

NOTAS PARA UM MODELO DE RACIONALIDADE LEGISLATIVA EM MATÉRIA PENAL

NOTES FOR A MODEL OF LEGISLATIVE RATIONALITY IN CRIMINAL MATTERS

Marcos Afonso Johner¹

Resumo: Este artigo objetiva verificar como tornar mais racional o processo legislativo em matéria penal, de modo a responder ao seguinte problema: quais os parâmetros adequados para racionalizar o processo legislativo em matéria penal? O texto seguirá o método de abordagem hipotético-dedutivo, mediante pesquisa bibliográfica, reunindo livros jurídicos e artigos acadêmicos relacionados ao tema estudado. Ao final constatar-se-á que um processo legislativo que se pretenda racional deve ser guiado por três níveis distintos: um relativo à fase pré-legislativa, contendo as causas do problema; outro, correspondente ao processo legislativo propriamente dito, reunindo os critérios de elaboração da lei; e, por fim, um relacionado à fase pós-legislativa, que avalie se a lei cumpriu os objetivos aos quais se propunha.

Palavras-chave: Racionalidade; Processo Legislativo; Direito Penal.

Abstract: This article aims to verify how to make the legislative process in criminal matters more rational, in order to answer the following problem: what are the appropriate parameters to rationalize the legislative process in criminal matters? The text will follow the hypothetical-deductive approach method, through bibliographic research, gathering legal books and academic articles related to the studied topic. To conclude that a legislative process that is intended to be rational must be guided by three distinct levels: one related to the pre-legislative phase, containing the causes of the problem; another, corresponding to the legislative process itself, meeting the criteria for drafting the law; and, finally, one related to the post-legislative phase, which assesses whether the law has fulfilled the objectives for which it was proposed.

Keywords: Rationality; Legislative Process; Criminal Law.

1- Mestre em Ciências Criminais (PUCRS)-Brasil.

1. INTRODUÇÃO

O Direito Penal consiste numa das expressões mais evidentes do aparato punitivo do Estado, e é, sem dúvidas, a mais coativa, sendo a única, com a exceção da prisão civil por alimentos, que pode privar o ser humano da sua liberdade. O controle social exercido pelos diversos mecanismos de repressão penal parece diminuir, cada vez mais, o espaço de livre desenvolvimento da personalidade. Contexto que, à diferença de um regime autoritário, não pode ser considerado normal no Estado Democrático de Direito.

Diante disso, parece necessário pôr em xeque a noção de que o Direito Penal é um instrumento de pacificação social, de manutenção da ordem, de conservação das liberdades, noção esta tão bem expandida nos manuais pátrios e estrangeiros, posta com tal naturalidade que é pouco debatida, tornando-se um dogma praticamente intangível e lugar comum de consenso. É preciso reconhecer que o Direito Penal é, acima de tudo, exercício de poder, e, como tal, tende a expandir-se. Uma dogmática penal democraticamente legítima deve ser uma dogmática que contenha a expansão desse poder.

Em tempos de populismo, de uso da mídia como instrumento de propagação do medo, é comum o recurso ao Direito Penal para acalmar os ânimos da população, ora lhe apresentando uma nova lei incriminadora, ora uma lei que aumente a pena de um crime já existente ou, ainda, que recrudesça o regime da execução penal. A efetividade e a eficácia do sistema não são objeto de debate pelos órgãos de controle social, que preferem encontrar respostas fáceis a problemas complexos.

A enxurrada de leis penais, muitas vezes sem o regime de consenso que demanda o Estado Democrático, implica a intensificação do controle social e a minimização do direito de liberdade. Como diria Erasmo de Roterdã (apud RUIZ SÁNZ, 1996-1997, p. 637, tradução nossa), “convém que as leis sejam as menos possíveis, que sejam justas e dirigidas ao bem comum, e conhecidas detalhadamente pelo povo”. Diante disso, prossegue o humanista, é “feio que alguns façam uso das leis como armadilhas para emaranhar, nelas, o maior número possível, não como quem vela pelo interesse da república, mas como quem captura uma presa. Finalmente, as leis devem ser redigidas com palavras claras e sem ambiguidade [...]”.

Breve esboço que revela a necessidade de uma *teoria*, de uma *ciência da legislação*, que imponha limites ao legislador em matéria penal, de modo a impedir a expansão desmesurada do poder punitivo. O que se procura é uma *racionalidade do processo legislativo em matéria penal*, que fixe determinados parâmetros de observância obrigatória pelo legislador, ao criar uma lei penal que implique a diminuição da liberdade geral dos cidadãos. Parâmetros estes que envolvam os mais variados aspectos, como, p. ex., a técnica, a clareza da redação, a inexistência de ambiguidades e a identificação do bem jurídico tutelado.

O trabalho seguirá o método de abordagem hipotético-dedutivo, tendo o seguinte problema e as correlatas hipóteses: Quais os parâmetros adequados para racionalizar o processo legislativo em matéria penal? Propor-se-á um tripé escalonado de parâmetros para aferir a racionalidade do processo legislativo, representados pelos estágios da racionalidade pré-legislativa, da racionalidade do processo legislativo propriamente dito e da racionalidade pós-legislativa. A primeira contém os requisitos para a proposição do projeto de lei; a segunda, os requisitos para verificar a necessidade e a adequação da lei; e, a terceira, os requisitos para avaliar, *ex post*, se a lei satisfaz os objetivos que *ex ante* estava destinada a cumprir.

O artigo será dividido em quatro seções. Na primeira delas, destacar-se-ão os motivos pelos quais se revela importante estabelecer um modelo de racionalidade legislativa em matéria penal. Depois desse arranjo, iniciar-se-á a análise dos planos de racionalidade legislativa propostos, começando pela racionalidade pré-legislativa, na sequência passando para a racionalidade legislativa propriamente dita e, por fim, concluindo com a racionalidade pós-legislativa.

2. A IMPORTÂNCIA DE UM MODELO DE RACIONALIDADE LEGISLATIVA EM MATÉRIA PENAL

Vivemos um tempo marcado pela complexidade, lugar comum de uma rede de expectativas recíprocas de comportamento, com mais possibilidades existentes se comparadas àquelas que efetivamente podem ser realizadas. Como é intuitivo, para cada uma dessas possibilidades há outra contrária, que se exterioriza, muitas vezes, de modo diferente do esperado, o que resume, em breves linhas, o seu caráter contingencial (LUHMANN, 1983). A complexidade e a contingência são marcas da sociedade de risco atual, marcada pela globalização, pela inexistência de limites territoriais. À diferença de outrora, “os riscos civilizatórios atuais tipicamente escapam à percepção, ficando pé sobretudo na esfera das fórmulas físico-químicas (por exemplo, toxinas nos alimentos ou a ameaça nuclear)” (BECK, 2010, p. 25-26).

Nesse cenário, o ideal matemático de quantificação e de redução de complexidade newtoniano, o mecanicismo – que pode ser considerado o grande paradigma da ciência moderna –, não resistiu aos rombos causados pela relatividade de Einstein e pelo princípio da incerteza de Heisenberg. As novas descobertas físico-químicas alteraram substancialmente a direção da ciência e o modo como percebemos e nos situamos no mundo. De um mundo estático para um mundo em movimento; de um mundo que aspirava à previsibilidade dos fenômenos para um mundo cada vez mais imprevisível. Uma nova realidade que se estendeu às ciências sociais, até porque, ao fim e ao cabo, todo conhecimento científico-natural acaba sendo científico-social (SANTOS, 1995).

Essa reviravolta na ciência favoreceu o incremento dos riscos contemporâneos. Basta pensar no trânsito de veículos automotores, na manipulação genética e na energia nuclear. Muitas dessas atividades têm como característica a globalização do risco, marcada por um componente futuro, por “destruições que ainda não ocorreram, mas que são iminentes, e que, justamente nesse sentido, já são reais hoje” (BECK, 2010, p. 39). Tais atividades são paradoxais, pois, ao mesmo tempo em que colocam em risco e podem afetar a vida ou a saúde humana, também apresentam benefícios, como a melhora na qualidade e expectativa de vida, a facilidade de deslocamento etc., sendo consideradas imprescindíveis no mundo atual. Por um lado, tais atividades não estão, em princípio, proibidas, cabendo ao Direito regulá-las. Em breves palavras, trata-se do chamado *risco permitido*.

Por outro lado, muitos desses riscos podem trazer uma sensação de insegurança à sociedade. O legislador, no afã de conferir uma resposta ao problema, tende a recrudescer a legislação penal, criando novos crimes, aumentando a pena dos já existentes, endurecendo os regimes de execução da pena etc. Essa expansão tende a desembocar no chamado *Direito Penal Secundário*, relacionado, essencialmente, “com a ordenação jurídico-constitucional relativa aos *direitos sociais e à organização econômica*” (FIGUEIREDO DIAS, 2007, p. 121, grifo do autor), protegendo a esfera de atuação social do homem, geralmente em leis avulsas, não integradas nos Códigos Penais². Acontece que esse processo de descodificação e de intensificação legislativa pode acarretar sérias disfunções à operatividade do sistema, dando lugar a uma estrutura legal hipertrofiada e propícia à maximização da ineficácia jurídico-penal (CARVALHO, 2008A, p. 87).

Além disso, a deterioração de realidades tradicionalmente abundantes, que começam, paulatinamente, a transformarem-se em bens escassos, como o meio ambiente, também favorece, segundo Silva Sánchez (2001, p. 66-68), a expansão do Direito Penal. Determinados movimentos, que outrora repudiavam o uso indiscriminado do aparato punitivo, agora encabeçam a tendência em ampliá-lo, em prol dos seus interesses. Busca-se, no permanente recurso à inflacionária legislação penal, uma (aparente) solução fácil aos problemas sociais, relegando ao plano simbólico aquilo que deveria ser resolvido em

2- O Direito Penal secundário guarda íntima relação com o Estado Social de Direito e com os direitos de segunda geração, a exemplo dos já citados direitos sociais e econômicos. De acordo com Díez Ripollés (2001, p. 486, tradução nossa), “a aparição e consolidação do estado social de direito consagra um ativismo normativo, no qual, à já perdida racionalidade da lei, acresce-se o seu transbordamento para regulamentos e normas de nível inferior, instrumentos com melhores prestações na nova sociedade intervencionista”.

nível instrumental, isto é, da proteção efetiva³. A técnica de tutela penal passa por uma inegável antecipação da punibilidade, antecipação esta que parece relacionada e justificada pelo componente futuro do risco. Nessa senda, os delitos de dano não se mostra(r)iam satisfatórios para lidar com a complexidade contemporânea, de modo a tornar-se cada vez mais usual o recurso à técnica de incriminação de perigo, principalmente abstrato, além do recurso às normas penais em branco (SILVA SÁNCHEZ, 2001, p. 29-30; DÍEZ RIPOLLÉS, 2001, p. 489).

Nesse cenário, o legislador adere, muitas vezes, a um *processo legislativo irracional*, processo este que no mais das vezes é rápido como um tufão, mas incerto como um ébrio (excerto literário de ASSIS, 2012, p. 48), sem conferir a devida atenção à importância da matéria, aos seus reflexos empíricos, à técnica empregada, à clareza da linguagem, e, sem perder de vista outras questões, ao tempo necessário para os debates e esclarecimentos sobre o objeto da futura lei. Um processo legislativo cuja duração se pretenda racional deve ser capaz de gerir com parcimônia a tensão entre o grau de complexidade do tema e o grau de urgência da tomada de decisão. Noutras palavras, deliberações demasiado curtas e dilações excessivamente longas tendem a dificultar soluções jurídicas aptas a, em alguma medida, responder ao problema concreto, objeto da intervenção penal (SCALCON, 2018, p. 398).

O processo legislativo que não observe as questões acima delineadas tende a desembocar numa legislação meramente simbólica, que, em sentido negativo, consiste no “espaço conferido ao populismo ou ao uso político do Direito Penal” (HOMMERDING; COSTA LYRA, 2014, p. 61). Além do mais, “um excessivo valor simbólico do direito produz, necessariamente, um incentivo a não levá-lo a sério e a enfraquecer as razões que o justificam” (CALSAMIGLIA, 1993, p. 172, tradução nossa).

Do mesmo modo, o processo legislativo que desatenda às diretrizes de racionalidade propende a produzir leis arbitrárias e desconexas. Isso parece ser prejudicial não só para os cidadãos em geral, mas também para o aplicador e intérprete, diante da dificuldade, originada pelo vastíssimo horizonte de preceitos incriminadores, em divisar com clareza as condutas lícitas das ilícitas. Noutras palavras, o extensivo volume de leis penais parece embaraçar o correspondente processo comunicacional, no que toca à clareza do seu conteúdo e das suas consequências. Não à toa Juárez Tavares afirmar que

Esta separação das zonas do lícito e do ilícito é uma condição de garantia da liberdade da pessoa humana e só pode ser satisfeita se formalizada por meio de um processo de comunicação absolutamente claro quanto ao conteúdo e às consequências das proibições ou imposições legais. Somente com o estímulo e a manutenção de um processo correto de comunicação quanto ao que é proibido e ao que é mandado pela norma se poderá assegurar a todos, em um primeiro momento da avaliação jurídica, uma atuação controlada quanto às suas expectativas de conduta e delimitar, ademais, o processo de sua imposição no tipo respectivo (TAVARES, 2016, p. 41).

Diante disso, a limitação ao poder de punir, mediante parâmetros de racionalidade legislativa, parece ser uma necessidade imediata. Dependendo, quase que única e exclusivamente, do controle de constitucionalidade para discutir a legitimidade da lei representa, para dizer o mínimo, um *déficit* de elaboração das normas pelo legislador. Ainda que o ordenamento jurídico brasileiro adote um sistema de freios e contrapesos, a ampliação dos poderes jurisdicionais pode acarretar, em relação às decisões do Parlamento, um desequilíbrio na independência e na harmonia exigida entre os Três Poderes (art. 2º, CF). De acordo com Zapatero Gómez (1994, p. 777, tradução nossa), a renovação dos estudos sobre a teoria da legislação tem, como um de seus objetivos, reforçar o princípio democrático: “trata-se de reivindicar que a lei é e tem que ser, enquanto decisão do órgão representativo, o critério relevante no momento de determinar o

3- De acordo com Salo de Carvalho (2008B), as reformas penais ocorrem a partir de dois eixos centrais. O primeiro deles consiste na resposta a casos emergenciais, como aconteceu com a Lei de Crimes Hediondos. As leis geralmente são impulsionadas, neste setor, pela demanda punitiva, representando a assim chamada política criminal populista ou populismo punitivo. O segundo eixo está relacionado aos projetos baseados em sistemas dogmáticos idealizados por notáveis, a exemplo da Lei nº 9.099/1995, que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Nesse caso, procura-se maior coerência, em termos dogmáticos, na elaboração da lei – não sendo estranho que, durante o seu trâmite, argumentos populistas alterem os projetos.

modelo de conduta devido e de decidir controvérsias concretas". Desse modo, em termos de legitimidade democrática, o ideal seria que o Poder Legislativo autofixasse os critérios de racionalidade de elaboração da lei, o que constituiria inquestionável indício de constitucionalidade da inovação legislativa.

Nesse horizonte, o *Projeto de Lei de Responsabilidade Político-Criminal* (PL n. 4.373/2016), em trâmite no Congresso Nacional, é um importante avanço. Na justificativa do PL, o seu autor, Dep. Wadih Damous (PT/RJ), destacou que "a ausência de quaisquer investigações empíricas prévias ou de estudos técnicos aprofundados faz com que o parlamento, muitas vezes seja levado a votar essas propostas [refere-se aos projetos de lei que pretendam criar novos tipos penais, aumentar a pena dos já existentes ou recrudescer a execução penal] sem ter a real dimensão dos seus impactos na vida cotidiana de milhões de brasileiros". O parlamentar frisou, também, que, "após a democratização, [o Brasil] criminalizou mais que o dobro em praticamente metade do tempo, em comparação com o período da ditadura militar. Tal constatação, coloca em cheque a própria efetivação do regime democrático".

Pelas razões apontadas, o autor do PL n. 4.373/2016 questionou a eficácia do desmedido uso do Direito Penal, visualizando a necessidade de "trazer um freio racional ao punitivismo para qualificar e munir os debates legislativos com dados e análises dos seus impactos". Para tanto, foi previsto, no art. 1º do PL n. 4.373/2016, que "a proposta legislativa que tratar da criação de novos tipos penais, aumentar a pena cominada ou tornar mais rigorosa a execução da pena deverá ser submetida à *análise prévia de impacto social e orçamentário*" [grifo nosso]. A análise do 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" (art. 3º; PL n. 4.373/2016). Já "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" (art. 4º; PL n. 4.373/2016).

No ambiente acadêmico, o reclamo pela necessidade de uma Lei de Responsabilidade Político-Criminal encontrou eco já em 2008, pela voz de Salo de Carvalho. Segundo o autor, o projeto estaria vinculado à necessidade de investigação das consequências da nova lei no âmbito da administração da Justiça Criminal, tanto na esfera Judicial quanto na esfera Executiva, mediante um Estudo Prévio de Impacto Político-Criminal, exigindo, também, exposição da dotação orçamentária para a sua implementação (CARVALHO, 2008B). Desse modo, em projetos de lei que ampliassem o poder de punir, tornar-se-ia obrigatória a apresentação do número estimado de novos processos criminais que seriam julgados pelo Judiciário, o número de novas vagas nos estabelecimentos penais para atender à demanda, bem como o volume e a origem dos recursos para que a lei seja efetivamente implantada (CARVALHO, 2008B). Afinal, se o Poder Público objetiva criar novos delitos, aumentar as penas ou recrudescer as formas de execução penal, a escolha deve impor dever e implicar responsabilidades (CARVALHO, 2008B).

O PL nº 4.373/2016 merece elogios pelo seu pioneirismo e pela tentativa de conferir maior racionalidade ao processo legislativo em matéria penal. Apesar de constituir um caminho necessário, ele ainda é insuficiente, demandando o acréscimo de outros parâmetros, atentos aos diversos percursos trilhados durante o processo legislativo. Propor-se-ão, de tal modo, três níveis de racionalidade⁴: a *racionalidade pré-legislativa*, que antecede o processo legislativo e tem por conteúdo a proposição do projeto de lei; a *racionalidade do processo legislativo propriamente dito*, que ocorre durante a tramitação do projeto de lei no Congresso Nacional; e a *racionalidade pós-legislativa*, que é posterior à promulgação da lei, tendo por objetivo avaliar os resultados práticos da inovação legislativa. Tal modelo "permite entender como se vão modelando e negociando as instituições, de tal forma que podemos explicar porque as normas são como são, porque a política pública adquiriu, concretamente, o desenho institucional que tem" (RODRÍGUEZ, 2002, p. 202, tradução nossa).

4- Por ora, abster-se-á de procurar um conceito da *racionalidade em si mesma*. De todos os modos, parece que, na companhia de Díez Ripollés (2001, p. 502), tal conceito pretende expressar uma interação coerente entre a realidade e os dados que a constituem. Além disso, sendo o Direito Penal um meio de controle social, por racionalidade ter-se-ia de entender, ainda, a capacidade de elaborar uma decisão legislativa que atenda aos dados relevantes da realidade social e jurídica sobre os quais a lei incidirá.

3. A RACIONALIDADE PRÉ-LEGISLATIVA

O tipo penal é produto de uma valoração legislativa; noutros termos, “é o resultado da difícil tarefa de traduzir em palavras o fragmento de realidade que se deseja proibir; daí a sua inerente complexidade” (D’AVILA, 2016, p. 358). Desse modo, ao nível da *racionalidade pré-legislativa*, seria aconselhável que o parlamentar indicasse, na justificativa do projeto de lei, o bem jurídico a ser tutelado pelo novo tipo penal. Além disso, ele deveria explicar os motivos que o levaram a selecionar uma determinada conduta em relação de contradição àquele bem jurídico, ou seja, uma conduta que pode desencadear efeitos negativos ao valor a ser tutelado (sobre o assunto, cf. SCALCON, 2018, p. 2018).

Nesse sentido, parece recomendável exigir uma *análise das causas do problema*, em companhia da justificativa, a fim de avaliar a veracidade ou a falsidade dos motivos elegidos, pelo parlamentar, para a alteração legislativa. Zapatero Gómez (1994, p. 786, tradução nossa) aborda esse passo na fase de *planificação normativa*, na qual “o Governo encomenda a análise das causas do problema, examina as alternativas não normativas à sua disposição e, finalmente, em sendo o caso de recorrer à produção de uma norma, fixa os objetivos da mesma, instruindo o *expert* que fará a redação do anteprojeto”. Se bem vemos, tal exigência permitiria um acréscimo qualitativo nos debates do processo legislativo, trazendo ganhos para a delimitação dos contornos do tipo e da demarcação das zonas do lícito e do ilícito.

Trata-se de momento relativo à *base da prognose legislativa*, que, segundo Raquel Scalcon (2018, p. 394-395), “representa os dados fáticos recolhidos pelo legislador para delimitar o problema concreto e para eleger as medidas adequadas a saná-lo”. Contexto no qual podem surgir problemas de duas ordens. “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” (SCALCON, 2018, p. 395). “Em segundo lugar, é possível ter-se um ‘não problema’, decorrente da incapacidade do legislador de formular a questão problemática de modo minimamente claro”, caso em que, segundo Raquel Scalcon (2018, p. 395), “o suposto problema pode tanto estar muito vago quanto apresentar conteúdo contraditório ou, ainda, ter limites esfumados que impedem, conseqüentemente, a eleição de meios para solvê-lo. Se não há destino certo, qualquer caminho serve”.

4. A RACIONALIDADE DO PROCESSO LEGISLATIVO PROPRIAMENTE DITO

Depois de proposto o projeto de lei, ele geralmente é encaminhado para a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, designando-se um 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”, no âmbito da Câmara dos Deputados, e para “opinar sobre a constitucionalidade, juridicidade e regimentalidade das matérias que lhe forem submetidas”, em se tratando do Senado Federal (art. 34, IV, *a* e art. 101, I, dos Regimentos Internos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, respectivamente [RICC e RISF, de agora em diante]). Nessa etapa, de acordo com Reyes Rodríguez (2002, p. 199, tradução nossa), “a atividade relevante tem que ver, substancialmente, com a elaboração formal da lei, o que implica questões lógicas e de técnica legislativa para assegurar a correção jurídico-formal e linguística do corpo normativo”. Desse modo, “o objetivo é a construção de instituições jurídicas congruentes e consistentes internamente e com o sistema jurídico ao qual se integram” (RODRÍGUEZ, 2002, p. 199-200, tradução nossa). É o momento da *racionalidade do processo legislativo propriamente dito*.

Antes de iniciar os debates do projeto de lei no âmbito da CCJD, parece interessante a criação de uma *subcomissão permanente* de análise da racionalidade do processo legislativo em matéria penal, que poderia ser chamada, na ausência momentânea de melhor rubrica, de *Subcomissão permanente para análise de necessidade e adequação da lei penal*⁵. Os termos adequação e necessidade não foram sugeridos por acaso, tendo que ver com o já conhecido *princípio da proporcionalidade*, integrante dos princípios do Estado de Direito (FIGUEIREDO DIAS, 2007) e exigência fundamental de uma legislação racional (STRATENWERTH, 2005). A doutrina costuma tripartir o princípio da proporcionalidade a partir dos critérios da *adequação*, da *necessidade* e da *proporcionalidade em sentido estrito*. Propor-se-á um modelo estruturalmente duplo, em que a necessidade absorverá a proporcionalidade em sentido estrito, sendo analisada em primeiro lugar, seguida da adequação.

Para tanto, a subcomissão deverá avaliar, em um primeiro momento, se a medida é necessária, o que envolve verificar a existência de meios menos gravosos para a consecução do fim (ÁVILA, 2005, p. 122). Em termos penais, é preciso demonstrar que outros meios de defesa sejam insuficientes para a tutela do bem jurídico; vale dizer, se a intervenção administrativa ou a civil bastarem, o bem jurídico não precisa ser objeto de proteção pela esfera jurídico-penal (MIR PUIG, 1994, p. 166). Se a subcomissão considerar que a alteração ou a inovação da legislação penal seja necessária, o próximo passo será analisar, por exemplo, a técnica da redação, a clareza textual, o modo e a forma da prática da conduta e a proporcionalidade da sanção em relação ao preceito primário. Exame técnico que já incumbe às CCJDs, o que abre espaço, ademais, para discutir aspectos relacionados à *técnica legislativa*, entendida como “o conjunto de procedimentos e métodos utilizados para explicar o processo de criação das normas jurídicas” (RUIZ SÁNZ, 1996-1997, p. 644).

A questão da clareza textual parece estar relacionada com a *racionalidade linguística* abordada por Atienza, cuja finalidade é a comunicação fluída das mensagens normativas entre o emissor e o destinatário. Nesse plano, as leis “podem conter defeitos sintáticos ou obscuridade semânticas; podem não ter funcionado corretamente os meios de comunicação encarregados de transmitir a mensagem; é possível que os destinatários não tenham um nível de preparação adequado para compreender a mensagem etc.” (ATIENZA, 1997, p. 39, tradução nossa). Para incrementar a racionalidade linguística, sugere Atienza (1997, p. 39) que devem ser utilizados conhecimentos procedentes da linguística, da lógica, da informática ou da psicologia [cognitiva].

Depois do acerto da redação legal e, portanto, do aspecto da necessidade, passa-se ao exame da sua *adequação*, ou seja, se, na forma concreta em que o texto está redigido, ele demonstra aptidão para alcançar os objetivos propostos (CANOTILHO, 2003, p. 269-270), demonstração esta que deve ser guiada pelo conhecimento valorativo e empírico das ciências criminais (RUIVO, 2018, p. 602). Não só, agreguemos, das ciências criminais, mas de todos os campos em que a nova lei repercutirá efeitos, como o sociológico e o econômico. Estaríamos, aqui, ao nível da *racionalidade pragmática*, no qual “uma lei é irracional se, e na medida em que fracassa como diretiva, isto é, no seu propósito de influenciar o comportamento humano” (ATIENZA, 1997, p. 37, tradução nossa).

É o juízo de adequação que comportará a análise prévia de impacto social e orçamentário, tal como estipulada no PL nº 4.373/2016. O parecer a respeito do impacto social deverá indicar, por exemplo, “medidas alternativas compensatórias em caso de proposta legislativa que tratar de aumento de pena e restrição para progressão”. Já o parecer do impacto orçamentário “indicará a fonte dos recursos a ser usada para suprir os custos decorrentes da alteração legislativa proposta” (arts. 3º, § 1º, e 4º, § 1º, ambos do PL nº 4.373/2016).

5- ORICC permite que as Comissões Permanentes constituam, sem poder decisório, “Subcomissões Permanentes, dentre seus próprios componentes e mediante proposta da maioria destes, reservando-lhes parte das matérias do respectivo campo temático ou área de atuação” (art. 29, I). Do mesmo modo, o RISF dispõe que, “Ressalvada a Comissão Diretora, cabe às comissões permanentes, no âmbito das respectivas competências, criar subcomissões permanentes ou temporárias, até o máximo de quatro, mediante proposta de qualquer de seus integrantes” (art. 73).

De mais a mais, parece insuficiente uma análise meramente formal dos aspectos da nova lei⁶, cabendo à subcomissão deter-se, sobretudo, aos aspectos materiais, indissociáveis dos princípios basilares do Direito Penal. Destaque-se, sobretudo, o *princípio da legalidade*, no viés da *taxatividade*, já que as *leis obscuras* consistem num *mal* à garantia da liberdade, como já alertava Beccaria (1781, p. 15) no século XVIII. Um princípio de legalidade que, frise-se, não se esvaia apenas na forma, mas que irradie efeitos materiais, ancorado, sobretudo, nos princípios de ofensividade e de intervenção mínima. Daí a importância em submeter o legislador a critérios racionais desde o início da atividade legislativa, evitando, dessa forma, um arbítrio irracional, pois, se assim fosse, o recurso aos princípios limitadores ocorreria apenas no momento de aplicação da lei (DÍEZ RIPOLLÉS, 2001).

Afinal, é do processo legislativo que advêm as principais causas de atecnia das normas, cabendo ao direito intervir nesta fase, “ajudando o legislador na elaboração mais cuidadosa das normas, evitando, preventivamente, aqueles erros que, de outro modo, teriam que ser resolvidos, posteriormente, pelos juízes” (ZAPATERO GÓMEZ, 1994, p. 784). Um dos aspectos a avaliar é justamente o da *sistematicidade da lei*, ou seja, se ela não conflita com outras normas do ordenamento jurídico. Essa avaliação parece identificar-se com a *racionalidade jurídico-formal*, proposta por Atienza (1997, p. 32 et seq.), que considera irracional a lei na medida em que ela contribua a corroer a estrutura do ordenamento jurídico

Nesse sentido, Zaffaroni destaca que a ordem jurídica depende do funcionamento harmônico das normas proibitivas e dos preceitos permissivos. Para que a aspiração ética do Direito seja cumprida, afirma Zaffaroni (1996, p. 233-234, tradução nossa), “é necessário que essas normas e preceitos não operem de modo contraditório, porque a contradição é a arbitrariedade, isto é, aquilo que não pode ser internalizado, porque não assinala nenhuma pauta de conduta”. De modo tal que a existência de contradição implica o desaparecimento da ordem; e, “quando não há ordem, não há pautas; sem pautas, não há internalização possível, diante da falta de objeto; e, finalmente, essas contradições não podem aspirar a nenhuma ética” (ZAFFARONI, 1996, p. 234, tradução nossa).

Outra questão importante diz respeito a quem comporia a subcomissão. O art. 5º do PL nº 4.373/2016 dispõe que “o Conselho de Análise de impacto social e orçamentário de propostas penais será constituído no âmbito da Câmara dos Deputados e composto por servidores do quadro efetivo”. Além disso, seriam convidados a participar do 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, do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada e da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES (art. 6º). Para a proposta legislativa, “a atividade junto ao Conselho é considerada serviço público relevante e não remunerado” (art. 6º, parágrafo único, PL nº 4.373/2016).

O Conselho poderia fazer parte da Subcomissão a que aludimos. Além do mais, destaque-se o acerto da inclusão das entidades acima mencionadas no corpo do Conselho, já que elas poderiam aportar diferentes pontos de vista para o debate a respeito do projeto de lei. Entre os profissionais convocados pela CAPES, parece importante a participação de, pelo menos, uma pessoa com formação em língua portuguesa, a fim de avaliar a inexistência de contradições ou erros na redação legal, se a linguagem está acessível etc. Ao final, a Subcomissão elaboraria o parecer sobre o projeto de lei, opinando a respeito da aprovação ou rejeição, indicando os respectivos erros e acertos, além, é claro, dos impactos sociais

6- Os aspectos formais podem ser encontrados na Lei Complementar nº 95/1998 (LC nº 95/1998), que “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”. Esse diploma contém, por exemplo, a forma de estruturação (arts. 3º a 9º), da articulação e da redação (arts. 10 e 11) e da alteração das leis (art. 12).

e econômicos que a nova lei acarretaria⁷. O parecer seria encaminhado, então, ao relator do projeto de lei, que poderia designar audiência pública, se reputasse necessário um maior alcance da discussão (art. 58, § 2º, II, CF; art. 24, III, RICD; art. 90, II, RISF), ou encaminhar o projeto para votação pela CCJD, distribuindo, aos parlamentares, tanto o parecer da subcomissão, quanto o seu próprio. Ao apreciar a matéria, a Comissão, tendo conhecimento de ambos os pareceres, adotaria ou rejeitaria, total ou parcialmente, o projeto de lei, sugeriria o seu arquivamento⁸, formularia projeto dele decorrente, dar-lhe-ia substitutivo ou apresentaria emenda ou subemenda (art. 57, IV, RICD).

5. A RACIONALIDADE PÓS-LEGISLATIVA

Depois de todos os trâmites e da conversão do projeto em lei, mostra-se necessário regulamentar um estudo de impacto social e econômico *ex post*, a fim de avaliar se, durante o período de vigência, a inovação legislativa satisfaz os objetivos que, *ex ante*, estava destinada a cumprir. Trata-se do momento designado como *racionalidade pós-legislativa*, que “abrange a avaliação da adequação das normas ao sistema jurídico; a observação das finalidades incorporadas ao texto legal; bem como o cumprimento dos objetivos para os quais elas foram elaboradas” (RODRÍGUEZ, 2002, p. 201).

A própria Subcomissão, junto do Conselho, poderia realizar o estudo, submetendo os resultados, obrigatoriamente, à discussão da CCJD, para reanalisar a necessidade e a adequação da lei, a partir dos efeitos que ela repercutiu na *práxis*. Além do mais, as leis já em vigência deve(ria)m passar por um estudo de necessidade e adequação, a partir de bases empíricas que possam demonstrar a sua (in)eficácia. É o que se dá, sobretudo, com as *leis anacrônicas*, que já não têm, perante determinado contexto histórico-social, o grau de desvalor suficiente a justificar a incriminação. Além das leis anacrônicas, devem ser questionadas as leis que não cumprem a finalidade de dissuadir os destinatários em praticar as condutas tipificadas.

6. CONCLUSÃO

Trilhado o caminho que aqui desemboca, constata-se a confirmação das hipóteses no início enunciadas: um modelo de racionalidade legislativa em matéria penal deve obedecer a três ordens de ideias, alicerçadas em três níveis distintos. No primeiro deles, relativo à racionalidade pré-legislativa, o legislador deve apresentar as causas do problema pelo qual reputou necessária a intervenção legislativa. No segundo momento, correspondente à racionalidade do processo legislativo propriamente dito, o legislador deve verificar a necessidade e a adequação da lei penal para conferir uma resposta satisfatória à resolução do problema identificado. Por fim, no que toca à racionalidade pós-legislativa, o legislador deve avaliar se a lei conseguiu cumprir os objetivos aos quais se propunha.

7- A pluralidade do debate e a exposição das razões que levaram à criação da lei, para ficar, apenas, nesses dois aspectos, são importantes, por exemplo, na *interpretação histórica da lei*, pois o parecer poderá orientar o juiz a respeito dos motivos que levaram o legislador a tipificar determinada conduta, a aumentar a pena ou a recrudescer a execução penal. Além do que o juiz está – ou, pelo menos, deveria estar – vinculado à lei, de tal sorte que a *racionalidade jurisdicional* deve ter como pressuposto, segundo Díez Ripollés (2001, p. 497), um nível significativo de racionalidade legislativa. Ainda que os juizes dispensassem a lei e operassem apenas com base na Constituição, eles pressuporiam, nela, um considerável nível de racionalidade, justamente, legislativa. Há, portanto, um substrato de racionalidade comum à legislação e à jurisdição, o que permite que ambas se inter-relacionem.

8- Por razões de espaço, não poderemos aprofundar o estudo acerca das possíveis causas de arquivamento do projeto de lei. De todos os modos, parece-nos recomendável a exigência de um período de tempo pré-fixado para que o projeto tramite no Congresso Nacional. Período este que nem atropela as discussões, nem dilate excessivamente a tramitação. Um tempo que atenda à função de coordenação de que nos fala Norbert Elias (1998, p. 39 et seq.): o processo é tempo e, como tal, determinado para o alcance de objetivos precisos, pressupondo o conhecimento do momento favorável para que os atos sejam praticados. Portanto, se a deliberação do projeto de lei não ocorresse, por exemplo, em um ano (período hipotético), ele deveria ser arquivado.

Não se trata de uma resposta já fechada. Procurou-se tão somente apresentar o esboço de um modelo que possa servir de parâmetro ao legislador ao recrudescer a legislação penal. Num Estado Democrático do Direito, o recurso ao Direito Penal somente deve acontecer em casos especialmente graves, atendendo aos princípios de ofensividade e de intervenção mínima. O legislador não pode ser afoito em suas escolhas, pois está a lidar com espaços de liberdade das pessoas. Revela-se premente a necessidade de submetê-lo a determinados parâmetros de racionalidade, hábeis a conter a expansão desmesurada do poder punitivo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ASSIS, Machado de. **Memórias póstumas de Brás Cubas**. São Paulo: Martin Claret, 2012.
- ATIENZA, Manuel. **Contribución a una teoría de la legislación**. Madrid: Civitas, 1997.
- AVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- BECCARIA, Cesare. **Dei Delitti e Delle Pene**. Veneza: 1781.
- BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: Editora 34, 2010.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4.373, de 2016**. Cria a Lei de Responsabilidade Político-Criminal. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2016. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2077166>. Acesso em: 28 mar. 2020.
- CALSAMIGLIA, Albert. ¿Debe ser la moral el único criterio para legislar? **Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 13, p. 161-178. 1993. Disponível em: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10708/1/doxa13_08.pdf. Acesso em: 22 set. 2020.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 270.
- CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008A.
- _____. Em defesa da lei de responsabilidade político-criminal. **Boletim do IBCCRIM**, n. 193. Dezembro de 2008B.
- D'ÁVILA, Fabio Roberto. Tipo, ilícito e valor. Notas conceituais e sistemáticas. In: D'ÁVILA, Fabio Roberto; SANTOS, Daniel Leonhardt dos. **Direito Penal e política criminal**. Porto Alegre: Edipucrs, 2016, p. 344-377.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. Presupuestos de un modelo racional de legislación penal. **Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho**, 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: 16 set. 2020.
- ELIAS, Norbert. **Sobre o tempo**. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito penal: parte geral**. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- HOMMERDING, Adalberto Narciso; COSTA LYRA, José Francisco Dias da. **Racionalidade das leis penais e legislação penal simbólica**. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2014.
- LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Traduzido por Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.
- MIR PUIG, Santiago. **El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho**. Barcelona: Editorial Ariel, 1994.

RODRÍGUEZ, Reyes. El proceso de producción legislativa. Un procedimiento de diseño institucional. **Isonomia**, n. 13, p. 191-204. México. Outubro de 2002. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/pdf/is/n13/1405-0218-is-13-00191.pdf>. Acesso em: 24 set. 2020.

RUIVO, Marcelo Almeida. Legislação penal e ciências criminais: por uma teoria orientadora dos interesses político-criminais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 147, p. 587-614. São Paulo. Setembro de 2018.

RUIZ SANZ, Mario. De la ciencia de la legislación hacia la técnica legislativa. **Anuario de filosofía del derecho**, n. 13-14, p. 637-650. 1996-1997.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 7. ed. Porto: Edições Afrontamento, 1995.

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, p. 393-407.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001.

STRATENWERTH, Günther. **Derecho Penal**. Parte General. El hecho punible. Tradução para o espanhol de Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.

TAVARES, Juarez. **Teoria do crime culposo**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal: Parte General, III**. Buenos Aires: Ediar, 1996.

ZAPATERO GÓMEZ, Virgilio. De la jurisprudencia a la legislación. **Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 15-16, p. 769-789. Dezembro de 1994. Disponível em: <https://doxa.ua.es/article/view/1994-n15-16-de-la-jurisprudencia-a-la-legislacion>. Acesso em: 19 set. 2020

