitanos acreditaram, durante todo o período colonial, na possibilidade de determinar os rumos da apropriação territorial por meio, primeiro, da transposição da legislação do Reino para a Colônia e, segundo, da elaboração de uma copiosa legislação específica, visando ‘corrigir’ os desvios que a aplicação do

voltada ao estudo da criação das leis, considerando que o modo de ensino jurídico tende a tomar como ponto de partida o Direito já posto e a partir dele elaborar categorias dogmáticas. Em contextos de populismo e expansionismo punitivo, parece surgir a sensação de que a criação de novos tipos penais, o aumento das penas, o recrudesimento do regime de execução penal e a flexibilização das garantias processuais consistem, por si sós, em medidas necessárias e adequadas a combater a criminalidade. Num cenário como esse, que tende a demandar respostas cada vez mais rápidas às disfunções sociais, o processo de criação da lei penal pode ignorar questões técnicas e de impacto social e orçamentário, inserindo-as no ordenamento jurídico sem estudos que demonstrem sua necessidade e adequação.

Diante desse problema, assume-se a hipótese provisória de que o modo e a forma com que o legislador conduz o processo legislativo condicionam a racionalidade e, consequentemente, a legitimidade da lei penal expansiva do poder punitivo, assim entendida aquela que, de qualquer forma, amplie o raio de intervenção penal ou implique restrições ao direito geral de liberdade, a exemplo das leis que criam novos tipos penais ou modifiquem a estrutura típica de um já existente; aumentem a pena cominada ao delito; recrudesçam o regime de execução penal; suprimam determinados direitos até então previstos em lei; e flexibilizem as garantias processuais penais. Dessa maneira, o modelo que será proposto restringe-se, por ora, às leis penais expansivas do poder punitivo.

O objetivo geral do artigo consistirá em propor um modelo que vincule o legislador a determinados parâmetros de racionalidade legislativa, ao desempenhar a tarefa que a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB, de agora em diante) lhe assigna. Para testar a hipótese, partir-se-á dos seguintes objetivos específicos, que coincidirão com os tópicos de desenvolvimento do texto: explicitar a importância de um modelo de racionalidade legislativa em matéria penal (2); ordenar os níveis de racionalidade que condicionarão a atividade do legislador à elaboração das leis penais (3); e, por fim, analisar o funcionamento do processo legislativo e quais os deveres que incumbem ao legislador em sua condução, a fim de operacionalizar os níveis de racionalidade (4).

Como destacava Nunes Leal (1945, p. 430), “quem faz a lei é como se estivesse acondicionando materiais explosivos”. No cotidiano do universo penal, o legislador pode preparar os materiais explosivos sem se preocupar, em grande parte dos casos,

sistema sofrera” (SILVA, 2008, p. 83). Noutras palavras, as autoridades coloniais pensavam que a lei solucionaria os problemas agrários, sem intervir, contudo, na realidade social e econômica para alterar o panorama.

com os seus potenciais destrutivos. Atirando-os para todos os lados, fará com que sobre apenas os destroços de uma política legislativa nefasta, corrosiva das estruturas sociais e produtora de mais desigualdades. É preciso lembrar que “a legislação não opera no vazio, ela se insere em um sistema jurídico e atua sobre a realidade” (SOARES, 2009, p. 63). A criminalização primária já costuma estar endereçada a determinados setores e a criminalização secundária trata de capturá-los. Como assinala Hassemer (2003, p. 16), o Poder Legislativo tem, num Estado com divisão de poderes, uma função condutora e de delimitação dos demais poderes, exercida mediante a lei. Dessa maneira, as atividades das demais instituições envolvidas com o sistema de justiça penal (polícia, Ministério Público, Poder Judiciário, agentes de execução penal) estão vinculadas aos ditames legais. Por isso a importância em estabelecer parâmetros de racionalidade, que condicionem a atividade do legislador a determinadas pautas para a edição de leis penais.

2. A RACIONALIDADE LEGISLATIVA EM MATÉRIA PENAL

A refinada dogmática do Direito Penal, elaborada a partir do direito positivo, parece dever boa parte de suas categorias à chamada jurisprudência dos conceitos, devota à ficção do “legislador racional”. Segundo Nino (1980, p. 73-74), presume-se, implicitamente ou explicitamente, que o legislador possui atributos divinos, sendo considerado *consciente* das normas que emite e das demais normas do sistema; *onisciente* em relação ao conhecimento de todas as circunstâncias fáticas abarcadas pelas normas; *justo*, ao pensar que ele conferiu às normas formuladas o significado mais alinhado às exigências axiológicas; *coerente*, já que a sua vontade não pode se autocontradizer; *onicompreensivo*, não deixando de regular nenhuma situação jurídica; *econômico*, ao não promulgar normas redundantes; *operativo*, por não ditar normas ineficazes; *preciso*, no sentido de que a sua vontade tem direção unívoca, independentemente das imperfeições da linguagem que acidentalmente utilize.

A atividade de deduzir conceitos do direito positivo e, a partir deles, elaborar categorias dogmáticas para uma aplicação mais racional do direito vigente parece ter deixado em segundo plano a racionalidade da criação da lei.² Os juristas, “na busca por uma ilusória neutralidade política e um pretense incremento da racionalidade,

-
2. Mader (2009, p. 46) fala num *idealismo normativo*, abordagem jurídica por muitos anos predominante, que se baseava “na premissa de que as leis serão feitas segundo um modelo normativo e produzirão, portanto, automaticamente, os resultados que supostamente deveriam produzir. A nova abordagem, por sua vez, leva em consideração o contexto anterior à tomada da decisão legislativa, tentando, dessa forma, estabelecer e avaliar qual será o seu efeito real, o seu impacto sobre a realidade social”.

decidem limitar seus estudos e suas contribuições conceituais à aplicação do Direito” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 72 e p. 101). Na crítica de Baratta (2002, p. 154), “[...] pondo de lado a própria ciência social burguesa, os regimes fascistas mostraram também preferirem um tipo de jurista sociologicamente desinformado e portador de uma ideologia atrasada, compatível, embora nem sempre idêntica, com a ideologia oficial do fascismo”. Nesse contexto, a criação do Direito tende a ser vista como coisa de políticos, “que no precisa de grandes elaboraciones conceptuales, en todo caso a desarrollar por filósofos del derecho, y que el jurista todo lo más debe aportar ocasionalmente cierta colaboración técnicojurídica” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2001, p. 488).

Além disso, segundo Nino (1989, p. 31), a aceitação [passiva] do direito positivo, pelo jurista, apresenta algumas características específicas: *a)* o jurista avalia o que outra pessoa, no caso, o legislador, prescreveu; *b)* diante disso, recomenda ou aconselha aos juízes que apliquem o direito positivo da maneira como foi sancionado pelo legislador, exercendo um papel de guia da atividade judicial e indicando aos órgãos jurisdicionais qual deve ser a solução correta para determinados casos. Daí resulta que os dogmáticos e, em especial, os dogmáticos do Direito Penal não raro se limitam a uma descrição objetiva do direito positivo, recebendo como legítimas as normas legislativas pelo simples fato de possuírem tal característica, ou seja, por derivarem de órgãos competentes para elaborá-las (NINO, 1989, p. 32).

Como destaca Becerra Muñoz (2013, p. 153-154), os *experts* em matéria criminal não podem ser excluídos da atividade político-criminal e conformar-se em ratificar ou retificar as decisões legislativas. Daí a importância de retomar a discussão e a crítica ao Direito Penal a partir de sua criação. Afinal, é principalmente por intermédio das leis penais,³ responsáveis por definir as condutas puníveis e as sanções que lhes são aplicáveis, bem como as regras processuais de verificação do fato punível, que o poder de punir começa a entrar em exercício. Com efeito, o Direito Penal consiste no exercício de um poder, que, se não for contido, tende a expandir-se; por isso, “não se pode assumir o arbítrio irracional do legislador e tentar matizá-lo com princípios limitadores no momento da aplicação do Direito”; parece necessário submeter o legislador, desde o início de sua atividade, “a critérios racionais de legislação, prevendo os meios jurídico-políticos para isso” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016,

3. Falou-se, nos últimos anos, de “crise da lei”, com o que se quis expressar a perda de centralidade que a lei ocupa no sistema jurídico desde o início do modelo liberal de Estado, devido a causas diversas, que aqui não convém analisar; cf. Díez Ripollés (2001, p. 485). Observação que não afasta a importância da lei, sobretudo em matéria criminal, antes nos obriga a rediscutir a importância do princípio de legalidade e a sua concretização legislativa.

p. 101). Lembrando-se, ademais, que conter o Direito Penal não significa, necessariamente, não criminalizar ou não punir, mas, sim, estabelecer critérios racionais que permitam um controle intersubjetivo das condutas dos atores envolvidos no exercício do aparato punitivo. Como destaca Atienza (2000, p. 35), “el objetivo de la teoría de la legislación no es sólo describir, sino también explicar y proponer procedimientos que supongan un incremento de racionalidad con respecto a la práctica legislativa existente”. Os próximos tópicos terão a finalidade de apresentar um modelo de racionalidade de criação das leis penais,⁴ a partir dos níveis que devem ser observados e de sua respectiva concretização nas fases do processo legislativo.

3. OS NÍVEIS DE RACIONALIDADE LEGISLATIVA

Para avaliar o trabalho do legislador em matéria penal, parece necessário estabelecer uma série de exigências de racionalidade, que condicionem o *iter* legislativo a determinados parâmetros relacionados às pautas éticas, teleológicas, pragmáticas e sistemáticas da lei. Como destaca Ruivo (2018, p. 588-589), a falta de orientação científica no processo legislativo acarreta problemas práticos significativos, tais como o perigo de ampliação excessiva do âmbito de intervenção penal (desnecessidade da intervenção penal); o perigo de aumento da ineficácia da legislação penal (inadequação da intervenção penal); e o perigo de mais gravames sociais do que benefícios com a intervenção penal (desproporção da intervenção). Apresentaremos, na sequência, uma tentativa de racionalizar as pautas de intervenção penal a partir de diferentes níveis, em ordem escalonada de concretização e aperfeiçoamento das exigências indispensáveis à legislação penal.

3.1. A racionalidade ético-constitucional

Do ponto de vista da racionalidade ética, o sistema jurídico é visto como um conjunto de normas ou comportamentos passíveis de avaliação segundo determinadas pautas éticas, cuja unidade axiológica gira em torno de valores como a liberdade, a igualdade e a justiça (ATIENZA, 1997, p. 39).⁵ Eles são reflexos jurídicos da CRFB,

4. Por “leis penais” entende-se qualquer medida legislativa relacionada com o tema criminal (direito penal material e processual, execução penal, organização judiciária etc.). O trabalho dará mais ênfase às leis penais materiais, que versam sobre a definição da conduta punível e da sanção que lhe é aplicável.
5. Convém destacar que Atienza posiciona a racionalidade ética em seu sistema como o quinto e último nível de racionalidade. Preferimos seguir a orientação de Díez Ripollés e situar a racionalidade ética no primeiro nível, justamente porque os princípios éticos devem

que, enquanto documento máximo da organização jurídico-política nacional, reflete os valores passados, atuais e vindouros que, em processo de movimento e de adaptação contínuos, buscam atender aos interesses e à realidade da população nacional. O núcleo dos valores constitucionais que norteiam a pauta ética a ser seguida pelo legislador, sobretudo em matéria penal, advém dos fundamentos e objetivos republicanos, notadamente da dignidade da pessoa humana e dos direitos e das garantias fundamentais. Por isso, prefere-se nomear esse nível como *racionalidade ético-constitucional*, referida ao conjunto de princípios constitucionais estruturantes e irrenunciáveis à intervenção penal, cabendo-lhes a tarefa de estabelecer limites à atividade legislativa na delimitação das condutas puníveis e das sanções que lhes são aplicáveis, além das regras de verificação processual do fato punível. Portanto, a lei penal será considerada irracional desde o ponto de vista das pautas ético-constitucionais quando não atender aos princípios que delas emanam.

O princípio da legalidade é o ponto nodal de toda a estrutura do fato punível, da sanção que lhe é aplicável e das regras processuais de verificação. Na perspectiva do direito material, não há crime sem lei anterior que o defina nem pena sem prévia cominação legal (art. 5º, XXXIX, CRFB). Percebe-se que a disposição constitucional vincula o princípio da legalidade tanto à conduta punível quanto à pena que lhe é cominada. O plano da racionalidade ético-constitucional opera de maneira negativa (ATIENZA, 1997, p. 39), impondo restrições ao poder de punir no sentido de informar ao legislador aquilo que *não pode ser criminalizado* e as penas que *não podem ser aplicadas*. Na dimensão do fato punível, o compromisso ético-constitucional impede o legislador de, v.g., proibir autolesões, imoralismos, modos de vida, opções religiosas, atitudes internas ou, no geral, condutas que não transcendam à esfera da vida pessoal do indivíduo. Na dimensão da sanção jurídica, as pautas ético-constitucionais proíbem o legislador de cominar penas de morte, salvo no caso de guerra declarada, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis (art. 5º, XLVII, CRFB); de punir pessoa diversa daquela que praticou o fato (art. 5º, XLV, CRFB). Além disso, demanda a individualização da pena pelo legislador, cabendo-lhe determinar as margens mínimas e máximas (art. 5º, XLVI, CRFB). De um modo geral, a racionalidade ético-constitucional orienta que a criminalização

condicionar todos os demais níveis de racionalidade. O que não significa que a nossa proposta coincidirá totalmente com a de Díez Ripollés, pois ainda não estamos muito certos da viabilidade de vincular a racionalidade ética ao sistema de crenças, cultural e historicamente condicionado, que sustenta determinada coletividade, o que, na proposta do autor, levaria a legislação penal, enquanto mecanismo de controle social, a garantir a “ordem de convivência social”, cf. Díez Ripollé (2016, p. 91 et seq. e p. 108 et seq.).

e a punição de determinado fato não instrumentalizem o ser humano para a consecução de fins de mera ordenação social.

A legalidade processual é decorrência imediata da cláusula do devido processo legal, *conditio sine qua non* para a privação da liberdade (art. 5º, LIV, CRFB). O poder de julgar é uma atividade exclusiva do Estado-Juiz,⁶ vale dizer, a individualização e a aplicação das penas cominadas em lei incumbem ao Poder Judiciário. No entanto, isso depende da estrita observância de uma série de direitos e garantias processuais, indispensáveis para a legalidade do exercício do poder de julgar. Como enfatiza Díez Ripollés (2016, p. 148-149), pouco adiantaria enumerar toda a série de princípios ético-constitucionais relativos à conduta punível e à sanção e ignorar os critérios que o ordenamento jurídico estabelece para a verificação do fato imputado. A CRFB estabelece uma série de regras que, uma vez alocadas no rol dos direitos fundamentais, têm (ou pelo menos deveriam ter) aplicabilidade imediata, condicionando a atividade do Estado para legislar em matéria processual penal.

Da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CRFB), por exemplo, irradia uma regra de julgamento, “determinando que a carga da prova seja inteiramente do acusador” (LOPES JR., 2017, p. 96-97), o que coloca fundadas dúvidas a respeito da constitucionalidade do art. 156 e do art. 385, ambos do Código de Processo Penal. O legislador deve conter os arbítrios judiciais, para que o juiz não substitua a acusação e viole não só a presunção de inocência como também a imparcialidade. Desse modo, os dispositivos mencionados deveriam passar por uma revisão legislativa, em razão da sua incompatibilidade com as pautas ético-constitucionais. Também condicionam a legislação processual penal, por exemplo, a exigência de respeito ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LV, CRFB) e a inadmissibilidade das provas ilícitas (art. 5º, LVI, CRFB).

O fato de denominarmos o primeiro nível como racionalidade ético-constitucional não foi por acaso. Atrémos as pautas éticas aos princípios e valores insculpidos na Constituição, acima de tudo, para fazer dos demais níveis de racionalidade concretizações suas. Estando as racionalidades teleológica, pragmática e sistemática vinculadas aos parâmetros ético-constitucionais, o descumprimento das exigências

-
6. Embora tenha ocorrido, nas últimas décadas, certa matização da estrita jurisdição, devido, em primeiro lugar, aos institutos “despenalizadores” da Lei 9.099/1995, como a composição civil dos danos e a transação penal, que consiste na aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, especificada na proposta do Ministério Público. A colaboração premiada (Lei 12.850/2013) e o recente acordo de não persecução penal (art. 28-A, CPP) também atenuaram o poder de julgar, abrindo margens de negociação da pena entre acusado e acusação. Uma análise detalhada desses institutos foge dos objetivos deste trabalho, o que justifica a omissão de maiores comentários.

desse demais níveis poderá ser objeto de análise pela Corte Constitucional, que deverá verificar se houve alguma irregularidade, formal ou material, que macule a norma promulgada com o vício de inconstitucionalidade. Isso demanda maior responsabilidade do legislador ao criar novos crimes ou modificar a estrutura típica dos já existentes, aumentar penas, recrudesce o regime de execução penal ou, ainda, criar novas regras processuais ou promover a alteração daquelas em vigência.

3.2. *A racionalidade teleológica*

A racionalidade teleológica questiona quais as finalidades do legislador ao criar uma lei penal. O Direito Penal não pode adjudicar a finalidade de educador moral das pessoas, de pacificador do convívio social, de mantenedor da paz social, tendo em vista que a coerção jurídica que lhe é característica – ou seja, a pena – parece incapaz de produzir esses efeitos.⁷ Inculcar tais objetivos implicaria expandir o Direito Penal para todos os horizontes possíveis, com vistas a assegurar o bem-estar geral da humanidade. Um delírio de grandeza que entorpece o pensamento jurídico-penal e ofusca a realidade, “fornecendo elementos irreais para o diagnóstico e, consequentemente, para o prognóstico” (CARVALHO, 2008A, p. 93).

O Direito Penal deve apenas proibir condutas consideradas perigosas e capazes de lesar ou expor a perigo de lesão determinados bens jurídicos. A norma jurídico-penal informa ao destinatário que, praticado o comportamento *x*, sucederá a sanção *y*, pretendendo dissuadi-lo de praticar a ação proibida ou motivá-lo a praticar a ação ordenada. Pela estrutura lógica que lhe é própria, a norma jurídico-penal contém uma espécie de poder condigno (GALBRAITH, 1980), já que procura obter a submissão por intermédio da ameaça da pena. Portanto, ao criminalizar determinada conduta, o legislador tem como objetivo proteger o bem jurídico tutelado pelo tipo penal, o que pretende conseguir mediante a dissuasão representada pela ameaça da pena. Com efeito, a medida legislativa é adotada para responder a um ou mais problemas previamente identificados. Em âmbito penal, a disfunção geralmente está vinculada a modalidades de conduta que geram resultados ofensivos a específicos bens jurídicos. Assim as coisas, a racionalidade teleológica demanda que o

7. “A imposição da pena, vale repetir, não passa de pura manifestação de poder, destinada a manter e reproduzir os valores e interesses dominantes em uma dada sociedade” (KARAM, 1996, p. 82). Não por acaso, entre nós, “as elites dirigentes, primeiro lusitanas, depois luso-brasileiras e, afinal, brasileiras, viveram sempre e vivem ainda sob o pavor pânico do alçamento das classes. Boa expressão desse pavor pânico é a brutalidade repressiva contra qualquer insurgência e a predisposição autoritária do poder central, que não admite qualquer alteração da ordem vigente” (RIBEIRO, 1995, p. 23-24).

legislador identifique, em primeiro lugar, qual o bem jurídico que ele pretende proteger. Afinal, se o objetivo da lei penal é evitar menoscabos a bens jurídicos, nada mais razoável do que exigir do legislador a correta identificação do objeto de tutela.⁸

O bem jurídico passa a ser entendido como delimitador da norma (TAVARES, 2019, p. 214) e orientador da construção do tipo penal, reforçando a exigência de legalidade em sua acepção material. A justificação dos fins, sobretudo em se tratando de assunto relativo à matéria penal, deve advir de uma justificação ético-constitucional, acorde com as diretrizes já traçadas no primeiro nível (ATIENZA, 1997, p. 38). Desse modo, questiona-se até onde o ordenamento jurídico está disposto a ir para proteger certo bem jurídico à custa da restrição à liberdade individual (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 75), bem como até que ponto a perseguição desses fins encontra-se de acordo com os princípios ético-constitucionais. A pessoa humana constitui o fim último do ordenamento jurídico e não pode ser instrumentalizada para a consecução dos objetivos estatais. A criminalização e a penalização de uma conduta não podem ultrapassar essa barreira, pois, caso contrário, serão consideradas irracionais e, em última análise, inconstitucionais.

-
8. O limitado espaço deste artigo não permite entrar na discussão a respeito da teoria e do que se entende por bem jurídico, o que demandaria um trabalho à parte. No mais, é interessante o estudo publicado pela série “Pensando o Direito” acerca do recurso à noção de bem jurídico nas Justificativas dos projetos de lei. Os pesquisadores responsáveis pelo estudo notaram que as menções explícitas ao bem jurídico ou indicavam um argumento formal de seleção dos comportamentos criminalizáveis ou para indicar um ou mais objetos de proteção. Mencionou-se a PEC 524/2006, que objetivava acrescentar ao art. 5º da CRFB o seguinte inciso: “LXXVIII – Não há crime quando o agente pratica fato cuja lesividade é insignificante”. Nas justificativas da PEC, afirmou-se que “o Direito Penal somente deve agir até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico, não se ocupando de bagatelas”. Os pesquisadores que analisaram a justificativa chegaram à conclusão de que “este trecho torna bastante visível este caráter instrumental e vazio da idéia de bem jurídico: dependendo do conteúdo atribuído a esta noção a *mensagem* altera-se substancialmente. Diante dessa Justificativa, não há como afirmar que a noção de bem jurídico servirá ao propósito de limitar as hipóteses de criminalização. A utilização dessa expressão desloca-se para a discussão sobre quais elementos devem ou não fazer parte desta cesta”. Além disso, na maioria dos casos analisados pela pesquisa, “a referência a um objeto de proteção serviu a basicamente três propósitos: (i) aumentar as penas de crimes já existentes, (ii) criminalizar novas condutas que, até então, não eram tidas como crimes e (iii) modificar normas gerais com o intuito de ampliar a esfera de atuação do direito penal”. A conclusão da pesquisa, ao relacionar as Justificativas que veiculam objetos de proteção ao conteúdo das propostas e projetos de alteração legislativa, é de que “essa menção não atuou como forma de limitar o poder de punir ou de conter a ampliação do rol de crimes”; cf. em Pires, (2010, p. 40-41 e p. 46-47). O que não significa abandonar o bem jurídico como referencial teórico, antes demanda melhorar os seus contornos e achar caminhos para possibilitar a sua aplicabilidade prática, a exemplo da proposta de vinculá-lo à racionalidade teleológica.

Além do mais, do ponto de vista da racionalidade teleológica, a intervenção penal deve ser necessária.⁹ A necessidade envolve um exame que aponta que os demais setores do ordenamento jurídico, como o Direito Civil, Administrativo ou Tributário, são insuficientes para assegurar, por si sós, a proteção do bem jurídico. Em sentido inverso, se tais ramos do Direito puderem tutelar o valor e, em caso de transgressão à norma, as suas sanções forem suficientes para reprimir o ilícito, então será desnecessária a intervenção penal. Por exemplo, constitui crime, punido com detenção, de um a seis meses, ou multa, “deixar de entregar ao consumidor o termo de garantia adequadamente preenchido e com especificação clara de seu conteúdo” (art. 74 do CDC). A proteção do bem jurídico – aliás, de difícil ou duvidosa identificação, já que a “relação de consumo” constitui mais uma função do que um bem jurídico – pode muito bem ocorrer pela via administrativa, mediante a aplicação de multas pelo Procon. Nesse caso, a intervenção penal é desnecessária, já que outras medidas podem ser adotadas para atender aos fins sociais que exigem a resolução do problema (não entrega do termo de garantia).¹⁰

Em suma, trata-se, ao nível da racionalidade teleológica, “da constatação de que o direito penal é disciplina jurídica indispensável para a tutela do valor, diante da incapacidade de outras disciplinas do direito”, sendo “preciso demonstrar a específica necessidade do direito penal em razão das suas características e dos instrumentos que efetivamente dispõe para cumprir as finalidades não alcançadas por outras áreas do direito” (RUIVO, 2018, p. 606).¹¹ Portanto, a lei penal será teleologicamente irracional na medida em que os objetivos perseguidos não parearem com as pautas

9. Caupers; Almeida e Guibentif (2014, p. 75) situam a necessidade no âmbito da “escolha das opções”, tendo lugar depois da identificação do problema e da definição dos objetivos da lei. Tudo isso deverá constar nas justificativas do projeto de lei, que, posteriormente, orientarão a atividade legislativa (cf. *infra*, 4). A antecipação do critério da necessidade ao da adequação visa adiantar quais as medidas disponíveis para tratar o problema e concretizar os objetivos estabelecidos, permitindo avaliá-las e verificar, no nível da racionalidade pragmática, qual a mais adequada. Aqui já se pressupõe que a intervenção penal tenha sido considerada necessária; logo, no juízo de adequação, caberá avaliar qual a pena mais indicada para a tutela do bem jurídico, qual o seu grau de proteção (técnica de tutela de dano ou de perigo) etc. Trata-se de ajustar as possibilidades de real cumprimento da lei para sanar o problema identificado e concretizar os objetivos propostos.
10. A escolha do crime previsto no art. 74 do CDC para servir como exemplo foi aleatória, sem obedecer a um critério específico. Preferiu-se utilizar, aqui como em outros lugares do texto, delitos variados, sem uma categorização comum, mas que se ajustam ao contexto do argumento ao qual estão relacionados.
11. O autor não se refere especificamente à racionalidade teleológica, tampouco a sua proposta coincide integralmente com a nossa.

ético-constitucionais, por instrumentalizarem a pessoa humana e reduzirem o seu espaço de liberdade geral, tutelando bens jurídicos em casos nos quais é suficiente a intervenção de outros setores do ordenamento jurídico.

3.3. A racionalidade pragmática

Do ponto de vista da racionalidade pragmática, deve-se indagar se a intervenção penal é adequada para dissuadir o destinatário da norma a omitir a conduta proibida ou a praticar a conduta ordenada e assim garantir a proteção do bem jurídico tutelado. Como destaca Márquez (2005, p. 143), a qualidade da lei “no depende sólo de su perfección externa o formal, sino de su idoneidad para alcanzar los objetivos que se persiguen con su aprobación”. Nessa linha, a racionalidade pragmática “tem por missão ajustar os objetivos traçados pela racionalidade teleológica às possibilidades reais de intervenção social que estão ao alcance da correspondente decisão legislativa” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 94). Destarte, para alcançar a dissuasão, a norma jurídico-penal deve cumprir, conforme Díez Ripollés (2016, p. 94), algumas exigências, tais como: *a*) o mandato ou a proibição devem ser suscetíveis de cumprimento, de modo a satisfazer a função da norma como diretiva de conduta; *b*) “esteja em condições de reagir ao descumprimento do mandato ou da proibição através da *aplicação* coativa da lei, satisfazendo assim sua função como expectativa normativa”, o que se estende desde o inquérito policial até a efetiva execução da pena.¹²

Tradicionalmente, as racionalidades pragmática e linguística são analisadas em dois níveis distintos. Preferiu-se englobar a segunda no âmbito da primeira, inicialmente, porque a aptidão da norma em produzir os efeitos esperados depende da correta compreensão dos elementos do tipo penal, o que envolve questões como a clareza da redação e a inexistência de ambiguidades, de modo a permitir uma separação nítida das fronteiras do lícito e do ilícito e assim possibilitar uma comunicação clara quanto ao conteúdo normativo, concretizando-se as exigências de legalidade, tanto formal quanto material (BRUNO, 2005, p. 134; TAVARES, 2016, p. 41). Conforme Carbonell (2000, p. 210), defeitos de técnica legislativa podem levar ao não cumprimento da lei; noutras palavras, “las políticas públicas diseñadas para llevar a cabo las tareas del Estado se aplican con un menor éxito si las normas que las rigen

12. Díez Ripollés ainda acrescenta as seguintes exigências: “Seja presumível que o direito *cumprimento* da norma produza os efeitos de tutela perseguidos. A *aplicação* contrafática da norma produza indiretamente os mesmos efeitos de tutela. E a *aplicação* da norma possa ser mantida dentro da delimitação imposta pela responsabilidade e pela sanção”, (Grifos do original).

son poco claras, complicadas o contradictorias”.¹³ Além disso, levando-se em conta que “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece” (art. 3º, LINDB), bem como que “o desconhecimento da lei é inescusável” (art. 21, CP), “é preciso que a lei esteja o mais possível ao alcance de todos, para que os indivíduos não sejam demasiadamente ludibriados por aquêle princípio indispensável à segurança da ordem jurídica” (NUNES LEAL, 1945, p. 442). Para tanto, as leis devem ser redigidas de maneira clara, simples, precisa e coerente, a fim de que os destinatários não só as conheçam, mas também as entendam (MÁRQUEZ, 2005, p. 143).

Além disso, a redação do tipo penal é indispensável para identificar o modo de ofensa ao bem jurídico e, para isso, ela precisa da melhor técnica linguística possível. Como indica Hassemer (2003, p. 13), “[...] se puede tener la esperanza de que las decisiones se impongan en la vida cotidiana mediante el lenguaje, comprensión y cumplimiento”. Portanto, os aspectos pragmáticos e linguísticos encontram-se intimamente relacionados, já que a adequação da norma a produzir os efeitos almejados depende da estrutura linguística de que ela se reveste, o que parece justificar a junção procedida. Atesta-a, aliás, o fato de que a ausência de clareza textual pode, inclusive, interferir na delimitação das funções exercidas pelos Três Poderes.¹⁴

Para verificar a adequação da norma, ou seja, se ela está em condições de dissuadir os destinatários e assim evitar a ofensa ao bem jurídico, parece importante recorrer à análise de impacto social da lei e, se for o caso, de apresentar emendas ao projeto para que os contornos do tipo penal se ajustem às exigências ética e teleológica de racionalidade. De acordo com Mader (2001, p. 124), a avaliação consiste num esforço

13. A técnica legislativa é um dos campos abrangidos pela “ciência da legislação”, ao lado da teoria geral da legislação, da analítica, da tática e da metódica da legislação, conforme Márquez (2005, p. 122). A técnica legislativa pode ser definida, de acordo com Ruiz Sanz (1996-1997, p. 644), como o conjunto de procedimentos e métodos utilizado para explicar o processo de criação das normas jurídicas. Questões de técnica legislativa são deveras importantes para incrementar a exigência de racionalidade legislativa, sobretudo pragmática. Por ser um tema bastante amplo, não há como abordá-lo de maneira pormenorizada neste espaço, sugerindo-se a leitura, v.g., dos dois textos citados nesta nota.

14. “Si el legislador – por el motivo que sea – no logra expresarse con la suficiente precisión como para que el marco semántico de los conceptos que emplea sea claro, coloca al Poder Judicial, y también al Ejecutivo, en el lugar que, conforme a la división de poderes, le está reservado a él. La división de poderes deja de funcionar, porque se confunde la separación de las respectivas funciones legítimas. Uno de los poderes ocupa el campo del otro, o lo que es peor: no se sabe con exactitud dónde están los límites. Estos límites son, en buena medida, construcciones del lenguaje; con el lenguaje tiene éxito o fracasa una parte de la división de poderes” (HASSEMER, 2003, p. 15).

pragmático para melhorar os pressupostos e o conhecimento do legislador sobre os efeitos da legislação; não se procuram graus absolutos de certeza, mas, sim, informações que confirmam plausibilidade à medida a ser adotada. Os estudos empíricos são importantes na medida em que permitem analisar, segundo Soto Navarro (apud RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, 2013, p. 21), fatores tais como o grau de conhecimento e aceitação de uma norma penal; seu efeito dissuasivo; o nível de êxito ou de fracasso dos fins pretendidos; os efeitos colaterais que a nova lei poderá desencadear; a infraestrutura, além dos recursos humanos e econômicos necessários para sua correta aplicação. Sublinhe-se que, nesse momento, trata-se de um exame prospectivo, tendo como horizonte os efeitos que se espera obter com a entrada da lei em vigor.

É preciso ajustar, ademais, os níveis de proporcionalidade entre o delito e a pena nos preceitos primário e secundário da norma penal. A individualização legislativa da pena depende, em grande medida, do grau de injusto: a punição para o crime doloso deve ser mais grave do que a do crime culposos; a punição para o crime de lesão deve ser mais grave do que a do crime de perigo. O regime prisional também deverá ser distinto caso se trate de crime punido com reclusão ou detenção, e esses dois estabelecidos conforme o *quantum* da pena. Nesse cenário, a pena de reclusão, de 6 meses a 2 anos e multa, cominada ao art. 147-A, inserido pela Lei 14.132/2021 ao CP, não parece ter cumprido o critério de proporcionalidade da pena. Pelo menos em sua forma simples, trata-se de crime de menor potencial ofensivo e sujeito às normas dos Juizados Especiais Criminais, mas punido com regime carcerário mais grave.

Por fim, é preciso advertir que a norma se destina não só à população em geral, mas também ao juiz. Dessa forma, as exigências de clareza e precisão textuais à delimitação do fato típico e da sanção penal são de suma importância no momento de aplicação judicial da lei, por força do imperativo de segurança jurídica. Como o juiz está atrelado ao preceito legal, é preciso que a norma indique da maneira mais segura possível os caminhos para a sua aplicação. O crime de perseguição, além dos problemas relativos ao preceito secundário, apresenta déficits de técnica legislativa quanto à definição da conduta punível. O preceito primário do tipo contém a seguinte redação: “Perseguir alguém, reiteradamente e por qualquer meio, ameaçando-lhe a integridade física ou psicológica, restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade”. A estrutura linguística do tipo penal é defeituosa, entre outras razões, porque (a) não especifica o que se entende por “reiteradamente” (quantas vezes devem ocorrer as condutas típicas para preencher o tipo); e, (b) ao utilizar as expressões “por qualquer meio” e “de qualquer forma”, deixa a definição das condutas típicas ao arbítrio do juiz.

Outro crime com fundados indícios de irracionalidade pragmática é o de “violência institucional” (art. 15-A da Lei 13.869/2019).¹⁵ A redação do tipo penal é pouco precisa, tendo em conta que introduz conceitos até então inexistentes na legislação e não os define, com o que se afasta das exigências de legalidade. A expressão “indevida revitimização” é duplamente problemática, já que o termo “indevido” pressupõe uma operação valorativa pelo juiz, deixando ao seu encargo analisar, à luz dos elementos probatórios, quando efetivamente ocorreu situação tal. Além do mais, a legislação é pouco clara a respeito das hipóteses que configuram “revitimização”, termo que necessitaria, em primeiro lugar, da definição do que se entenderia por “vimitização”; assim, ter-se-ia conduta típica em caso no qual o réu fosse posteriormente absolvido? Outras expressões, como “desnecessários, repetitivos ou invasivos”, “estrita necessidade” e “potencialmente” também apresentam problemas de legalidade, já que abrem ampla margem de interpretação. Não menos importante, esses defeitos de técnica implicam dificuldades no campo probatório.

3.4. A racionalidade sistemática

A racionalidade sistemática diz respeito ao aspecto da sistematicidade da lei e da sua correta inclusão no universo jurídico, exigência obrigatória do princípio da segurança jurídica (MARCOS, 2005, p. 338). Por isso mesmo, já dizia Nunes Leal (1945, p. 437), “o legislador deve, tanto quanto possível, redigir as leis dentro de um espírito de sistema, tendo em vista não só a harmonia interna de suas disposições, mas também a sua colocação harmônica no conjunto das leis vigentes”. O incremento de racionalidade nesse nível pode ser obtido, como sugere Atienza (1997, p. 33), melhorando-se a técnica legislativa, sendo para isso necessário elaborar uma série de diretrizes legislativas e estabelecer oficinas técnicas nos órgãos de criação da lei. No Brasil, a Lei Complementar 95 “dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona”, contendo, por exemplo, “técnicas de elaboração, redação e alteração das

15. Art. 15-A. Submeter a vítima de infração penal ou a testemunha de crimes violentos a procedimentos desnecessários, repetitivos ou invasivos, que a leve a reviver, sem estrita necessidade: I – a situação de violência; ou II – outras situações potencialmente geradoras de sofrimento ou estigmatização: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa. § 1º Se o agente público permitir que terceiro intimide a vítima de crimes violentos, gerando indevida revitimização, aplica-se a pena aumentada de 2/3 (dois terços). § 2º Se o agente público intimidar a vítima de crimes violentos, gerando indevida revitimização, aplica-se a pena em dobro.

leis”. O art. 7º, II, da mencionada lei dispõe que “lei não conterà matéria estranha a seu objeto ou a este não vinculada por afinidade, pertinência ou conexão”. Dessa forma, não é possível dispor sobre matéria penal em lei que lhe seja estranha, apenas por economia legislativa (introduz-se um crime, por exemplo, em lei cujo objeto lhe é estranho, apenas para não precisar criar outra lei). Em resumo, “a irracionalidade jurídico-formal é característica das leis inconsistentes entre si, ou que introduzem ou deixam sem resolver incoerências no setor jurídico no qual estão inseridas, ou no conjunto do ordenamento jurídico” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 95).

4. AS FASES DO PROCESSO LEGISLATIVO

Na sequência, analisaremos a dinâmica do processo legislativo nacional e como podem ser melhorados os percursos e debates em relação à matéria penal. Há todo um caminho analítico a ser seguido, escalonado por Scalcon (2017, p. 124; cf. também MADER, 2001, p. 121-122): (1) identificação clara do problema sobre o qual se pretende atuar (diagnóstico); (2) formulação precisa do objetivo que se deseja alcançar, o que auxilia a incrementar a exigência de racionalidade teleológica; (3) ampla seleção de meios *a priori* adequados a tanto, sejam ou não jurídicos, aprimorando os debates a respeito das racionalidades teleológica e pragmática; (4) redação e apresentação do projeto de lei ao Congresso Nacional, com memoriais explicativos que identifiquem o problema encontrado e como a edição de lei penal poderia auxiliar a resolvê-lo; (5) avaliação prospectiva dos efeitos hipotéticos que se esperam com as medidas em discussão (prognóstico), sendo importantes, para tanto, os estudos de impacto social e orçamentário; (6) aprovação da legislação e entrada em vigor; (7) exame retrospectivo dos seus efeitos, momento no qual são avaliados os distintos níveis de racionalidade e seu real funcionamento; (8) correção ou emenda da lei, se for o caso, para adequá-la aos resultados encontrados pela avaliação retrospectiva.¹⁶

4.1. A fase pré-legislativa

A *fase pré-legislativa* consiste no momento antecedente ao período legislativo. Nela é que se materializam as aspirações e os interesses sociais que levam

16. Apenas invertemos as etapas 4 e 5, já que situamos as avaliações de impacto no âmbito da fase legislativa, posteriormente à apresentação do projeto de lei. No mais, também Ruivo (2018, p. 602-603) destaca que, “na elaboração do projeto de lei é necessário verificar o diagnóstico do fenômeno e o prognóstico legislativo, com base na experiência do direito comparado ou, residualmente, sobre fenômenos sociais muito semelhantes”. Cf., ainda, Salinas (2013, p. 234-235).

à apresentação do projeto de lei pelos agentes constitucionalmente legitimados. Como aduz Díez Ripollés (2016, p. 28, *passim*), os agentes sociais procuram tornar crível a existência e a necessidade de intervir diante de determinada *disfunção social*. “Por disfunção social deve-se entender, em linhas gerais, a falta de relação entre uma determinada situação social ou econômica e a resposta ou falta de resposta que a ela dá o subsistema jurídico, nesse caso o Direito Penal”. Para tanto, completa o autor, “o agente social deverá fornecer dados, reais ou fictícios, que permitam assentar as bases para uma discussão a respeito, e além disso estar em condições de suscitar essa discussão em âmbitos comunicativos relevantes na sociedade”. Tais agentes podem pertencer à institucionalidade (governo, partidos políticos), a grupos organizados, mas não institucionalizados (movimentos de proteção ao meio ambiente), a grupos pessoais (ensaístas, cientistas) e aos próprios meios de comunicação.

Considerando os vários fatores envolvidos e que acarretam o surgimento da intervenção legislativa, não é incomum que a disfunção social seja tão só aparente, levada à discussão com tal característica de maneira consciente ou não pelos atores do processo legislativo, ou simplesmente pela intenção de fazê-la passar por uma disfunção real. O controle das disfunções aparentes demanda estabelecer critérios racionais já no impulso do processo legislativo, com especial atenção para a sua *base*, que “representa os dados fáticos recolhidos pelo legislador para delimitar o problema concreto e para eleger as medidas adequadas a saná-lo” (SCALCON, 2018, p. 394).¹⁷ Como destaca Donini (2003, p. 70), dado que a lei não nasce como um programa verificado ou, ao menos, racional de controle social, em relação àqueles fenômenos que pretendia, mas que, na realidade, não sabe regular, podem surgir problemas posteriores de aplicação hermenêutica, justamente porque a medida, diante da ausência de estudos criminológicos ou sociológicos que a respaldem, não contém uma base científica adequada. Assim as coisas, os defeitos na construção da base tendem a tornar inviáveis a identificação clara da disfunção social e a seleção dos meios considerados eficazes para intervir (SCALCON, 2018, p. 394). Cenário em que podem ser verificadas inconsistências de duas ordens:

17. “Há que se distinguir, nesse particular, o *impulso legislativo* da *competência legislativa*. Embora ambos se destinem a definir o problema que receberá tratamento legislativo, o primeiro se distingue do segundo por se originar da própria sociedade, por ser provocado por pessoas, por entidades ou por grupos diversos, que exercem o direito de petição ou pressionam o órgão competente para a tomada da decisão legislativa. Já o órgão com competência legislativa é aquele que exerce a iniciativa legislativa por meio de uma determinação constitucional, podendo ou não agir em consonância com o *impulso legislativo* referido” (SALINAS, 2013, p. 235). (Grifos do original)

“Em primeiro lugar, é possível que o ‘problema’ seja falso. Noutros termos, os fatos que o compõem não existem ou talvez não tenham a gravidade afirmada pelo legislador. Em segundo lugar, é possível ter-se um ‘não problema’, decorrente da incapacidade do legislador de formular a questão problemática de modo minimamente claro. Nesse caso, o *suposto* problema pode tanto estar muito vago quanto apresentar conteúdo contraditório ou, ainda, ter limites esfumados que impedem, conseqüentemente, a edição de meios para solvê-lo. Se não há destino certo, qualquer caminho serve” (SCALCON, 2018, p. 395). (Grifos do Original)

É, sobretudo, diante de disfunções emergenciais que se podem verificar problemas de irracionalidade no impulso do projeto de lei. Não é incomum que, frente a crimes bárbaros, que provocam comoção na sociedade, o governo ou o Parlamento apresentem projetos de lei como resposta ao(s) fato(s) ocorridos, na maioria das vezes, como destaca Becerra (2016, p. 113), às pressas, impelidos pela mídia e pelos demais grupos de pressão. “As leis feitas de afogadilho, para atender a certas situações mais prementes” – já alertava Nunes Leal na primeira metade do século XX –, “são as maiores responsáveis pela mutilação dos institutos jurídicos. Nelas, o legislador tem em vista um resultado imediato a atingir e não se dá ao trabalho de estudar as repercussões que tais alterações provocam no sistema jurídico em vigor” (NUNES LEAL, 1945, p. 441). Assim, os agentes legitimados a iniciar o processo legislativo geralmente não observam o tempo adequado para realizar estudos de avaliação do impacto da lei, pois necessitam passar a impressão de que agiram rapidamente para aplacar a disfunção observada. Além do mais, a reforma da lei penal é uma medida barata e garante uma posição vantajosa (BECERRA, 2016, p. 113). Nesse contexto, ainda segundo Becerra (2016, p. 113), a resposta inicial pode influenciar seriamente as decisões posteriores – ou fases subsequentes do processo legislativo – sobre o assunto, inclusive no que toca às características e à delimitação do próprio problema.

Dessa maneira, o primeiro requisito para viabilizar um procedimento legislativo mais racional demandaria que o autor do projeto de lei detalhasse as causas da disfunção social que pretende combater e explicasse como o aparato punitivo contribuiria para enfrentar os pretensos problemas dela decorrentes. Se as decisões judiciais devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade (art. 93, IX, CRFB), parece-nos razoável também exigir do legislador ou de quem proponha o projeto de lei um mínimo de coerência, lógica e argumentação.¹⁸ Tal exigência é ainda mais

18. O art. 103 do RICD faz referência expressa à exigência de fundamentação; leia-se: “A proposição poderá ser *fundamentada* por escrito ou verbalmente pelo Autor e, em se tratando de iniciativa coletiva, pelo primeiro signatário ou quem este indicar, mediante prévia

importante nas intervenções penais, que implicam a intromissão mais drástica na liberdade individual. Para tanto, cogita-se a possibilidade de um controle preliminar dos pressupostos enunciados, que determinasse a retificação do projeto ou a sua rejeição sumária, em caso de não retificação.¹⁹

Além do mais, a racionalidade no impulso deve ser redobrada em se tratando de projeto de lei proposto pelo Poder Executivo, que, como destaca Becerra (2016, p. 110), tendo a lei como ferramenta para a consecução de suas pautas, pode colocar os critérios governamentais acima de qualquer outro aspecto. Assim, o governo tende a apresentar o seu projeto ao Parlamento sem ouvir outras opiniões além da sua, o que pode demonstrar certa prepotência governamental, sobretudo ao elaborar projetos para obter “efeitos práticos” e não “para agradar professores”. É preciso lembrar, ainda na companhia de Becerra, que a inclusão e a participação de outros atores podem contribuir com relevantes informações em tomadas de decisões político-criminais, o que, apesar de não se referir tanto ao consenso político, sim se dirige ao consenso técnico e/ou científico.

Em nível federal, o Decreto 9.191/2017 “estabelece as normas e as diretrizes para elaboração, redação, alteração, consolidação e encaminhamento de propostas de

inscrição junto à Mesa” [grifo nosso]. O emprego do verbo “poder” não transmite a ideia de faculdade, mas de requisito obrigatório. O texto apenas faculta o modo pelo qual a proposição deve ser fundamentada, ou seja, de maneira escrita ou verbal, mas não dispensa a fundamentação. No mais, segundo a crítica de Waldhoff (2016, p. 135 e p. 138), o dever geral de fundamentar imposto ao Judiciário não leva à conclusão de que igualmente se estenda ao Legislativo. O processo legislativo e a sua estreita relação com o processo político é tão específico que tornaria inadequado tratá-lo da mesma forma que os outros poderes. O legislador não subsume fatos sob regras de direito preexistentes, antes antecipa fatos da vida para estabelecer regras de direito; ou seja, é uma atividade orientada para o futuro. Sem desconsiderar a crítica de Waldhoff, entende-se que o processo legislativo também é argumentação, voltado à resolução de determinado problema. Assim as coisas, espera-se o mínimo de racionalidade no debate e a apresentação de justificativas plausíveis para a criação de leis que, se, num primeiro momento, não se destinam a um caso concreto, passarão, isso sim, a disciplinar as condutas das pessoas de todo o país, inclusive as restringindo em sua liberdade geral.

19. O art. 137 do RICD já permite à Presidência devolver ao respectivo autor qualquer proposição que “não estiver devidamente formalizada e em termos”, bem como aquela que versar sobre matéria “alheia à competência da Câmara”, “evidentemente inconstitucional” e “antirregimental”. Admite-se, ademais, que uma hipótese de “rejeição sumária” é de difícil concretização, já que a dinâmica do processo legislativo permite acordos políticos posteriores para, por exemplo, emendar a proposição e assim possibilitar a sua melhora. De todos os modos, o que se quer destacar é a necessidade de um controle qualitativo das proposições legislativas.

atos normativos ao Presidente da República pelos Ministros de Estado”. Em relação à matéria penal, o art. 10 do Decreto é claro ao dispor que

“O projeto de lei penal manterá a harmonia da legislação em vigor sobre a matéria, mediante: I – a compatibilização das novas penas com aquelas já existentes, tendo em vista os bens jurídicos protegidos e a semelhança dos tipos penais descritos; e II – a definição clara e objetiva dos crimes.”

Trata-se de recepção, ainda que não pela lei, das exigências de (1) racionalidade ético-constitucional e teleológica, tendo em conta o acolhimento do bem jurídico como critério de legislação; (2) pragmática, diante da exigência de definição clara e objetiva dos crimes; e (3) sistemática, pela demanda de harmonização. O Anexo do Decreto traz uma série de questões que devem ser analisadas quando da elaboração de atos normativos no âmbito do Poder Executivo Federal, relativos, por exemplo, ao *diagnóstico* do problema e às *alternativas* possíveis, fazendo referência expressa à lei penal:

“Norma penal

11.1. Trata-se de norma de caráter penal?

11.1.1. O tipo penal está definido de forma clara e objetiva?

11.1.2. A norma penal é necessária? Não seria mais adequado e eficaz a previsão da conduta apenas como ilícito administrativo?

11.1.3. A proposta respeita a irretroatividade?

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?

11.1.6. Trata-se de pena mais grave?

11.1.7. Trata-se de norma que gera a despenalização da conduta?

11.1.8. Eleva-se ou reduz-se o prazo de prescrição do crime?”

Segundo Scalcon (2017, p. 125), a leitura atenta do Decreto permite afirmar que ele introduziu, no ordenamento brasileiro, uma série de questões próprias da Legística formal e material.²⁰ Ainda de acordo com a autora, o questionário do anexo “nada mais é do que um sofisticado modelo de avaliação legislativa *ex ante* ou prospectiva”, com o qual se pretende “tanto identificar o problema concreto objeto da

20. Não há como neste breve espaço aprofundar o estudo de temas relacionados à Legística; para tanto, consulte-se: Flückiger; Delley (2007, p. 36 et seq.) e Mader (2009, p. 46 et seq.).

lei (diagnose), quanto as medidas eleitas (meio) supostamente capazes de resolvê-lo (prognose) e, ainda, os objetivos almejados (fins)”. A sua aplicabilidade prática, no entanto, parece diminuta e tem sido solenemente ignorada na prática quotidiana, “inclusive sob o argumento de que não haveria obrigatoriedade em seu preenchimento” (SCALCON, 2017, p. 126) ou levando em conta apenas os aspectos formais (PAULA; ALMEIDA, 2013, p. 31). Em 2007, o então assessor especial da Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República, Jandir Maya Faillace Neto (2009, p. 204), chegou a afirmar que “não é e nunca foi necessário – não seria sequer viável – o envio de resposta específica a cada uma das questões constante no Anexo I”, em referência ao Decreto 4.167/2002, antecessor do Decreto 9.191/2017.²¹

Em síntese, o projeto de lei apresentado ao Congresso Nacional deve conter: (1) a identificação clara do problema; (2) a definição dos objetivos pretendidos pela lei e, em se tratando de lei penal, como os mecanismos a ela inerentes (pena, controle policial, prisões cautelares etc.) auxiliariam, se não a resolver, pelo menos a manter sob graus razoáveis de controle o problema identificado. Como bem esclarece Salinas (2013, p. 235), essa etapa condicionará as estratégias posteriores; afinal, “para se identificarem os meios aptos a solucionar os problemas inseridos na pauta legislativa, torna-se necessário ter clareza de seus fins”, de tal sorte que “a indefinição ou imprecisão nas definições dos objetivos da legislação enseja, portanto, um rompimento na racionalidade de todo o processo de elaboração normativa”; (3) explicação da necessidade e adequação da lei penal, ou seja, porque outros meios jurídicos são insuficientes e/ou inadequados para a resolução do problema, o que permite, na fase legislativa, maior clareza no desenrolar do processo.

4.2. A fase legislativa

Concluídas as formalidades da fase pré-legislativa, entra-se na fase do processo legislativo propriamente dito, etapa em que “la actividad relevante tiene que ver substancialmente con la elaboración formal de la ley, lo que implica cuestiones lógicas y de técnica legislativa para asegurar la corrección jurídico-formal y lingüística del cuerpo normativo” (RODRÍGUEZ, 2022, p. 199). Não só uma elaboração

21. O modelo baseado em questionários parece uma ferramenta importante para concretizar os níveis de racionalidade e possibilitar uma melhor condução do processo legislativo. Tal técnica busca analisar, de acordo com Márquez (2005, p. 130), a necessidade da norma e a sua adequação ao fim perseguido, a sua incidência e exequibilidade no ordenamento jurídico, bem como a relação entre custos e benefícios e a aceitação perante os destinatários.

formal, complemente-se, já que o processo legislativo deve ser conduzido de maneira qualitativa, na linha do que pretende a legística material. Para melhor fluidez e compreensibilidade da escrita, tomaremos como modelo o Regimento Interno da Câmara dos Deputados (RICD, de agora em diante) para concretizar os níveis de racionalidade e a dinâmica do processo legislativo, sobretudo a partir da análise das Comissões Permanentes, pelas quais devem – ou deveriam – tramitar os projetos de lei de natureza penal, de modo a se verificar como tais exigências de racionalidade podem gerar debates mais complexos e profícuos, para assim obter graus mais razoáveis de legitimidade no que toca à criação das leis penais.

Antes de analisar o funcionamento das comissões, é preciso destacar que o modo de condução das atividades legislativas é essencial para uma correta concretização dos diversos níveis de racionalidade. Um primeiro passo consiste em definir certo grau de publicidade e de inclusão nas discussões, o que passaria pelo cumprimento dos deveres de dar razões, de informar e de incluir e consultar as partes interessadas (VOERMANS Apud SCALCON, 2018, p. 399). Segundo SCALCON (2018, p. 399), estariam os legisladores obrigados a: “(i) justificar substancialmente o porquê das alterações legislativas propostas; (ii) dar ampla transparência ao processo deliberativo e (iii) oferecer maior espaço de manifestação a minorias parlamentares e, sobretudo, a terceiros *não parlamentares* interessados e/ou afetados”. Afinal, se se toma o Direito como argumentação jurídica, ele pode ser concebido

“[...] como um empreendimento dirigido à resolução (ou ao tratamento) de certo tipo de problemas mediante a tomada de decisões por meios argumentativos. Se a argumentação é tão essencial no Direito (nos nossos Direitos), é porque o estamos a considerar como um mecanismo muito complexo de tomada de decisões (por parte dos legisladores, dos juízes, dos advogados, dos juristas ao serviço da administração, dos dogmáticos do Direito ou inclusive dos simples cidadãos que vivem integrados num sistema jurídico) e dos raciocínios que acompanham essas decisões. No Direito – caberia dizer – há que argumentar porque há que dizer e porque não aceitamos que as decisões (particularmente quando provêm de órgãos públicos) possam apresentar-se de maneira despida, desprovida de fundamentação. De maneira que, se isto é assim, bem poderia dizer-se que a argumentação (a tarefa de fornecer as razões) acompanha as decisões como a sombra de um corpo: argumentar e decidir são facetas da mesma realidade” (ATIENZA, 2014, p. 80). (Grifos do Original)

Em geral, é difícil saber quais os motivos que levaram o legislador X a votar da maneira A ou B. Ele sequer pode ter conhecimento do conteúdo da matéria objeto da votação, decidindo o seu voto de acordo com a indicação dada pelo partido (ATIENZA, 2014, p. 83). Por isso a importância dos deveres de dar razões, de

informar e de incluir as partes interessadas. Acrescentá-los ao decorrer do processo legislativo apresenta a vantagem de revelar e destacar os argumentos que conduziram o legislador, não entendido de maneira individual, mas enquanto colegiado, a tomar determinada decisão em detrimento de outra. A argumentação é imprescindível, já que o processo legislativo tem início como proposta de intervenção para o tratamento de um problema identificado na fase pré-legislativa. São justamente os problemas que fazem com que surja a argumentação; “[...] argumentar é algo que tem lugar no contexto de resolução (ou, mais em geral, do tratamento) de problemas. Sem a existência de problemas – ou sem certo tipo de problemas – não haveria argumentação” (ATIENZA, 2014, p. 86).

Em segundo lugar, a condução do processo legislativo também demandaria avaliações²² de impacto legislativo *ex ante*, que estimassem os efeitos esperados com a vigência da lei.²³ Afinal, “[...] se a ação pública quer conjugar eficácia e legitimidade,

22. Sobre o que se entende por avaliação e as dificuldades em conceituá-la, bem como as diferenças entre avaliação retrospectiva e prospectiva, cf. Mader (2001, p. 122 et seq.).
23. Questão que, por ora, fica em aberto, é saber se o projeto de lei já deve vir acompanhado de estudo de impacto ou se esse deve apenas ocorrer no momento propriamente legislativo. De todos os modos, o legislador, ao apresentar o projeto de lei, não pode furtar-se a exigências de identificação clara do problema, da especificação dos objetivos e por que a lei penal é necessária e adequada, o que poderia caracterizar uma “avaliação simplificada”. Como adverte Vieira (2017, p. 61), “o fato de não haver, atualmente, uma avaliação sistemática de impacto legislativo implantada no País não significa que os projetos de lei apreciados pelo Poder Legislativo estejam dispensados de uma análise minimamente criteriosa”. Com efeito, a própria Câmara dos Deputados possui órgão de *Consultoria Legislativa*, que presta “consultoria e assessoramento técnico aos deputados, à Mesa Diretora, às comissões e à Administração da Câmara. Composta por equipe multidisciplinar de consultores selecionados em concurso público, a Consultoria é dividida em 22 áreas temáticas aptas a subsidiar tecnicamente todas as fases do processo legislativo”, entre as quais a Área XXII, que tem como temas o “Direito Penal, Direito Processual Penal e Procedimentos Investigatórios Parlamentares”. As atribuições, a estrutura e as demais informações podem ser encontradas no seguinte endereço eletrônico: [www2.camara.leg.br/a-camara/estruturaadm/consultoria-geral/estrutura-1/conle]. Quanto à objetividade que os órgãos parlamentares de consulta podem fornecer, cf. Márquez (2010, p. 103). O mesmo se aplica à Presidência da República, já que o Ministério da Justiça conta com uma *Assessoria Especial de Assuntos Legislativos*, que tem como competências, v.g., “prestar apoio e participar de comissões de juristas, de pesquisas e de grupos de trabalho constituídos para elaboração de proposições legislativas e outros atos normativos” e “promover a qualificação dos processos de elaboração normativa, inclusive por meio da organização de debates públicos” (art. 5, III e VI, Decreto 9.662/2019). Como bem observa Bono López (2000, p. 163), a existência de auxiliares e assessores, preparados como técnicos redatores de leis, poderia contribuir para a agilização dos trabalhos legislativos e a profissionalização da tarefa dirigida à produção

deve conhecer as características da realidade à qual se aplica e escolher os meios adequados aos objetivos visados” (FLÜCKIGER; DELLEY, p. 55). Tais estudos adquiririam, conforme Scalcon (2018, p. 404-405), uma espécie de “força normativa”, limitando “o legislador na escolha dos meios de intervenção, na medida em que revelam a inocuidade manifesta e categórica de muitos deles”. Como esclarece Morales Romero (2010, p. 7-8), “la evaluación es un componente esencial de la obligación de argumentar y de justificar que tiene cualquier legislador en relación a cada una de las medidas que adopta”. Além do mais, sendo os direitos fundamentais uma barreira à ação estatal, o legislador encontra-se na obrigação de avaliar o impacto que eles sofrerão com a futura lei (KARPEN, 2001, p. 89), já que as medidas incriminadoras e penalizadoras tendem a restringir o direito de liberdade geral. Além disso, a exigência dessas avaliações permitiria incrementar a racionalidade na tomada de decisão política, promovendo a valorização da academia ou dos chamados *experts* no processo legislativo.

Cogita-se a possibilidade da criação de um *Comitê de Estudo de Impacto Legislativo*, composto por profissionais com formação nas áreas de abrangência da matéria.²⁴ Segundo Karpen (2006, p. 75), é desejável que os *experts* sejam o mais

de normas jurídicas. No mais, sobre os problemas da avaliação “durante” o processo legislativo, cf. Rivera León; Martínez Fabián (2015, p. 176-177). Quanto a nós, englobamos a avaliação *ex ante* também no momento legislativo, tendo na entrada em vigor da lei o marco divisório em relação à avaliação *ex post*. Portanto, avaliações realizadas tanto na fase pré-legislativa quanto na fase legislativa seriam avaliações *ex ante*.

24. Questão que por ora também fica em aberto é saber como funcionaria a convocação dos membros dos Comitês. Pensa-se num eventual fomento à criação de Comitês Internos nas diversas Universidades do Brasil, para que reúnam profissionais de diversas áreas, a fim de discutirem sobre estudos relacionados aos impactos das leis no país. Tais Comitês Internos (Grupos de Pesquisadores ou outro nome que se venha a dar) deveriam inscrever-se e regularizar-se perante o Ministério da Justiça, apresentando Projetos de Pesquisa a serem desenvolvidos por determinado período, mediante fomento do Estado. Iniciado o processo legislativo, seria publicado edital para que os Comitês, encontrando-se ativos e regularizados, indicassem representantes para participar do Comitê de Estudo de Impacto Legislativo. A escolha dos membros poderia ocorrer mediante sorteio, por exemplo, de maneira aleatória entre as diversas Universidades cadastradas nacionalmente. Isso permitiria uma integração maior entre os pesquisadores das diversas regiões do país, não se cingindo à chamada de representantes de uma única região. Com semelhanças, cf. Ferreira (2016, p. 133). O PLRPC propõe a criação de um “Conselho de Análise de impacto social e orçamentário”, que seria constituído no âmbito da Câmara dos Deputados e composto por servidores do quadro efetivo. Seriam convidados para participar do dito conselho representantes do Poder Judiciário, da Ordem dos Advogados do Brasil, do Ministério Público, da Defensoria Pública, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária,

independentes possível e, considerando que em muitos campos as opiniões podem variar, seria adequada uma pluralidade de profissionais, que representem pontos de vista diferentes no âmbito do comitê, como sociólogos, cientistas políticos, economistas, linguistas e juristas, aos quais incumbiria acompanhar o processo legislativo desde o começo até o seu fim. Nunes Leal (1945, p. 438) sugeria a inclusão de juizes na elaboração das leis, já que, estando eles mais familiarizados com o trato da jurisprudência, seriam colaboradores indispensáveis do legislador. A participação de membros efetivos do Poder Judiciário poderia, de fato, auxiliar a obter melhores resultados na produção legislativa. Levando em conta que são os juizes os responsáveis pelo julgamento dos casos penais, poderiam ser adotadas técnicas de distribuição da minuta da lei, para que, diante de um caso hipotético de aplicação da norma penal, eles decidissem como se ela já estivesse em vigor, o que auxiliaria a identificar problemas e corrigi-los durante o processo legislativo (SCALCON, 2017, p. 121). Como sugere Barberet (2000, p. 234), o investigador deve ter o cuidado de incluir, em todas as fases da investigação, as opiniões daqueles que realmente podem utilizar os resultados a serem produzidos.

O incentivo à Academia é importante, pois a aproxima da sociedade e vice-versa, o que é imprescindível para o aprimoramento das relações democráticas e para o fortalecimento dos vínculos sociais. A convocação de Comitês, obviamente, envolve custos,²⁵ pois não se espera que seja uma atividade não remunerada. Pelo contrário, a valorização envolve não só a participação nas decisões políticas,

Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada e da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES. Já Gloeckner e Ramos (2018, p. 798) esboçam um modelo baseado em “minipúblicos” (*mini-publics*), que teria como objetivo constituir “um órgão deliberativo que, atuando de forma complementar ao parlamento, seja capaz de congrega em um mesmo debate uma pluralidade de perspectivas (éticas, morais e políticas) em torno de um assunto considerado de interesse público”. Ferreira (2016, p. 125-126), por sua vez, defende que o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária seja “o *locus* ideal para a formulação, a execução e a publicação do Estudo de Impacto Legislativo como instrumento para formação de agenda e de avaliação de políticas públicas, pois, a este, cabe a proposição de diretrizes para a política criminal, a promoção da avaliação periódica do sistema criminal e estimular e promover a pesquisa criminológica”. Tal Conselho, segundo a autora, “poderia formatar o EIL adequada a cada proposição legislativa na área criminal, conduzir uma (ou mais) consulta(s) pública(s) sobre o assunto discutido e, ao final, apresentar o EIL (em formato preliminar) à Comissão de Constituição, Justiça e de Cidadania de ambas as Casas Legislativas, para que, neste contexto, o Parlamento analise a viabilidade da proposição legislativa e seus efeitos”.

25. À diferença da proposta do PLRPC, segundo o qual “A atividade junto ao Conselho é considerada serviço público relevante e não remunerado” (art. 6º, parágrafo único).

mas também uma contraprestação adequada à relevante atividade que desempenha a Academia, infelizmente tão desvalorizada no Brasil. Os dispêndios com a convocação de Comitês para o acompanhamento do processo legislativo talvez sejam menores se comparados com os futuros gastos com leis mal feitas. Lembra-nos Delley (2009, p. 190) que “vale a pena fazer avaliações por uma razão muito simples: vale mais tentar compreender a realidade, mesmo que seja de maneira muito imperfeita, do que fechar os olhos”. No que toca à legislação, como deixa entrever Delnoy (2001, p. 68), torna-se ainda mais imperativo resolver corretamente o problema, pois uma lei mal feita tende a gerar custos não só financeiros, por originar ações judiciais, mas também psicológicos. Como aduz López Olvera (2000, p. 111), “un país que se preocupa por mejorar la calidad de sus leyes es un país que avanza en todos los aspectos: económicos, culturales, tecnológicos, etcétera”,²⁶ do mesmo modo que Nunes Leal (1945, p. 436): “[...] o desenvolvimento do estudo da técnica legislativa contribui para elevar o nível da cultura jurídica”.

4.2.1. *A Comissão de Segurança Pública e a Comissão de Finanças e Tributação*

O projeto de lei de natureza penal deve ser apreciado, em primeiro lugar, pela Comissão Temática de Segurança Pública (CTSP, de agora em diante), por força do art. 53, I, do RICD.²⁷ Além disso, compete à CTSP analisar matérias relacionadas ao

26. Críticas poderiam ser direcionadas aos Comitês pelo fato de talvez substituírem o discurso do legislador – considerado o representante do povo – pelo discurso de especialistas. No entanto, é preciso lembrar que a lei não necessariamente reflete o interesse legítimo do povo, já que as influências dos grupos econômicos ou midiáticos podem ser determinantes para o processo legislativo. Nesse caso, a busca do interesse comum passa a ser substituída pela defesa dos interesses particulares; sobre, cf. Laurentis; Dias, (2015, p. 168). Por isso, parece importante a inclusão dos Comitês, com pesquisadores imparciais e desinteressados em relação ao projeto de lei, para que emitam opiniões sólidas e fundadas, com base em dados científicos; cf. Morales Romero (2010, p. 9).

27. Art. 53. Antes da deliberação do Plenário, ou quando esta for dispensada, as proposições, exceto os requerimentos, serão apreciadas: I – pelas Comissões de mérito a que a matéria estiver afeta; II – pela Comissão de Finanças e Tributação, para o exame dos aspectos financeiro e orçamentário públicos, quanto à sua compatibilidade ou adequação com o plano plurianual, a lei de diretrizes orçamentárias e o orçamento anual, e para o exame do mérito, quando for o caso; III – pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, para o exame dos aspectos de constitucionalidade, legalidade, juridicidade, regimentalidade e de técnica legislativa, e, juntamente com as comissões técnicas, para pronunciar-se sobre o seu mérito, quando for o caso; IV – pela Comissão Especial a que se refere o art. 34, inciso II, para pronunciar-se quanto à admissibilidade jurídica e legislativa e, quando for o caso, a

“sistema penitenciário, legislação penal e processual penal, do ponto de vista da segurança pública” (art. 32, XVI, f, RICD). Ao relator caberá elaborar parecer sobre a proposição, que depois será deliberado pelo Plenário da Comissão. Em se tratando de lei penal que de qualquer forma aumente o poder de punir, deve o relator apresentar não só um exame técnico da proposição, mas também uma análise prévia de impacto social, o que poderia acontecer de maneira semelhante com o estudo previsto no Projeto de Lei de Responsabilidade Político-Criminal (PL 4.373/2016 – PLRPC, de agora em diante):

“[...] Art. 3º O impacto social deverá ter como referência o 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.

§ 1º – O parecer indicará medidas alternativas compensatórias em caso de proposta legislativa que tratar de aumento de pena e restrição para progressão.

§ 2º – As medidas alternativas compensatórias deverão indicar a diminuição de pena ou benefícios de progressão de regime em outro delito de igual natureza.

§ 3º – As medidas alternativas compensatórias, caso indicadas na justificação da proposta de alteração legislativa, podem suprir a necessidade da análise de impacto social.”²⁸

O Comitê designado auxiliaria a CTSP a avaliar a proposta desde o ponto de vista da segurança pública, antecipando as eventuais repercussões sociais e criminológicas da medida e elaborando um relatório a respeito, o que teria fundamental importância para os debates a serem realizados, posteriormente, na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJC, de agora em diante), e para o exame da racionalidade pragmática da lei. Conhecimentos provindos da criminologia são de suma importância para verificar se o problema realmente existe e qual a sua exata dimensão social, bem como para apresentar alternativas não jurídicas ou menos invasivas para os direitos fundamentais, auxiliando, assim, a avaliar os impactos sociais da medida e, conseqüentemente, orientando os interesses político-criminais envolvidos (cf. RUIVO, 2018, p. 591-592). Como informa Barberet (2000, p. 231), “la criminología ha tenido en ciertos países una gran influencia en la política criminal en lo que respecta a la buena gestión de los recursos del aparato policial, judicial

compatibilidade orçamentária da proposição, e sobre o mérito, aplicando-se em relação à mesma o disposto no artigo seguinte.

28. O estudo de impacto social, tal como apresentado no PLRPC, apesar de inovador e importante, ainda precisaria de ajustes; cf. as críticas de Ferreira (2016, p. 127 et seq.).

y penitenciário”. As experiências do direito comparado também ocupam papel relevante para a avaliação do impacto social, já que permitem observar como outros países regularam a matéria e quais foram os prós e os contras das medidas lá adotadas (cf. RUIVO, 2018, p. 602-603). Em suma, pesquisas rigorosas de dados econômicos e sociais mostram-se importantes para a cabal compreensão da situação existente e da delimitação do problema (CAUPERS; ALMEIDA; GUIBENTIE, 2014, p. 73).

Depois disso, o projeto de lei deverá ser encaminhado à Comissão de Finanças e Tributação (CFT, de agora em diante), por força do art. 53, II, e do art. 32, X, *h*,²⁹ ambos do RICD, além da previsão contida no art. 113 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.³⁰ Tal exigência se dá porque as leis penais, principalmente aquelas que expandem o poder de punir, tendem a gerar um aumento de despesas, pois, exemplificativamente, quanto mais figuras delitivas e mais altas forem as suas penas ou quanto mais se agrave o regime de execução penal, mais o controle social penal atuará, tanto por intermédio da atividade das polícias (investigação de modalidades delitivas antes inexistentes, *v.g.*), quanto do aparato jurisdicional (quantidade de novos processos, *e.g.*) e do sistema penitenciário (ampliação do número de vagas, maior quantidade de encarcerados etc.).³¹ Desse modo, caberia à CFT elaborar uma análise de impacto orçamentário, semelhante ao que propõe o PLRPC:

“Art. 4º O impacto orçamentário terá como referência os custos estimados da criação de novas vagas no sistema prisional e quanto à demanda de novos processos para o Poder Judiciário.

-
29. Art. 32. São as seguintes as Comissões Permanentes e respectivos campos temáticos ou áreas de atividade: [...] X – Comissão de Finanças e Tributação: [...] h) aspectos financeiros e orçamentários públicos de quaisquer proposições que importem aumento ou diminuição da receita ou da despesa pública, quanto à sua compatibilidade ou adequação com o plano plurianual, a lei de diretrizes orçamentárias e o orçamento anual.
30. Art. 113. A proposição legislativa que crie ou altere despesa obrigatória ou renúncia de receita deverá ser acompanhada da estimativa do seu impacto orçamentário e financeiro.
31. Importante destacar que normas de organização judiciária, como aquela que criou o “juiz das garantias”, tendem, da mesma forma, a gerar aumento de despesas. Embora não sejam normas que recrudescam o poder de punir, elas também demandam avaliações de impacto legislativo, a fim de estimar o seu impacto orçamentário, em curto e em longo prazo, bem como as possibilidades reais de implantação, de acordo com a realidade do país. Deixe-se claro, no mais, que não somos contra o juiz das garantias; pelo contrário, trata-se de importante previsão normativa para tornar o processo penal mais democrático e acorde com os princípios acusatórios. O que se pretende colocar em evidência é que, em se tratando de norma que acarreta impactos sociais e orçamentários, ela deve passar por avaliações.

§ 1º – O parecer indicará a fonte dos recursos a ser usada para suprir os custos decorrentes da alteração legislativa proposta.

§ 2º – A indicação das fontes dos recursos na justificação da proposta de alteração legislativa pode suprir a necessidade de análise de impacto orçamentário.”

Em referência ao legislador espanhol – o que não impede a extensão do argumento à prática legislativa brasileira –, Becerra (2016, p. 116) aponta que a legislação penal apresenta péssimas condições no que toca à condição das avaliações econômicas. Algo que ajudaria a refinar as alternativas disponíveis, agregando realismo às propostas, seria justamente o exame da situação econômica e orçamentária no momento de elaboração da política pública. A Câmara dos Deputados conta com órgão de assessoria consultiva no setor de “Finanças Públicas” (área IV) e do “Sistema Financeiro” (área VII). O Senado Federal dispõe de órgão de “Consultoria de orçamentos, fiscalização e controle”, ao qual “compete prestar consultoria e assessoramento técnico na área de direito financeiro, planos, orçamentos públicos, fiscalização e controle”. Além disso, como sugere Vieira (2017, p. 62-63), “o próprio Tribunal de Contas da União (TCU) pode fornecer subsídios à atuação parlamentar por meio da realização de fiscalizações de iniciativa parlamentar, nos termos do inciso II do art. 1º da Lei no 8.443, de 1992”.³² Tais órgãos de consultoria poderiam contribuir para a análise de impacto orçamentário e fornecer os subsídios para que o Comitê elaborasse relatório, a fim de indicar como os recursos financeiros seriam aplicados em relação à nova lei.

Nada mais justo que uma tal escolha pelo poder público lhe imponha deveres e implique responsabilidades (CARVALHO, 2008B). A propósito, o recrudescimento da legislação penal tende a provocar impactos sociais e orçamentários, dada a natureza coativa da intervenção jurídica escolhida pelo Estado. As normas regimentais da Câmara dos Deputados parecem conter o substrato mínimo para determinar a exigência de análises de impacto social e orçamentário.³³ Obviamente, seria

32. Art. 1º Ao Tribunal de Contas da União, órgão de controle externo, compete, nos termos da Constituição Federal e na forma estabelecida nesta Lei: [...] II – proceder, por iniciativa própria ou por solicitação do Congresso Nacional, de suas Casas ou das respectivas Comissões, à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das unidades dos poderes da União e das demais entidades referidas no inciso anterior.

33. Contra a análise de impacto legislativo no âmbito do Congresso Nacional, entendendo que “não se mostra o espaço mais adequado para a elaboração e para a construção deste estudo [de impacto legislativo], já que cada processo legislativo atende aos interesses da agenda política, e não haveria uma forma de condicionar o Parlamento a realizar tal estudo na análise de todas as leis penais e processuais penais”, cf. Ferreira (2016, p. 144), que prefere incumbir ao Poder Executivo a tarefa da análise de impacto (cf. nota 29).

mais efetiva a criação de lei que determinasse a obrigatoriedade dessas análises, como propõe o PLRPC. Quem sabe, talvez fosse ainda mais pertinente a elaboração de Emenda Constitucional que impusesse ao legislador a obrigatoriedade de elaborar análises de impacto social e orçamentário e condicionasse, assim, a constitucionalidade da lei.³⁴

4.2.2. A Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania

Discutidos os relatórios e pareceres na CTSP e na CFT, o projeto de lei deverá ser encaminhado à CCJC, designando-se relator para análise dos “aspectos constitucional, legal, jurídico, regimental e de técnica legislativa de projetos, emendas ou substitutivos sujeitos à apreciação da Câmara ou de suas Comissões”; “assunto de natureza jurídica ou constitucional que lhe seja submetido”; “matérias relativas a direito [...] penal, penitenciário, processual” (art. 34, IV, *a, d e e* do RICD). As atribuições da CCJC aproximam-se dos níveis de racionalidade anteriormente analisados, o que parece constituir um ponto de apoio para exigir a sua observância ao decorrer do processo legislativo.

Tendo em mãos os pareceres social e orçamentário, seria interessante que, junto com o projeto de lei, a CCJC os divulgasse em meios públicos, intimando entidades

-
34. Proposta que tampouco pode ser implementada sem o devido consenso democrático. Outra questão consistiria em definir quais leis demandariam a elaboração de avaliações. Apesar de focarmos no estudo da lei penal, as medidas legislativas referentes a outros setores do ordenamento jurídico também tendem a implicar despesas e impactos sociais. A propósito, o Projeto de Lei Complementar do Senado 488/2017 propõe acréscimos à LC 95/1998. O art. 17-A, por exemplo, determina que os projetos de lei que instituem políticas públicas sejam acompanhados de *avaliação prévia de impacto legislativo*, “com o intuito de garantir a economicidade, a eficácia, a eficiência e a efetividade das ações públicas”. Tal avaliação deveria conter, conforme o art. 17-A, os seguintes documentos: “I – parecer conclusivo sobre a constitucionalidade, a juridicidade e a regularidade formal do ato normativo proposto; II – notas explicativas que demonstrem, no que for pertinente, a economicidade, a eficácia, a eficiência e a efetividade das medidas constantes do projeto de lei, contendo: a) síntese qualitativa e quantitativa da situação ou do problema que requer providências; b) objetivos da proposição e sua vinculação com a situação ou o problema que requer providências; c) alternativas existentes para a solução da situação ou do problema identificado, com a respectiva previsão dos impactos econômicos e sociais e a comparação das análises de custo-benefício global de cada alternativa, justificando-se a escolha da solução ou da providência contida no projeto proposto; d) custos administrativos da solução ou da providência contida no projeto proposto; e) indicação de prévia dotação orçamentária ou da fonte de recursos, quando a solução ou a providência contida no projeto proposto acarretar despesas, e de como a ação se enquadra no plano plurianual vigente”. O projeto foi aprovado no Senado e encaminhado à Câmara dos Deputados, não havendo mais movimentações desde 04.05.2018.

representativas ou partes interessadas que possam ser afetadas pela medida, a fim de demonstrarem o interesse e se inscreverem para a participação de audiência pública, na qual se abriria a oportunidade para exporem as suas considerações (cf. FERREIRA, 2016, p. 134).³⁵ Segundo Karpen (2001, p. 91), é aconselhável permitir que os destinatários participem tanto quanto possível do processo legislativo, principalmente se considerarmos, na companhia de Soares (2009, p. 59), que “um dos fatores que leva uma norma a ser internalizada é o diálogo com a sociedade”, permitindo, assim, um enorme potencial democrático, na medida em que os seus destinatários “têm condição de antecipar os problemas da nova legislação e se posicionar a seu respeito para a autoridade que está legislando”.

A inclusão e a participação de entidades e partes interessadas constituem importantes ferramentas para aproximar os setores sociais afetados ao debate político e legislativo, bem como para influenciar a tomada de decisão. Um procedimento de consulta bem conduzido é, conforme Almeida (2009, p. 88), “uma forma de legitimação da lei, traz mais transparência ao procedimento legislativo e proporciona a obtenção de dados e informações fundamentais para a identificação e a avaliação dos problemas em debate”. A transparência do processo legislativo pode também servir “para evitar fenómenos de ‘captura del legislador’ por parte de los grupos de interés y a hacer más transparente la decisión mediante la información sobre los costes y beneficios de las distintas opciones de regulación” (MERCADO PACHECO, 2013, p. 101). Finda a audiência pública, abrir-se-ia prazo para que o Comitê

35. Tanto a CRFB (art. 58, § 2º, II) quanto o RICD (art. 24, III, e art. 225 et seq.) permitem às Comissões, em razão da matéria de sua competência, “realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil”. O RICD também possibilita às Comissões “estudar qualquer assunto compreendido no respectivo campo temático ou área de atividade, podendo promover, em seu âmbito, conferências, exposições, palestras ou seminários”, bem como “solicitar audiência ou colaboração de órgãos ou entidades da administração pública direta, indireta ou fundacional, e da sociedade civil, para elucidação de matéria sujeita a seu pronunciamento, não implicando a diligência dilação dos prazos” (art. 24, XIII e XIV). Além disso, a Câmara dos Deputados possui uma “Comissão de Legislação Participativa” (CLP, de agora em diante), que abrange os seguintes campos temáticos e áreas de atividade: “a) sugestões de iniciativa legislativa apresentadas por associações e órgãos de classe, sindicatos e entidades organizadas da sociedade civil, exceto Partidos Políticos; b) pareceres técnicos, exposições e propostas oriundas de entidades científicas e culturais e de qualquer das entidades mencionadas na alínea a deste inciso” (art. 32, XII, do RICD). O art. 254 do RICD permite a participação da sociedade civil, a “ser exercida mediante o oferecimento de sugestões de iniciativa legislativa, de pareceres técnicos, de exposições e propostas oriundas de entidades científicas e culturais e de qualquer das entidades mencionadas na alínea a do inciso XII do art. 32”, cabendo à CLP analisar as sugestões e emitir parecer: se favorável, a sugestão será transformada em proposição legislativa e encaminhada à Mesa para tramitação; se contrário, a sugestão será arquivada (art. 254, §§ 1º e 2º, do RICD).

elaborasse o relatório final sobre o projeto de lei, expondo os motivos pelos quais considera adequada ou inadequada a medida em discussão.³⁶

Se o Comitê considerar que o projeto de lei merece a aprovação, deverá então apresentar a redação final do texto a ser futuramente deliberado, explicando de maneira justificada: (1) se o problema foi identificado corretamente; (2) se a intervenção penal para combatê-lo não viola os princípios ético-constitucionais; (3) se os objetivos foram corretamente colocados e se a lei é necessária, detalhando os motivos pelos quais a intervenção de outros setores do ordenamento jurídico é insuficiente; (4) se a lei está em condições de alcançar os objetivos pretendidos, esmiuçando as explicações a respeito da estrutura do tipo penal e como ele pode funcionar como diretriz de conduta; (5) se a lei não está em contradição com o restante do ordenamento jurídico.

Depois disso, o Comitê deverá encaminhar a documentação à CCJC, que se reunirá para discutir sobre as conclusões apresentadas e, posteriormente, levá-las a Plenário. Apesar de não vincular o legislador, o parecer sempre deverá ser levado em consideração (CALATAYUD, 2016, p. 152). Não se trata de documento vinculativo, tendo em vista que a conclusão do Comitê, por mais fundada e científica que seja, não pode substituir a vontade legislativa (cf. DELNOY, 2001, p. 76-77). Apesar disso, é importante ressaltar que as avaliações buscam comprovar se há congruência entre a decisão política e a realidade social (JÄÄSKELÄINEN, 2016, p. 108); noutras palavras, o que os membros do Comitê podem e dever fazer “é garantir que o legislador tenha à mão toda a informação útil ou necessária para tomar decisões qualificadas, baseadas em evidências” (MADER, 2009, p. 51). Dessa maneira, seria interessante impor ao legislador o dever de explicar detalhadamente os motivos que o levaram a não acolher as sugestões do Comitê e a optar por medida diversa daquela sugerida (cf. RIVERA LEÓN; MARTÍNEZ FABIÁN, 2015, p. 182). Isso permitiria à Casa Revisora efetuar controle de constitucionalidade prévio em suas deliberações e, quem sabe, rejeitar o projeto, caso verificasse a ausência de argumentação adequada, o que vale também para os momentos de sanção ou veto pelo Presidente da República ou, até mesmo, para eventual controle de constitucionalidade realizado, posteriormente, pelo Supremo Tribunal Federal.³⁷

36. Cf. Gloeckner; Ramos, (2018, p. 799), para quem, no estágio de tomada de decisões dos assuntos discutidos pelos “minipúblicos”, “os atores engajados no processo de deliberação confeccionam, em conjunto, relatório final que sintetiza todas as posições debatidas e indicam os consensos formados e os dissensos não equacionados em torno do problema debatido”.

37. A redação final do projeto de lei pode ser diferente daquela que foi objeto de análise, o que tende a implicar alterações na avaliação de impacto legislativo. Talvez a Casa Revisora pudesse realizar nova avaliação, a partir dos dados que foram produzidos na Casa Iniciadora.

Por fim, embora nada impeça que as leis entrem em vigor na data de sua publicação, seria interessante que o legislador estipulasse um período de *vacatio legis*, de modo a permitir a publicidade da medida. No século passado, Novoa Monreal (1988, p. 42) lançava a crítica de que “o cidadão encontra-se ante um Direito que está obrigado a obedecer, mas que lhe resulta quase impossível chegar a conhecer”. Trata-se de problema que se intensifica ainda mais num Estado como o brasileiro, no qual todos os entes federados possuem competências legislativas (cf. SCALCON, 2017, p. 114). A maior publicidade da lei parece uma providência adequada para minorar o problema. Para tanto, mostra-se insuficiente a simples publicação da lei nos diários oficiais, cuja leitura geralmente é truncada e, em sua maior parte, inacessível para a população em geral. Diante disso, parece interessante que a lei seja divulgada nos canais oficiais dos Poderes Legislativo e Executivo e nas redes abertas de televisão, ampliando o seu raio de alcance. A difusão da medida legislativa nas redes sociais também parece possibilitar maior acessibilidade e conhecimento pelos seus destinatários.

4.3. A fase pós-legislativa

Para incrementar as exigências de racionalidade legislativa em matéria penal, assume importância a regulamentação de uma avaliação de impacto social e econômico *ex post*, a fim de verificar se, durante o período de vigência, a inovação legislativa satisfaz os objetivos que, *ex ante*, estava destinada a cumprir. Na visão de Jääskeläinen (2016, p. 85-86), a avaliação *ex post* examina a qualidade das leis em vigência, o que demanda verificar a conformidade delas com princípios de proporcionalidade, consistência, transparência, responsabilidade e eficácia, envolvendo, nas palavras de Márquez (2010, p. 110), não só a intervenção das ciências jurídicas, mas também d'outras, como a economia e a sociologia. Em breves linhas, a avaliação retrospectiva visa conhecer melhor o que acontece depois que a legislação entra em vigor e o seu real efeito (MADER, 2001, p. 124). Dessa forma, a fase pós-legislativa “abarca la evaluación de la adecuación de las normas al sistema jurídico; la observación de las finalidades incorporadas al texto legal, así como el cumplimiento de los objetivos para los cuales fueron elaboradas” (RODRÍGUEZ, 2002, p. 201). Na síntese de Salinas (2013, p. 236),

“[...] é preciso que haja um controle da qualidade da lei que já se encontra em vigor, em que se procurará identificar: (i) se a norma produziu os efeitos pretendidos pelo legislador; (ii) se os objetivos previstos para a legislação foram atingidos total ou parcialmente; (iii) se foram produzidos outros efeitos, não previstos e nem pretendidos; e (iii) as causas determinantes da produção dos

efeitos não esperados. Tal controle recebe a denominação de avaliação legislativa retrospectiva ou *ex post*.”

As leis penais devem ser submetidas a um processo constante de revisão (CALATAYUD, 2016, p. 145), tendo como objeto tanto as leis já existentes quanto as leis que vierem a ser criadas. Quanto às primeiras, pode ser mencionado o caso do art. 28 da Lei 11.343/2006, que proíbe a posse de drogas para uso pessoal. O preceito penal (1) viola diretrizes éticas, já que não há um autêntico bem jurídico a ser protegido, pois a conduta nele descrita não afeta ou prejudica os interesses de terceiros, tendo que ver, unicamente e exclusivamente, com a própria pessoa que consome a droga. Trata-se de proibição paternalista, que busca proteger o sujeito dos danos que ele provoca a si mesmo, o que fere, portanto, a sua autonomia individual e o seu direito geral de liberdade (irracionalidade ético-constitucional); (2) há fundadas dúvidas sobre seu efeito dissuasório, não cumprindo, assim, as exigências de racionalidade teleológica e pragmática, sendo, pois, uma medida desnecessária e inadequada para prevenir o uso por toxicodependentes (cf. RUIVO, 2018, p. 604); (3) tende a produzir mais desigualdades sociais, ao valorar distintamente a posse e o tráfico conforme a cor da pele e a classe social; (4) demanda recursos financeiros altíssimos para a execução da lei, avaliados em 5,2 bilhões reais só nos estados do RJ e SP, estimativa realizada em relação ao ano de 2017, com a atualização dos valores para 2020, segundo estudo realizado pelo Centro de Estudos de Segurança e Cidadania. Portanto, jurídica, social e economicamente, não se justifica a manutenção dessa figura típica.

Pensa-se na possibilidade da convocação anual de Comitês para avaliar as leis penais existentes e propor modificações para um aprimoramento do sistema penal.³⁸ Em âmbito federal, existe o Projeto “Pensando o Direito”, criado em 2007 por

38. Para Jääskeläinen (2016, p. 100 et seq.), a institucionalização da avaliação legislativa *ex post* deve obedecer a três elementos básicos: 1) subjetivo, tendo que ver com o órgão responsável pela avaliação, se *ad hoc* ou criado no âmbito do Poder Legislativo ou Executivo (Comissão Parlamentar ou Ministério específico, por exemplo); 2) objetivo, relacionado ao procedimento a ser seguido para a avaliação; 3) temporal, relativo ao período no qual se deve realizar a avaliação. Quanto ao período estimado para avaliação *ex post* das leis, o mesmo autor (2016, p. 109) indica que elas podem ocorrer após o decurso de tempo específico (dois, cinco ou dez anos, *e.g.*), mediante uma cláusula geral que identifique determinadas matérias ou âmbitos de regulação sujeitos a uma revisão periódica ou, até mesmo, por cláusula específica na própria norma. Cf., também Márquez (2010, p. 102), para quem “la evaluación puede dar lugar a la creación de una institución en la Administración pública (donde suele situarse el análisis de impacto de los proyectos de ley) o en el propio Parlamento, creando una oficina técnica, independiente y no partidista”.

iniciativa da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, que tem o objetivo de promover a democratização do processo de elaboração legislativa no Brasil. Para tanto, são lançados editais para a contratação de equipes de pesquisa, mobilizando importantes setores da sociedade, como a Academia, instituições de pesquisa e ONG's, que realizarão estudos em temas de interesse da Secretaria. Privilegiam-se as pesquisas aplicadas, de caráter empírico, mediante o emprego de estratégias qualitativas e quantitativas que informem e fortaleçam o debate no processo de produção de leis e demais atos normativos, justamente para atingir o propósito de conferir maior efetividade às normas perante a realidade social.³⁹ Trata-se de instrumental que pode ser colocado em prática para a avaliação das políticas criminais adotadas pelo Estado.

5. CONCLUSÃO

Por interferirem no direito geral de liberdade, as leis penais expansivas do poder punitivo devem passar por um controle rígido no seu processo de criação. Em primeiro lugar, devem obedecer à exigência de racionalidade ético-constitucional, respeitando as diretrizes principiológicas que delimitam as barreiras de legitimidade da intervenção. A lei penal também deve ser clara quanto aos seus objetivos, demonstrando, além disso, que os demais ramos do ordenamento jurídico são insuficientes para a tutela do bem jurídico, em respeito à exigência de racionalidade teleológica. A lei penal deve mostrar-se apta a atingir as finalidades a que se propôs,

39. As informações sobre o projeto podem ser encontradas no seguinte endereço eletrônico: [http://pensando.mj.gov.br/]. Pode ser mencionado o interessante estudo que analisou as justificativas para a produção de normas penais. Observou-se que 69% das justificativas de projetos de lei continham menos de uma página. Além disso, foram identificados “três componentes em uma argumentação que pretende, como o próprio nome indica, *justificar* a produção de leis penais. Trata-se (i) da situação-problema sobre a qual versa a proposição legislativa, (ii) das eventuais fontes jurídicas ou experiências legislativas que inspiraram a proposição e, enfim, (iii) a adequação da intervenção jurídico-penal para solucionar ou tratar o problema. O grau de explicitação de cada um desses componentes variou imensamente no conjunto de documentos analisado. Em relação ao primeiro ponto, foi possível identificar na pesquisa algumas situações nas quais se buscou explicitar os efeitos e implicações do comportamento criminalizado. No tocante ao segundo ponto, as proposições analisadas indicaram resoluções internacionais, legislações estrangeiras, decisões judiciais e, até mesmo, a ‘imagem do país’ em fóruns internacionais. Em relação ao terceiro ponto, encontramos algumas raras Justificativas que buscavam indicar a inadequação da esfera civil ou administrativa para lidar com o problema e todo o restante constitui reprodução ou reelaboração das teorias (modernas) da pena”; cf. em Pires (2010, p. 32 e p. 34, grifos do original).

revestindo-se de uma linguagem clara quanto ao seu conteúdo, de maneira a cumprir a exigência de racionalidade pragmática. Por fim, do ponto de vista da racionalidade sistemática, a lei penal não pode estar em contradição com as demais normas do ordenamento jurídico.

O modo e a forma de condução do processo legislativo são indispensáveis para a concretização dos níveis de racionalidade. No momento pré-legislativo, o proponente deve identificar o problema, definir os objetivos pretendidos pela lei e, em se tratando de lei penal, como os mecanismos a ela inerentes auxiliarão, se não a resolver, pelo menos a manter sob graus razoáveis de controle o problema identificado, bem como indicar as razões pelas quais a lei é necessária e adequada. Na fase legislativa, o projeto de lei é colocado em debate perante a Câmara dos Deputados e o Senado Federal, com vistas a alcançar o consenso democrático para a sua aprovação ou rejeição. A atuação das Comissões de ambas as casas é de suma importância, cabendo principalmente a elas o cumprimento dos deveres de dar razões, de informar e de consultar as partes interessadas. No âmbito das Comissões devem ser realizados, ainda, os estudos de impacto legislativo, a fim de estimar os efeitos esperados com a edição da lei. Por fim, a fase pós-legislativa avaliará se a lei satisfaz os objetivos que, *ex ante*, estava destinada a cumprir. Portanto, quanto mais o legislador cumprir com os seus deveres, durante o trâmite do processo legislativo, mais a lei penal será considerada racional e, em última análise, legítima.

6. REFERÊNCIAS

- ALENCASTRO, Luiz Felipe de. *O trato dos viventes: formação do Brasil no Atlântico Sul*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- ALMEIDA, Marta Tavares de. A contribuição da Legística para uma política de legislação: concepções, métodos e técnicas [painel 3]. Congresso Internacional de Legística: qualidade da lei e desenvolvimento, 2007, Belo Horizonte, MG. *Legística: qualidade da lei e desenvolvimento*. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2009.
- ATIENZA, Manuel. *Contribución a una teoría de la legislación*. Madrid: Civitas, 1997.
- ATIENZA, Manuel. Contribución para una teoría de la legislación. In: CARBONELL, Miguel; PEDROZA DE LA LLAVE, Susana Thalía (Coord.). *Elementos de técnica legislativa*. México: Universidad Autónoma, 2000.
- ATIENZA, Manuel. *O direito como argumentação*. Trad. Manuel Poirier Braz. Lisboa: Escolar Editora, 2014.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3. ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

- BARBERET, Rosemary. La investigación criminológica y la política criminal. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, [s.l.], n. 5, p. 221-244, 2000. Disponível em: [<https://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/24753>]. Acesso em: 31.03.2022.
- BECERRA, José. Institutional redesign proposals for the preparation of Criminal Policy by the Government. The focus on *ex ante* evaluations. In: NIETO MARTÍN, Adán; MORALES ROMERO, Marta Muñoz de. *Towards a rational legislative evaluation in Criminal Law*. Switzerland: Springer, 2016.
- BECERRA MUÑOZ, José. La toma de decisiones legislativas penales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, [s.l.], n. 99, p. 125-158, set.-dez. 2013.
- BONO LÓPEZ, María. La racionalidad lingüística en la producción legislativa. In: CARBONELL, Miguel; PEDROZA DE LA LLAVE, Susana Thalía (Coord.). *Elementos de técnica legislativa*. México: Universidad Autónoma, 2000.
- CARBONELL, Miguel. Los objetos de las leyes, los reenvíos legislativos y las derogaciones tácitas. In: CARBONELL, Miguel; PEDROZA DE LA LLAVE, Susana Thalía (Coord.). *Elementos de técnica legislativa*. México: Universidad Autónoma, 2000.
- CAUPERS, João; ALMEIDA, Marta Tavares de; GUIBENTIEF, Pierre. *Feitura das leis: Portugal e Europa*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2014.
- CENTRO de Estudos de Segurança e Cidadania. *Um tiro no pé: impactos da proibição das drogas no orçamento do sistema de justiça criminal do Rio de Janeiro e São Paulo*. Disponível em: [<https://drogasquantocustaproibir.com.br/seguranca-e-justica/>]. Acesso em: 18.03.2022.
- BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: parte geral*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. t. I.
- CALATAYUD, Manuel Maroto. Criminal policy evaluation and rationality in legislative procedure: the example of Sweden. In: NIETO MARTÍN, Adán; MORALES ROMERO, Marta Muñoz de. *Towards a rational legislative evaluation in Criminal Law*. Switzerland: Springer, 2016.
- CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008A.
- CARVALHO, Salo de. Em defesa da lei de responsabilidade político-criminal. *Boletim do IBCCRIM*, São Paulo, v. 16, n. 193, p. 8-10, dez. 2008B.
- DELLEY, Jean-Daniel. Lei e políticas públicas: mecanismos de avaliação [painel 5]. In: Congresso Internacional de Legística: qualidade da lei e desenvolvimento, 2007, Belo Horizonte, MG. *Legística: qualidade da lei e desenvolvimento*. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2009.
- DELNOY, Paul. De la légistique conçue comme la science de la création du droit écrit. In: AUER, Andreas et al. (Ed.). *Aux confins du droit: essais en l'honneur du Professeur Charles-Albert Morand*. Bâle: Helbing & Lichtenhahn, 2001.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais: teoria e prática*. Trad. Luiz Regis Prado. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016.

- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. Presupuestos de un modelo racional de legislación penal. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, [s.l.], n. 24, p. 485-523, 2001. Disponível em: [<https://doxa.ua.es/article/view/2001-n24-presupuestos-de-un-modelo-racional-de-legislacion-penal>]. Acesso em: 23.03.2022.
- DONINI, Massimo. La relación entre derecho penal y política: método democrático y método científico. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; NEUMANN, Ulfrid; NIETO MARTÍN, Adán. *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003.
- FERREIRA, Carolina Costa. O estudo de impacto legislativo como estratégia de enfrentamento a discursos punitivos na execução penal. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2016.
- FLÜCKIGER, Alexandre; DELLEY, Jean-Daniel. A elaboração racional do direito privado: da codificação à legística. Trad. Paulo Roberto Magalhães. *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, v. 9, n. 14, p. 35-58, jan.-dez. 2007. Disponível em: [<https://cadernosdolegislativo.almg.gov.br/seer/index.php/cadernos-ele/article/view/312/0>]. Acesso em: 24.03.2022.
- GALBRAITH, J. Kenneth. *Anatomia do poder*. Trad. Hilário Torloni. São Paulo: Pioneira, 1984.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; RAMOS, Marcelo Butelli. O respeito agonístico como princípio de legitimação (substancial) da racionalidade legislativa aplicada à produção de normas penais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 147, p. 779-811, set. 2018.
- HASSEMER, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy*. Trad. Patricia S. Ziffer. 2. ed. Buenos Aires: Ad Hoc, 2003.
- JÄÄSKELÄINEN, Federico de Montalvo. Potestad legislativa y evaluación *ex post* de las normas: hacia un mejor parlamento a través de la regulación inteligente. *Revista de Las Cortes Generales*, [s.l.], n. 97-99, p. 79-184, dez. 2016. Disponível em: [<https://revista.cortesgenerales.es/rcg/article/view/18>]. Acesso em: 25.03.2022.
- KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. *Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro, n. 1, p. 79-92, jan.-jun. 1996.
- KARPEN, Ulrich. La implantación de la evaluación legislativa en Europa: modelos y tendencias actuales. In: PARDO FALCÓN, Javier; PAU I VALL, Francesc (Coord.). *La evaluación de las leyes: XII Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*. Madrid: Editorial Tecnos, 2006. Disponível em: [[www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/91028FBDCC20F-FEB052578CC006F420A/\\$FILE/4_Implantaci%C3%B3n.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/91028FBDCC20F-FEB052578CC006F420A/$FILE/4_Implantaci%C3%B3n.pdf)]. Acesso em: 17.03.2022.
- KARPEN, Ulrich. The obligation to evaluate the effects of laws on the exercise of fundamental rights. In: AUER, Andreas et al. (Ed.). *Aux confins du droit: essais en l'honneur du Professeur Charles-Albert Morand*. Bâle: Helbing & Lichtenhahn, 2001.

- LAURENTIS, Lucas de; DIAS, Roberto. A qualidade legislativa no direito brasileiro: teoria, vícios e análise do caso do RDC. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 52, n. 208, p. 167-187, out.-dez. 2015. Disponível em: [www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/517703]. Acesso em: 17.03.2022.
- LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro. Técnica legislativa y proyectos de ley. In: CARBONELL, Miguel; PEDROZA DE LA LLAVE, Susana Thalía (Coord.). *Elementos de técnica legislativa*. México: Universidad Autónoma, 2000.
- MADER, Luzius. Evaluating the effects: a contribution to the quality of legislation. *Statute Law Review*, [s.l.], v. 22, n. 2, p. 119-131, 2001. Disponível em: [https://core.ac.uk/download/pdf/85212314.pdf]. Acesso em: 22.03.2022.
- MADER, Luzius. Legística: história e objeto, fronteiras e perspectivas [painel 2]. In: Congresso Internacional de Legística: qualidade da lei e desenvolvimento, 2007, Belo Horizonte, MG. *Legística: qualidade da lei e desenvolvimento*. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2009.
- MARCOS, Francisco. Calidad de las normas jurídicas y estudios de impacto normativo. *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 179, p. 333-365, maio-ago. 2005. Disponível em: [www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/27483franciscomarcosrap179.pdf]. Acesso em: 08.03.2022.
- MÁRQUEZ, Piedad García-Escudero. Nociones de técnica legislativa para uso parlamentario. *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, [s.l.], n. 13, p. 121-164, 2005. Disponível em: [www.asambleamadrid.es/documents/20126/64823/R.13.%20Piedad%20Garcia%20Escudero%20Marquez.pdf/40b36af5-f64e-57e7-f551-beaaeb491bad]. Acesso em: 07.04.2022.
- MÁRQUEZ, Piedad García-Escudero. Objetivo: mejorar la calidad de las leyes: cinco propuestas de técnica legislativa. *Revista de las Cortes Generales*, [s.l.], n. 80, p. 59-105, ago. 2010. Disponível em: [https://revista.cortesgenerales.es/rcg/article/view/271]. Acesso em: 04.04.2022.
- MORALES ROMERO, Marta Muñoz de. Evaluación legislativa y racionalidad en al ámbito penal europeo (y nacional). *Revista General de Derecho Penal*, [s.l.], n. 14, p. 1-48, 2010. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1720411]. Acesso em: 04.03.2022.
- NINO, Carlos Santiago. *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.
- NINO, Carlos Santiago. *Los límites de la responsabilidad penal*. Una teoría liberal del delito. Buenos Aires: Astrea, 1980.
- NOVOA MONREAL, Eduardo. *O direito como obstáculo à transformação social*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.
- NUNES LEAL, Vitor. Problemas de técnica legislativa. *Revista de Direito Administrativo*, [s.l.], v. 2, n. 1, p. 429-447, 1945. Disponível em: [https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8211]. Acesso em: 21.03.2022.

- PAULA, Felipe de; ALMEIDA, Guilherme Alberto Almeida de. Avaliação legislativa e projeto pensando o Direito: uma afortunada aproximação. In: BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. *O papel da pesquisa política legislativa: metodologia e relato de experiências do Projeto Pensando o Direito*. Brasília: Ministério da Justiça, 2013.
- PIRES, Álvaro Penna et al. Análise das justificativas para a produção de normas penais. Série: *Pensando o Direito*, São Paulo, n. 32, set. 2010. Disponível em: [http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/32Pensando_Direito1.pdf]. Acesso em: 06.04.2022.
- RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: evolução e o sentido do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- RIVERA LEÓN, Mauro Arturo; MARTÍNEZ FABIÁN, Constantino. *Cuando la forma es fondo: estudios de técnica legislativa y legilingüística*. Cidade do México: Editorial Flores, 2015.
- RODRÍGUEZ, Reyes. El proceso de producción legislativa. Un procedimiento de diseño institucional. *Isonomia*, México, n. 13, p. 191-204, out. 2002. Disponível em: [www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-0218200000200191]. Acesso em: 22.01.2022.
- RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, Samuel. La ¿evaluación? de las normas penales en España. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, [s.l.], n. 18, 2016. Disponível em: [<http://criminnet.ugr.es/recpc/15/recpc15-07.pdf>]. Acesso em: 04.02.2022.
- RUIVO, Marcelo Almeida. Legislação penal e ciências criminais: por uma teoria orientadora dos interesses político-criminais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 147, p. 587-614, set. 2018.
- RUIZ SANZ, Mario. De la ciencia de la legislación hacia la técnica legislativa. *Anuario de Filosofía del Derecho*, [s.l.], n. 13-14, p. 637-650, 1996-1997.
- SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. Avaliação legislativa no Brasil: apontamentos para uma nova agenda de pesquisa sobre o modo de produção das leis. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 3, n. 2, p. 228-249, jul.-dez. 2013. Disponível em: [www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/2219]. Acesso em: 01.03.2022.
- SCALCON, Raquel Lima. Avaliação de impacto legislativo: a prática europeia e suas lições para o Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 54, n. 214, p. 113-130, abr.-jun. 2017. Disponível em: [www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p113]. Acesso em: 17.03.2022.
- SCALCON, Raquel Lima. Breves reflexões sobre a racionalidade do processo legislativo e seu impacto na presunção e no controle de constitucionalidade da lei penal. In: D'AVILA, Fábio Roberto et al. *Direito Penal e Constituição: diálogos entre Brasil e Portugal*. Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2018.

- SILVA, José Justino de Andrade e [redator]. *Collecção chronologica da legislação portugueza*, compilada e anotada. Legislação de 1603 a 1612. Lisboa: Imprensa de J. J. A. Silva, 1854.
- SILVA, Ligia Osório. *Terras devolutas e latifúndio*: efeitos da lei de 1850. 2. ed. Campinas: Editora da UNICAMP, 2008.
- SOARES, Fabiana de Menezes. Legística: história e objeto, fronteiras e perspectivas [painel 2]. In: Congresso Internacional de Legística: qualidade da lei e desenvolvimento, 2007, Belo Horizonte, MG. *Legística: qualidade da lei e desenvolvimento*. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2009.
- TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.
- TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 4. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.
- VIEIRA, Eduardo S. S. Desafios e estratégias para a implantação da avaliação de impacto legislativo. In: MENEGUIN, Fernando B.; SILVEIRA E SILVA, Rafael (Coord.). *Avaliação de impacto legislativo: cenários e perspectivas para sua aplicação*. Brasília: Senado Federal 2017.
- WALDHOFF, Christian. On constitutional duties to give reasons for Legislative Acts. In: MEßERSCHMIDT, Klaus; OLIVER-LALANA, Daniel. *Rational Lawmaking under Review*. Legisprudence According to the German Federal Constitutional Court. Switzerland: Springer, 2016.



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Penal; Constitucional

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- En busca de la racionalidad: la necesidad de un nuevo camino para la política legislativa penal de Brasil, de Chiavelli Falavigno – *RBCCrim* 175/19-39; e
- O respeito agonístico como princípio de legitimação (substancial) da racionalidade legislativa aplicada à produção de normas penais, de Ricardo Jacobsen Gloeckner e Marcelo Buttelli Ramos – *RBCCrim* 147/779-811.