

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
DOUTORADO

CONTROLE CONSTITUCIONAL DE FINS NO DIREITO PENAL

Porto Alegre
2016

RAQUEL LIMA SCALCON

CONTROLE CONSTITUCIONAL DE FINS NO DIREITO PENAL

Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, como requisito parcial para a obtenção do Título de Doutor em Direito.

Área de Concentração: Fundamentos da Experiência Jurídica.

Linha de Pesquisa: Fundamentos Dogmáticos da Experiência Jurídica.

Orientador: Prof. Dr. Tupinambá Pinto de Azevedo

Porto Alegre
2016

CIP - Catalogação na Publicação

Lima Scalcon, Raquel
Controle constitucional de fins no Direito Penal
/ Raquel Lima Scalcon. -- 2016.
291 f.

Orientador: Tupinambá Pinto de Azevedo.

Tese (Doutorado) -- Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre, BR-RS, 2016.

1. Controle Constitucional. 2. Proporcionalidade.
3. Fins no Direito Penal. 4. Prognose Legislativa.
5. Efeitos da Norma Penal. I. Pinto de Azevedo,
Tupinambá, orient. II. Título.

Elaborada pelo Sistema de Geração Automática de Ficha Catalográfica da UFRGS com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

RAQUEL LIMA SCALCON

CONTROLE CONSTITUCIONAL DE FINS NO DIREITO PENAL

Aprovação pela Banca Examinadora em 10 de junho de 2016.

Banca Examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Tupinambá Pinto de Azevedo
Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS – Brasil

Examinadora: Prof.^a Dr.^a Maria João da Baila Madeira Antunes
(Doutora em Direito pela Universidade de Coimbra – Portugal)

Examinadora: Prof.^a Dr.^a Helena Regina Lobo da Costa
(Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo – Brasil)

Examinador: Prof. Dr. Draiton Gonzaga de Souza
(Doutor em Filosofia pela Universidade de Kassel – Alemanha)

Examinador: Prof. Dr. Humberto Bergmann Ávila
(Doutor em Direito pela Universidade de Munique – Alemanha)

*Ao Guilherme, meu amor,
por compartilhar os sonhos desta existência.*

AGRADECIMENTOS

A escrita desta tese somente foi possível em razão do auxílio e do apoio de pessoas muito importantes em minha vida. Ao longo do caminho, todas elas, a seu modo, contribuíram para que o percurso, invariavelmente árduo, ao menos sempre fosse por mim percorrido em boa companhia.

Nesse sentido, agradeço muito ao Prof. Dr. Kai Ambos a acolhida como pesquisadora visitante na Cátedra de Direito Penal Internacional e Estrangeiro da prestigiosa Georg-August-Universität Göttingen, Alemanha, no primeiro semestre de 2014. Além do riquíssimo material de pesquisa disponível, das ótimas condições de estudo ofertadas e do ambiente de internacionalização e de excelência acadêmica, tive a oportunidade *única* de dialogar sobre o Direito e sobre a vida com outros pesquisadores que lá também provisoriamente se encontravam. Da feliz coincidência e da identificação surgiram belas amizades, razão pela qual agradeço imensamente a Rosa Ana Alija Fernández, Eneas Romero de Vasconcelos, Lucas Romero Montenegro, Saulo Monteiro de Matos, John Zuluaga e Diego Tarápues. À Rosa e ao Eneas, em especial, muito obrigada pelo incentivo e pelo diálogo constantes, os quais nem mesmo a distância foi capaz de cessar.

Sou grata, também, à Prof.^a Dr.^a Maria Laura Böhm, da Universidade de Buenos Aires (*DAAD Langdozentur*), com quem tenho o prazer de dialogar desde 2011, por ocasião da saudosa *1ª Escuela de Verano en Ciencias Criminales y Dogmática Penal alemana*, realizada também em Göttingen. Agradeço, em especial, a leitura dos capítulos iniciais desta tese, a opinião sincera sobre os problemas e os méritos da pesquisa, bem como a indicação de valioso referencial bibliográfico acerca do tema.

Especial menção é devida à Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, o que faço na pessoa do então Secretário Gabriel de Carvalho Sampaio. Graças ao Programa de Intercâmbio oferecido em agosto de 2015, pude melhor compreender a dinâmica concreta do Processo Legislativo Federal tanto no âmbito do Executivo quanto no Legislativo. Nenhum livro sobre a temática ofereceu-me uma dimensão tão complexa da produção normativa quanto o Intercâmbio, de modo que o conhecimento lá adquirido foi fundamental para a produção deste estudo.

Por sua vez, os integrantes da Banca do Exame de Qualificação, Prof.^a Dr.^a Maria João da Silva Baila Madeira Antunes (Univ. de Coimbra), Prof.^a Dr.^a Heloisa Estellita (FGV-SP), Prof. Dr. Luciano Feldens (PUCRS) e Prof. Dr. Humberto Ávila (UFRGS e USP) merecem um efusivo agradecimento. Seus apontamentos foram certos, obrigando-me a rever

variadas partes do trabalho ou a reafirmar outras tantas, tornando-o mais consistente em seus argumentos e mais cuidadoso em suas conclusões. Para além da seriedade acadêmica, também a generosidade de todos se revelou com clareza na iniciativa de me enviar artigos ou mesmo de me emprestar livros muito relevantes para a investigação.

Da mesma forma, é fundamental agradecer aos integrantes da Banca de Defesa de Tese, composta pela Prof.^a Dr.^a Maria João da Silva Baila Madeira Antunes (Univ. de Coimbra), pela Prof.^a Dr.^a Helena Lobo da Costa (USP), pelo Prof. Dr. Draiton de Souza (PUCRS) e pelo Prof. Dr. Humberto Ávila (UFRGS e USP). As discussões de alto nível travadas durante as arguições foram demonstração inequívoca do respeito e da generosidade de todos em relação às propostas desta tese. As principais críticas a ela dirigidas foram, na medida do possível, já analisadas e pontuadas no texto. Incluiu-se, da mesma forma, boa parte da bibliografia sugerida pelos examinadores. Por tudo isso, resta-me apenas agradecer a alegria e a honra de ter sido arguida, quando do meu Doutorado, por Professores por quem tenho a mais profunda e sincera admiração acadêmica.

Minha especial gratidão, ainda, ao Prof. Titular Dr. José Alcebíades de Oliveira Júnior, da Faculdade de Direito da UFRGS, pela Presidência dos trabalhos durante minha Banca de Defesa de Tese. Muito obrigada por representar o meu Orientador, Professor Dr. Tupinambá Pinto de Azevedo, que infelizmente estava impossibilitado de conduzi-la.

Ao Prof. Dr. Fabio Roberto D'Avila, da PUCRS, agradeço a oportunidade de discutir temas relevantes da dogmática penal. É fato: uma vez orientador, sempre orientador. Por tal motivo, fica aqui o registro da minha gratidão pelas oportunidades acadêmicas que o senhor me possibilitou, as quais enriqueceram não só a minha formação jurídica, mas, em especial, a minha compreensão de mundo.

Aos colegas de percurso acadêmico, Adriane Pires, Clara Masiero, Daniel Leonhardt, Denise Luz, Eduardo Correa, Emília Guiliani, Fernanda Tonetto, Inaê Oliveira, Laura Madrid, Marcelo Ruivo, Martha Termignoni, Stephan Darcie e Vinícius Vasconcellos, agradeço tanto a amizade quanto o diálogo sobre temas relevantes a este trabalho. Especial menção é devida à Emília, à Inaê, ao Eduardo e ao Vinícius, pela leitura de parcela destes originais, bem como pela sugestão de modificações e de bibliografia. À Emília, por fim, agradeço a alegria de compartilhar tantos momentos relevantes de minha vida acadêmica e pessoal.

À Prof.^a Dr.^a Vanessa Chiari Gonçalves, da UFRGS, sou grata pela orientação, pelo incentivo e pelo diálogo durante meu período de estágio docente na Graduação da Faculdade de Direito.

À Secretaria do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS, na pessoa de Rose de Azevedo, meu agradecimento pela ajuda e pela disponibilidade em esclarecer dúvidas durante o curso.

É importante mencionar também minha gratidão pelo auxílio econômico recebido da CAPES (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Ensino Superior), sem o qual uma dedicação integral ao estudo e à investigação não teria sido possível.

Já ao Prof. Dr. Tupinambá Pinto de Azevedo, meu orientador de Doutorado, mesmo o maior dos agradecimentos será pouco. Ao meu grande exemplo de sabedoria, de humanidade e de generosidade, cabe-me apenas dizer que tentarei ser, um dia, tão verdadeiramente professor quanto o senhor é. Muito obrigada por fazer-me compreender o que significa, afinal, a *transmissão* de um saber.

Agradeço, finalmente, aos meus pais, Artemio e Maria de Fátima, a certeza do apoio e do amparo incondicionais nos descaminhos da vida. E, de modo muito especial, ao Guilherme, cujo amor renovou, todos os dias, minha convicção no valor deste trabalho. Sem seu carinho, seu abraço e suas palavras de esperança e de coragem, as inúmeras concessões necessárias à escrita desta tese teriam se revelado insuportáveis. Muito obrigada por ter pacientemente caminhado ao meu lado durante o longo percurso deste projeto pessoal. Muito obrigada por dar verdadeiro sentido aos meus esforços, multiplicando as alegrias das conquistas e dividindo as dores dos insucessos.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADI – Ação Direita de Inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

BVerfG – Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal da Alemanha)

BVerfGE – Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Decisões do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha)

BVerwG – Bundesverwaltungsgericht (Tribunal Administrativo Federal da Alemanha)

BvR – Verfassungsbeschwerde (Reclamação Constitucional)

EAL - European Association of Legislation (Associação Europeia de Legislação)

IAL – International Association of Legislation (Associação Internacional de Legislação)

IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

MC em ADI – Medida Cautelar em Ação Direita de Inconstitucionalidade

OECD – Organization for Economic Cooperation and Development (Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Económica)

PL - Projeto de Lei

RE – Recurso Extraordinário

STF – Supremo Tribunal Federal

"Legislar é um experimento com destinos humanos".

*(Gesetzgeben ist ein Experimentieren mit
Menschenschicksalen.)*

JAHREIß, Hermann. *Grösse und Not der Gesetzgebung.*

Bremen: Schönemann, 1953, p. 32.

RESUMO

A presente investigação tem por objeto de exame o controle constitucional de fins no Direito Penal. Ela está amparada em uma premissa básica fundamental: a ideia de que, em um Estado Constitucional de Direito, o Direito Penal não é um fim em si mesmo, mas sim um instrumento que deve servir a fins constitucionais. Na medida em que os fins são considerados uma categoria juridicamente relevante, quer-se indagar se, por que, como e em que medida eles devem ser controlados durante o exame da validade constitucional de normas penais. Para tal desiderato, o trabalho é desenvolvido a partir de dois núcleos fundamentais, (i) o controle constitucional da eleição de fins no Direito Penal; (ii) o controle constitucional da realização de fins no Direito Penal. O primeiro capítulo preocupa-se em situar o problema dos fins no ordenamento jurídico, bem como em assentar os conceitos fundamentais para seu exame. No capítulo seguinte, desenvolve-se uma proposta de duplo controle constitucional da eleição de fins no Direito Penal. O terceiro capítulo, por sua vez, ocupa-se do problema da prognose legislativa em três âmbitos: definição conceitual, avaliação e reprovação (erro de prognose). No quarto e último capítulo, apresenta-se uma proposta de duplo controle constitucional da realização de fins no Direito Penal. Ao final, conclui-se que a assunção de um caráter cada vez mais instrumental pelas normas penais tem significativas repercussões no plano do seu controle constitucional. A verificação de sua validade demandará uma confrontação tanto entre norma constitucional e norma penal quanto entre norma constitucional e efeitos da norma penal.

Palavras-chaves: Controle Constitucional – Proporcionalidade – Fins no Direito Penal – Prognose Legislativa – Efeitos da Norma Penal.

ABSTRACT

The purpose of the present investigation is to examine the judicial review of the goals in Criminal Law. It relies on a fundamental basic premise, that is, the concept that in a Constitutional Rule of Law the Criminal Law is not a goal for its own sake, yet, an instrument for serving constitutional goals. As the goals are considered a juridically relevant category, one should inquire if, and why, how, and to what extent, they are to be controlled during the examination of the constitutional validity of criminal rules. For such desideratum the work development is based on two fundamental nuclei, (i) judicial review of the election of goals in Criminal Law; (ii) judicial review of the accomplishment of goals in Criminal Law. The main concern in the first chapter is the placement of goals in legal order, as well as the settlement of fundamental concepts for their examination. In the next chapter a proposal of double judicial review of the election of goals in Criminal Law is developed. The third chapter, in turn, takes up the issue of legislative prognosis in three scopes: conceptual definition, evaluation and failure (wrong prognosis). In the fourth and last chapter, a proposal of double judicial review of the accomplishment of goals in Criminal Law is presented. In conclusion, it must be said that the assumption of an increasingly instrumental nature by the criminal rules has significant repercussions in the scope of their judicial review. The evaluation of their validity will demand a confrontation between both constitutional and criminal rules and between constitutional rule and the effects of the criminal rule.

Key words: Judicial Review – Proportionality – Goals in Penal Law – Legislative Prognosis – Effects of the Criminal Rule.

ZUSAMMENFASSUNG

Die vorliegende Arbeit untersucht das Problem der Verfassungskontrolle der Ziele im Strafrecht. Sie hat eine grundlegende Voraussetzung: die Idee, dass in einem Verfassungsstaat, das Strafrecht kein Selbstzweck ist, sondern ein Mittel ist, welches die Ziele der Verfassung fördern muss. In Anbetracht dessen, dass die Ziele eine relevante juristische Kategorie sind, hinterfragt die Arbeit *ob, warum, wie* und *in welchem Maß*, sie einer Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit unterzogen werden müssen. Zu diesem Zweck wird die Arbeit um zwei Kernpunkte entwickelt, (i) die Verfassungskontrolle der Auswahl der Ziele im Strafrecht und (ii) die Verfassungskontrolle der Verwirklichung der Ziele im Strafrecht. Das erste Kapitel stellt das Problem der Ziele in der Rechtsordnung, sowie die Darstellung der Basiskonzepte zu ihrer Untersuchung fest. Im folgenden Kapitel wird ein Vorschlag zu einer doppelten Kontrolle durch die Verfassung hinsichtlich der Auswahl der Ziele im Strafrecht entwickelt. Das dritte Kapitel beschäftigt sich mit dem Problem der Prognose des Gesetzgebers in drei Kategorien: Konzeptdefinition, Evaluierung und Ablehnung. Im vierten und letzten Kapitel wird ein Vorschlag zu einer doppelten Verfassungskontrolle der Verwirklichung der Ziele im Strafrecht entwickelt. Zum Abschluss wird festgestellt, dass die immer stärker werdende Instrumentalisierung der Normen des Strafrechts signifikante Rückwirkungen auf das Niveau der Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit haben muss. Eine Untersuchung ihrer Gültigkeit fordert sowohl eine Konfrontation zwischen den Normen der Verfassung und dem Strafrecht in ihrer Zielsetzung, sowie zwischen den Normen der Verfassung und den Auswirkungen der Strafgesetzgebung.

Schlüsselwörter: Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit – Verhältnismäßigkeit – Ziele im Strafrecht – Prognose des Gesetzgebers – Wirkungen der strafrechtlichen Norm.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	22
1 LINHAS GERAIS SOBRE FINS EM DIREITO PENAL	28
1.1 PRELIMINARMENTE: PRESSUPOSTOS BÁSICOS PARA A COMPREENSÃO DO ESTUDO	28
1.1.1 Primeira Premissa: o Direito tem caráter instrumental. Esboço conceitual e problemas fundamentais	29
1.1.2 Segunda Premissa (decorrente da primeira): se o Direito está orientado a fins, então eles devem ser controlados. Repercussões teóricas e práticas	31
1.2 CONCEITOS FUNDAMENTAIS PARA O CONTROLE DE FINS NO DIREITO.....	34
1.2.1 “Fim” no Direito: esboço de um conceito	34
1.2.1.1 Distinção quanto ao conteúdo material da finalidade	36
<i>1.2.1.1.1 Propósitos constitutivos ou fundantes</i>	37
<i>1.2.1.1.2 Requisitos operacionais internos</i>	37
<i>1.2.1.1.3 Propósitos de políticas públicas ou sociais</i>	38
<i>1.2.1.1.4 Propósitos referentes a valores políticos fundamentais</i> ...	38
<i>1.2.1.1.5 Propósitos referentes a valores gerais do Rule of Law</i>	38
1.2.1.2 Distinção quanto à possibilidade de aferição e de submissão a controle de realização do fim	39
<i>1.2.1.2.1 Fins internos (ou fins não passíveis de submissão a controle de realização)</i>	40
<i>1.2.1.2.2 Fins externos (ou fins sujeitos a controle de realização)</i>	40

1.2.1.3 Distinção quanto ao concreto estado de coisas buscado. Fins externos positivos e negativos. Fins externos primários e secundários. ...	42
1.2.1.4 Distinção do fim quanto ao aspecto temporal	42
1.2.1.4.1 Posicionamento do fim na relação passado-presente-futuro.....	42
1.2.1.4.2 Momento da realização do fim	43
(a) Promoção do fim como processo <i>pontual</i> e <i>conclusivo</i>	44
(b) Promoção do fim como processo <i>progressivo</i> e <i>permanente</i>	45
1.2.2 Eleição e concretização de fins: dificuldades teóricas e práticas.....	47
1.2.3 Realização de fins: dificuldades teóricas e práticas.....	50
1.3 CRUZAMENTOS NECESSÁRIOS: ELEIÇÃO, REALIZAÇÃO E CONTROLE DE FINS NO DIREITO PENAL.....	53
1.3.1 Eleição de fins pelo legislador penal: problemas teóricos e práticos ..	54
1.3.2 Realização de fins pelo Direito Penal: problemas teóricos e práticos.....	56
1.3.3 Controle da eleição e da realização de fins em Direito Penal: linhas preliminares.....	58
2 ELEIÇÃO DE FINS EM DIREITO PENAL E SEU CONTROLE CONSTITUCIONAL	60
2.1 SUJEITOS DO CONTROLE (OU QUEM DEVE REALIZAR E QUEM DEVE SUBMETER-SE A CONTROLE): DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.....	60
2.1.1 Legitimidade democrática e limites da Jurisdição Constitucional. A posição deste estudo.....	61
2.1.2 Garantia jurisdicional da Constituição brasileira: espécies e intensidade de controle.....	66
2.2 OBJETO SOB CONTROLE (OU SOBRE O QUE INCIDIRÁ O CONTROLE)	66
2.3 LIMITES DO CONTROLE (OU ATÉ ONDE VAI O CONTROLE)	72
2.3.1 A Constituição é sempre um padrão de legitimidade para toda e qualquer lei (penal)?.....	73

2.3.2 O legislador penal somente pode promover fins <i>previstos</i> pela Constituição?	77
2.4 ESPÉCIES DE CONTROLE E SEUS CRITÉRIOS (OU COMO REALIZAR O CONTROLE): ESBOÇO DE UM DUPLO MODELO	80
2.4.1 Controle <i>forte</i> (ausência de liberdade de configuração quanto à decisão criminalizadora)	80
2.4.1.1 Fins constitucionalmente proibidos (proibições expressas de criminalização)	80
2.4.1.1.1 <i>Definição e justificção dos critérios de controle da atuação do legislador</i>	81
2.4.1.1.2 <i>Aplicação "por amostragem" dos critérios a problemas concretos</i>	83
2.4.1.2 Fins constitucionalmente obrigatórios (mandados expressos de criminalização)	86
2.4.1.2.1 <i>Definição e justificção dos critérios de controle da atuação do legislador</i>	90
2.4.1.2.2 <i>Aplicação "por amostragem" dos critérios a problemas concretos (Exames à luz dos postulados da igualdade e da coerência)</i>	94
(a) Inconstitucionalidade por omissão total	94
(b) Inconstitucionalidade por omissão parcial	96
(c) Inconstitucionalidade por ação	101
(c.1) <i>Postulado da Igualdade</i>	101
(c.2) <i>Postulado da Coerência</i>	106
2.4.2 Controle <i>fraco</i> (presença de liberdade de configuração quanto à decisão criminalizadora)	112
2.4.2.1 Fins constitucionalmente previstos (fins <i>expressos</i>)	114
2.4.2.1.1 <i>Definição e justificção dos critérios de controle da atuação do legislador</i>	115
2.4.2.1.2 <i>Aplicação "por amostragem" dos critérios a problemas concretos (Exame à luz dos postulados da proporcionalidade e da proibição do excesso)</i>	116
(a) Postulado da proporcionalidade	116
(b) Postulado da proibição do excesso	125

2.4.2.2 Fins constitucionalmente “coerentes” (fins <i>implícitos</i>).....	127
2.4.2.2.1 <i>Definição e justificação dos critérios de controle da atuação do legislador</i>	130
2.4.2.2.2 <i>Aplicação "por amostragem" dos critérios a problemas concretos</i>	130
3. REALIZAÇÃO DE FINS E PROGNOSE DO LEGISLADOR PENAL: CONCEITUAÇÃO, AVALIAÇÃO E REPROVAÇÃO	132
3.1 CONCEITUAÇÃO DA PROGNOSE LEGISLATIVA	133
3.2 AVALIAÇÃO DA PROGNOSE LEGISLATIVA	136
3.2.1 Relevância do exame	136
3.2.1.1 Desenvolvimento da <i>Legisprudence</i> : causas históricas e consequências jurídicas	136
3.2.1.2 <i>Legisprudence</i> na experiência estrangeira.....	139
3.2.1.3 <i>Legisprudence</i> na experiência brasileira	142
3.2.2 Características do exame	145
3.2.2.1 Aspectos materiais	145
3.2.2.2 Aspectos formais	149
3.2.3 Pressupostos do exame: adequada identificação da prognose legislativa	150
3.2.4 Critérios de exame	153
3.2.4.1 Quanto ao momento da avaliação	153
3.2.4.1.1 <i>Processo Legislativo (avaliação ex ante): exame predominantemente hipotético-normativo</i>	153
3.2.4.1.2 <i>Norma em vigor (avaliação ex post): exame predominantemente empírico-estatístico</i>	155
3.2.4.1.3 <i>Conjugação dos exames</i>	159
3.2.4.2 Quanto ao nível de promoção dos fins ou <i>eficácia</i> da norma	160
3.2.4.2.1 <i>Condições de verificabilidade</i>	160
3.2.4.2.2 <i>Standard de verificação: “suficiência” da promoção</i>	162
3.2.5 Limites do exame	165
3.2.5.1 Limites quantitativos: impossibilidade de universalização.....	166
3.2.5.2 Limites qualitativos	167
3.2.5.2.1 <i>Barreiras epistêmicas</i>	167

3.2.5.2.2 <i>Barreiras de legitimidade democrática</i>	169
3.2.5.2.3 <i>Barreiras hermenêuticas ou interpretativas</i>	170
3.3 REPROVAÇÃO DA PROGNOSE LEGISLATIVA (OU O ERRO NO PROGNÓSTICO)	173
3.3.1 Conceituação de erro de prognose legislativa	173
3.3.2 Espécies de erro de prognose legislativa	174
3.3.2.1 Quanto à relevância do erro	175
3.3.2.1.1 <i>Erros constitucionalmente relevantes em matéria penal..</i>	175
(a) Parâmetro qualitativo: prognose consubstanciada na suposta promoção de um direito fundamental ou princípio constitucional à custa da restrição de um direito fundamental ou princípio constitucional contraposto	175
(b) Parâmetros quantitativos.....	178
(b.1) Restrição a direitos fundamentais ou a princípios constitucionais contrapostos em intensidade significativamente superior à esperada (restrição excessiva)	178
(b.2) Realização dos direitos fundamentais ou dos princípios constitucionais promovidos em intensidade significativamente inferior à esperada (promoção insuficiente)	179
(c) Parâmetro quali-quantitativo: proporção ou relação entre erro sobre grau de restrição e erro sobre grau de realização de direitos fundamentais (reformulação do subcritério da proporcionalidade <i>stricto sensu</i>)	179
3.3.2.1.2 <i>Erros constitucionalmente não relevantes em matéria penal</i>	181
3.3.2.2 Quanto à possibilidade de constatação do erro constitucionalmente relevante	182
3.3.2.2.1 <i>Constatável ex ante (verificável durante o processo legislativo)</i>	182
3.3.2.2.2 <i>Constatável ex post (verificável após decurso do tempo e lei em vigor)</i>	186

4 REALIZAÇÃO DE FINS EM DIREITO PENAL E SEU CONTROLE CONSTITUCIONAL	189
4.1 OBJETO SUBMETIDO A CONTROLE: EFEITOS POTENCIAIS E EFEITOS CONCRETOS DA NORMA PENAL	189
4.1.1 Elemento 1: efeitos potenciais e efeitos concretos. Conteúdo, sentido e controlabilidade	190
4.1.2 Elemento 2: zona de liberdade de ação/configuração estatal. Conteúdo e sentido	193
4.1.3 Elemento 3: normas penais. Conteúdo e sentido	196
4.1.3.1 Da espécie de justificativa para a criminalização: razões de "justiça" (<i>rightness reason</i>) e razões "finalísticas" (<i>goal reason</i>).....	197
4.1.3.2 Da relação entre a justificativa da criminalização e a relevância do controle constitucional da prognose e dos efeitos da norma penal	201
4.2 JUSTIFICAÇÃO DO CONTROLE: OS EFEITOS DAS NORMAS PENAIS COMO ELEMENTO RELEVANTE AO JUÍZO DE CONSTITUCIONALIDADE	202
4.2.1 Primeira premissa: a baixa racionalidade na produção de leis penais no Brasil	202
4.2.2 Segunda premissa: a necessidade de renovação do juízo de proporcionalidade à luz dos efeitos da norma	205
4.2.3 Ressonâncias das premissas na compreensão do exame de constitucionalidade. A natureza dinâmica do controle e a ocorrência de inconstitucionalidades supervenientes como tese deste estudo	208
4.3 SUJEITOS DO CONTROLE. VALORAÇÃO DOS EFEITOS DE NORMAS PENAIS NO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE (POSSIBILIDADE E PROCEDIMENTO)	209
4.3.1 Do exame de fatos no controle abstrato de constitucionalidade brasileiro (problema hermenêutico)	210
4.3.2 Do modo como informações sobre fatos ingressam no controle abstrato de constitucionalidade brasileiro (problema probatório e procedimental)	213
4.4 CRITÉRIOS PARA UM CONTROLE CONSTITUCIONAL DA REALIZAÇÃO DE FINS PELO DIREITO PENAL À LUZ DOS EFEITOS DAS NORMAS PENAIS: ESBOÇO DE UM DUPLO MODELO	215

4.4.1 Preliminarmente: quando realizar o controle <i>ex ante</i> e o controle <i>ex post</i>.....	215
4.4.2 Controle <i>ex ante</i> da realização de fins através das normas penais (ou exame da constitucionalidade dos efeitos potenciais da norma penal) .	216
4.4.2.1 Pressupostos do controle	216
4.4.2.1.1 <i>Lei penal emitida no âmbito de liberdade de configuração do legislador</i>	217
4.4.2.1.2 <i>Possibilidade de delimitação dos fins objetivados a partir da lei penal (identificabilidade do estado de coisas desejado)</i>	218
4.4.2.2 Objeto do controle: constitucionalidade dos efeitos potenciais da norma penal	219
4.4.2.3 Critério do controle: confiabilidade da prognose legislativa (probabilidade da lei <i>suficientemente</i> produzir os efeitos esperados).....	220
4.4.2.3.1 <i>Elemento indicativo 1: concreta racionalidade do processo legislativo</i>	220
(a) <i>Parâmetro "i": racionalidade no impulso do processo legislativo (grau de clareza e de correção da base da prognose)</i>	220
(b) <i>Parâmetro "ii": racionalidade no tempo do processo legislativo. Grau de maturação da deliberação e da mudança legislativa</i>	222
(c) <i>Parâmetro "iii": racionalidade no modo de condução do processo legislativo</i>	223
(c.1) <i>Grau de publicidade e de inclusão nas deliberações</i>	224
(c.2) <i>Grau de amparo das deliberações em estudos técnicos e em avaliações ex ante (revalorização dos experts)</i>	228
4.4.2.3.2 <i>Elemento indicativo 2: complexidade do contexto fático da matéria objeto da intervenção legislativa</i>	229
4.4.2.4 Resultados à luz da proporcionalidade.....	231
4.4.2.4.1 <i>Declaração de inconstitucionalidade</i>	233

4.4.2.4.2 <i>Declaração de constitucionalidade conjugada a dever de observar os efeitos concretos da lei penal</i>	238
(a) <i>Premissa teórica para a configuração de um dever de observar os efeitos concretos da lei</i>	239
(b) <i>Fundamento teórico para a imposição de um dever de observar os efeitos concretos da lei</i>	240
(c) <i>Requisito fático para a configuração de um dever de observar os efeitos concretos da lei</i>	241
(d) <i>Tempo e modo de cumprimento do dever de observar os efeitos concretos da lei</i>	242
(e) <i>A decisão Aborto II do Tribunal Constitucional alemão (88 BVerfGE 203): um relevante exemplo da imposição de deveres de fiscalizar os efeitos concretos da lei</i>	243
4.4.2.4.3 <i>Declaração de constitucionalidade</i>	246
4.4.3 Controle ex post da realização de fins através das normas penais (ou exame da constitucionalidade dos efeitos concretos da norma penal) ..	246
4.4.3.1 Pressupostos do controle.....	246
4.4.3.1.1 <i>Lei penal emitida no âmbito de liberdade de configuração do legislador</i>	246
4.4.3.1.2 <i>Possibilidade de delimitação dos fins objetivados a partir da lei penal (identificabilidade do estado de coisas desejado)</i>	247
4.4.3.1.3 <i>Cognoscibilidade dos efeitos concretamente gerados pela aplicação da norma penal (verificabilidade do estado de coisas obtido)</i>	248
4.4.3.2 Objeto do controle: constitucionalidade dos efeitos concretos da norma penal.....	250
4.4.3.3 Critério do controle: <i>suficiente</i> produção dos efeitos concretos ambicionados (lei eficaz) e <i>baixa</i> produção de efeitos indesejados.....	251
4.4.3.3.1 <i>Elemento indicativo 1: grau de descompasso entre restrição esperada a direitos fundamentais ou a princípios constitucionais contrapostos e restrição concretamente gerada</i>	252

4.4.3.3.2	<i>Elemento indicativo 2: grau de descompasso entre realização esperada dos direitos fundamentais ou dos princípios constitucionais promovidos e realização concretamente obtida.....</i>	253
4.4.3.3.3	<i>Elemento indicativo 3: nível de inversão da relação/proporção entre concreto grau de restrição e concreto grau de realização de direitos fundamentais (conjugação dos elementos 1 e 2)</i>	253
4.4.3.4	Resultados à luz da proporcionalidade.....	254
4.4.3.4.1	<i>Declaração de inconstitucionalidade</i>	254
4.4.3.4.2	<i>Declaração de constitucionalidade "mitigada" ou "imperfeita": dever de retificar ou corrigir a lei penal.....</i>	256
	<i>(a) Premissa e fundamento teóricos para a configuração de um dever de retificar a lei</i>	258
	<i>(b) Requisito fático para a configuração de um dever de retificar a lei: provável inconstitucionalidade futura antevista</i>	258
	<i>(c) Tempo e modo de cumprimento do dever de retificar a lei.....</i>	259
	<i>(d) A imposição de deveres de retificação da lei pelo Tribunal Constitucional Federal alemão (BVerfG): breve seleção de casos relevantes.....</i>	261
4.4.3.4.3	<i>Declaração de constitucionalidade</i>	266
	CONCLUSÕES.....	267
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	277

INTRODUÇÃO

a) OBJETO, PROBLEMA E HIPÓTESE DE PESQUISA

Esta investigação tem origem em algumas inquietações fundamentais. Todas elas estão intimamente relacionadas por uma *premissa* básica comum: a ideia de que o Direito é um *meio* para a promoção de *fins* (estados de coisas concretos). Disso decorre que, em um Estado Constitucional de Direito, também o Direito Penal não pode ser um fim *em si mesmo*, devendo servir a fins constitucionais.¹ O Direito Penal é, pois, um *instrumento*.² Tal compreensão recebeu acolhida e foi reformulada por parcela da doutrina penal do Brasil e do exterior, sustentando-se a ideia de que a função do Direito Penal residiria na exclusiva proteção subsidiária de bens jurídicos (função eminentemente preventiva) com assento – expresso ou implícito – em normas constitucionais.

É justamente no contexto dessa concepção instrumentalista de Direito Penal que emerge o problema fundamental deste estudo. Afinal, os requisitos de validade de um Direito Penal *orientado* à promoção de certos fins, podem ser idênticos àqueles tradicionalmente aplicados a um Direito Penal apenas *retributivista*, isto é, descompromissado com a produção de determinadas situações fáticas, tal como a prevenção geral e/ou especial?

A resposta deve ser negativa. A tese deste estudo é a de que a assunção de um caráter cada vez mais instrumental pelo Direito Penal trouxe importantes implicações no âmbito da

¹ Nas palavras de Figueiredo Dias, a relação entre Direito Penal e Constituição funda-se “numa essencial *correspondência de sentido* – e, do ponto de vista da tutela – de *fins*” (FIGUEIREDO DIAS, Jorde de. O “Direito penal do bem jurídico” como princípio jurídico-constitucional. Da doutrina penal, da jurisprudência constitucional portuguesa e das suas relações. In: *XXV Anos de Jurisprudência Constitucional portuguesa*. Colóquio comemorativo do XXV aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 34-5).

² Muito ilustrativa é a afirmação de Roxin: “o Direito Penal é um *instrumento* de direção e controle social” (ROXIN, Claus. Dependencia y independencia del Derecho Penal con respecto a la política, la filosofía, la moral y la religión. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid, Tomo LIX, pp. 5-24, 2006, p. 5, trad. e grifo nossos).

sua legitimidade constitucional. Não basta que o legislador apenas respeite a hierarquia normativa formal e material ao criar a lei, é preciso que a própria lei se revele suficientemente eficaz na promoção dos objetivos anunciados e pretendidos, como, por exemplo, a tutela de bens jurídicos. Noutros termos, para além de um controle *norma superior-norma inferior* (entre norma constitucional e norma penal), é indispensável que se proceda a um controle entre a norma superior e os *efeitos* da norma inferior sobre direitos fundamentais.

A diferença básica entre tais modelos alternativos de Direito Penal, com intensa repercussão no plano do respectivo controle constitucional, reside, pois, na sua relação com *fins*: para um modelo instrumentalista ou funcionalista, os *fins* são objeto de grande interesse e importância; para um modelo retribucionista, não. Noutros termos, somente no contexto de um Direito Penal orientado à produção de efeitos fáticos, os fins – *estados de coisas concretos* – constituem uma categoria juridicamente relevante. Esta compreensão instrumental, *preocupada com fins*, está presente justamente na ideia de que a *função* do Direito Penal deve ser a proteção subsidiária de bens jurídicos constitucionais.

À luz desse panorama, o problema que orienta este estudo resta assim *reformulado*: na medida em que os *fins* se tornaram uma questão *pertinente* ao Direito Penal, *se, por que, como e em que medida* eles devem ser controlados durante o exame da validade constitucional de normas penais? Como resposta provisória, afirma-se a necessidade de um controle constitucional em *dois planos*. Em um primeiro momento, deve-se avaliar a *adequação teleológica* entre a norma penal e as normas constitucionais. Esta etapa será denominada de "controle da eleição de fins". Em um segundo momento, deve-se avaliar os *efeitos potenciais* e os *concretos* gerados pela sua aplicação na realidade social, questionando-se se aqueles fins anteriormente identificados e ambicionados pelo legislador são passíveis de obtenção, ou ainda se foram, em alguma medida, fomentados pela norma penal. Esta etapa será denominada de "controle da realização de fins".

O ponto relacional entre ambos os momentos reside no possível hiato entre os efeitos concretos gerados e aqueles objetivados e eleitos pelo legislador à luz da Constituição. Não há equivalência necessária entre (i) efeitos pretendidos (fins eleitos) e (ii) efeitos obtidos (fins realizados). O legislador penal pode ter formulado uma lei com pleno atendimento a todas as exigências constitucionais, mas é possível, por exemplo, que a tutela do bem jurídico ambicionada simplesmente não se verifique na realidade.

Todavia, deve-se bem situar esta questão no contexto da ordem constitucional. Em primeiro lugar, é evidente que atribuir validade a um ato estatal com base apenas na sua capacidade de fomento de um dado objetivo seria algo constitucionalmente vedado. Basta

pensar no exame de proporcionalidade para concluir, já à partida, que determinados meios, por mais eficazes que sejam em relação ao fim ambicionado, estão *definitivamente* excluídos do raio de ação legítima do Estado.

Isso pontuado, recorre-se a um exemplo bastante referido ao longo do texto, para melhor ilustrar os controles acima propostos. Trata-se das inovações trazidas pela Lei nº 12.683/2012, a qual alterou dispositivos da Lei brasileira de Lavagem de Capitais (Lei nº 9.613/98). O fim pretendido a partir da nova legislação é tão claro que está inclusive positivado em seu artigo 1º: “esta Lei altera a Lei nº 9.613/98 [...] para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro”.

Nesse preciso caso, a lógica legislativa poderia ser assim reconstruída: (a) a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro é ineficiente (diagnóstico); (b) deseja-se tornar a persecução mais *eficaz*, com um aumento na prevenção de novos delitos e uma maior recuperação de ativos (fins); (c) para tanto, alteram-se artigos da Lei nº 9.613/98, promovendo-se mudanças importantes, tais como a eliminação do rol dos crimes antecedentes (art. 1º) e a ampliação do grupo de pessoas sujeitas às obrigações de prevenção e de controle (art. 9º) (meio) e (d) tais reformas realmente tornarão mais eficaz a persecução penal dos crimes em questão (prognóstico).

Ocorre, contudo, que a promoção intencionada pode *já* se transformar em promoção verificada, originando uma forte tensão entre *ser* (o que se obteve) e *dever ser* (o que se deveria obter). No momento da emissão da lei, não há certezas acerca do seu impacto na realidade social, pois se tem apenas uma hipótese e, em muitos casos, uma hipótese bastante duvidosa. Nesse sentido, quais deveriam ser as consequências, no plano constitucional, caso as intenções do legislador, acima narradas, eventualmente não encontrassem respaldo na realidade social? A tentativa de construção de soluções juridicamente consistentes a este questionamento – e também aos anteriores –, é a tarefa deste estudo.

b) OBJETIVO GERAL E OBJETIVOS ESPECÍFICOS

A presente investigação tem por objetivo geral responder ao problema de pesquisa acima formulado. Por sua vez, os objetivos específicos deste trabalho – pressupostos para o atingimento do objetivo geral –, são os seguintes:

(i) proposta de definição do conceito de *fim* no Direito, à luz (i.a) do seu conteúdo material, (i.b) da possibilidade de seu controle fático e (i.c) da sua realização no tempo;

(ii) investigação das relações entre Constituição e Direito Penal, com o intuito de delimitar as zonas de liberdade de conformação do legislador quanto à seleção de fins no âmbito penal;

(iii) construção de critérios para o controle constitucional da eleição de fins pelo legislador (fins constitucionalmente proibidos, fins constitucionalmente obrigatórios e fins não expressamente reconhecidos pela Constituição);

(iv) estudo dos elementos que compõem a prognose legislativa, de modo a identificar ferramentas para avaliá-la (probabilidade de produção futura dos efeitos esperados);

(v) pesquisa sobre possíveis critérios para examinar a eficácia da alteração normativa, comparando-se a prognose do legislador com a realidade observada;

(vi) definição do conceito de erro de prognose legislativa, com a consequente indicação de parâmetros para verificar a sua relevância constitucional;

(vii) construção de critérios para um controle constitucional da realização de fins através do Direito Penal;

(viii) desenvolvimento das noções de *efeitos potenciais* e *efeitos concretos* como a materialização da ideia de fins;

(ix) estudo dos deveres de monitoramento dos efeitos da norma penal e de sua correção ou reparo pelo legislador.

c) PLANO DE TRABALHO E METODOLOGIA

O objetivo *i* encontra assento ao longo do primeiro capítulo, ao passo que os objetivos *ii* e *iii* são desenvolvidos no decorrer do segundo capítulo. Por sua vez, os objetivos *iv*, *v*, *vi* constam do terceiro capítulo. Finalmente, os objetivos *vii*, *viii* e *ix* ocupam o quarto capítulo. De forma bastante resumida, pode-se dizer que a investigação apresenta dois núcleos estruturantes: (1º) *eleição* de fins em Direito Penal (e seu controle constitucional) e (2º) concreta *realização* de fins em Direito Penal (e seu controle constitucional).

Nesse sentido, o primeiro capítulo preocupa-se em situar o problema dos *fins* no ordenamento jurídico, bem como em assentar os conceitos fundamentais para seu exame: (i) o que é um fim? (ii) quais são as espécies de fins? (iii) como se controlam fins? (iv) quais fins são controláveis? etc. Além disso, são apresentados os principais problemas que envolvem a eleição de fins pelo legislador e a sua realização a partir de normas penais.

No segundo capítulo, desenvolve-se uma proposta de duplo controle constitucional da *eleição* de fins no Direito Penal, estruturada em 04 (quatro) pilares fundamentais: sujeitos do

controle, objeto do controle, limite do controle e critérios do controle. Ademais, trabalha-se com duas relações fundamentais entre legislador penal e Constituição: zona de liberdade quanto à decisão criminalizadora e zona de ausência de liberdade quanto à decisão criminalizadora (mandados e proibições expressas de criminalização).

O terceiro capítulo, por sua vez, ocupa-se do problema da prognose legislativa em três âmbitos, quais sejam, definição conceitual, avaliação e reprovação (erro de prognose). Nesse momento, são estudados os conceitos de eficácia, efetividade e eficiência da lei, bem como desenvolvidos critérios para avaliar a prognose legislativa e para identificar, seja durante o processo legislativo, seja com a lei já em vigor, erros prognósticos constitucionalmente relevantes.

Finalmente, no quarto capítulo apresenta-se uma proposta de duplo controle constitucional da realização de fins no Direito Penal (controle *ex ante* e *ex post*), estruturada em 04 (quatro) pilares básicos: objeto do controle, justificativa do controle, sujeitos do controle e critérios de controle. Argumenta-se, nesse contexto, que o controle pretendido deve incidir sobre os efeitos potenciais e os efeitos concretos da norma penal, enquanto materialização da ideia de *fim*. Ademais, indicam-se maneiras procedimentais de efetivar o exame sobre tais elementos empíricos mesmo no âmbito do controle *abstrato* de constitucionalidade.

Analisa-se, ainda, as diferentes intensidades com as quais o juízo pode ser realizado (controle de evidência, de justificabilidade e de conteúdo), esclarecendo-se quais delas são pertinentes a cada espécie de exame (*ex ante* e *ex post*). Por fim, apresentam-se subsídios teóricos para a aplicação, no contexto brasileiro, dos deveres de monitoramento dos efeitos concretos da lei e dos deveres de reparo ou de correção da lei, desenvolvidos pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha.

Em termos metodológicos, o trabalho adota estrutura analítica e funcional. Nesse sentido, distinções conceituais são empreendidas de modo a facilitar tanto o desenvolvimento de parâmetros para os controles objetivados quanto a sua posterior aplicação prática. A precisão e o rigor nos conceitos formulados e nos critérios propostos, de um lado, e a sua funcionalidade, de outro, são, pois, as grandes preocupações do estudo. Realiza-se, para tanto, pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, recorrendo-se a doutrina e a julgados nacionais e estrangeiros (em especial, de origem alemã, italiana, norte-americana e portuguesa).

Todavia, admite-se que não foram encontrados muitos trabalhos especificamente relacionados ao recorte dado ao tema. Tal condição, somada ao fato de o problema de pesquisa ser complexo em múltiplos âmbitos – em vários de seus subelementos – exigiu a

adoção de uma postura corajosa, ainda que de alto risco, frente às encruzilhadas enfrentadas. Nesse sentido, o estudo tenta posicionar-se de forma clara e objetiva em relação a variadas temáticas densas e de baixo consenso doutrinário. Sustentar e demarcar posições em um contexto tão árido e pouco convidativo cobra um preço: a potencial equivocidade e superabilidade das propostas apresentadas. Não parece haver aqui qualquer demérito: esta investigação não busca construir certezas inabaláveis, mas singelamente oferecer contribuições para um Direito Penal menos ignorante da realidade e constitucionalmente mais vinculado.

1 LINHAS GERAIS SOBRE FINS EM DIREITO PENAL

1.1 PRELIMINARMENTE: PRESSUPOSTOS BÁSICOS PARA A COMPREENSÃO DO ESTUDO

O presente estudo pretende examinar o problema da *eleição* e da *realização de fins* no Direito Penal. Para tanto, parte-se de uma premissa fundamental, qual seja, a ideia de que toda e qualquer ordem jurídica ambiciona a concretização de certos fins – estados de coisas – por ela reputados como relevantes.³ A orientação a fins é, pois, um elemento estruturante do Direito. Ele manifesta-se sobretudo no conteúdo *finalístico* das normas jurídicas, que será mais intenso em se tratando de princípios, e menos intenso em se tratando de regras.⁴

Adverte-se, desde logo, que as assertivas acima lançadas, sobre as quais se estruturará o trabalho, são passíveis de amplo questionamento. Determinadas concepções acerca da natureza do Direito, amparadas em compreensões *positivistas* de ciência, irão negar que os fins sejam um problema propriamente jurídico.⁵ Outras, por sua vez, defenderão exatamente o oposto, apontando não apenas a relevância do pensamento teleológico para uma adequada compreensão do Direito, como também as inconsistências ensejadas pela sua eventual exclusão.⁶

Embora tenham grande relevância, tais discussões não serão propriamente enfrentadas neste estudo, mas lhe servirão de *ponto de partida*. O que se pretende investigar são justamente as consequências e as repercussões da assunção de tal premissa em três planos fundamentais: (i) o da criação de textos normativos em matéria penal, (ii) o da construção de normas a partir da interpretação de leis penais e (iii) o do seu controle de constitucionalidade. Nesse contexto, pode-se perceber que a pesquisa, embora trabalhe com a noção de fins no Direito Penal, não explorará a relação entre eles e as estruturas dogmáticas da teoria do delito,

³ LEAL, Fernando. *Ziele und Autorität*. Zu den Grenzen teleologischen Rechtsdenkens. Baden-Baden: Nomos, 2014, p. 36. Em sentido similar, SCHOBER, Katharina. *Der Zweck im Verwaltungsrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, p. 2.

⁴ No ponto, conferir AARNIO, Aulis. *Reason and Authority*. A Treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics. Aldershot: Ashgate Publishing, 1997, pp. 181-183, ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 95 ss e, do mesmo autor, Os vínculos sociais na Constituição brasileira. *Teoria Política*, vol. 1, série V, p. 221-233, 2015, p. 222 ss e LEAL, Fernando. *Ziele und Autorität*, op. cit., p. 195 ss.

⁵ Durante o apogeu do positivismo clássico no Direito, a noção de finalidade (*Zweck*) era uma categoria juridicamente irrelevante (SCHOBER, Katharina. *Der Zweck im Verwaltungsrecht*, op. cit., p. 10). Sommermann, por sua vez, qualifica o positivismo como um pensamento "antiteleológico", que rompeu com uma tradição na qual os fins integravam o objeto de estudo da Teoria do Estado (*Staatslehre*) (SOMMERMANN, Karl-Peter. *Staatsziele und Staatszielbestimmung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1997, p. 80 ss).

⁶ LEAL, Fernando. *Ziele und Autorität*, op. cit., pp. 35-6 e ÁVILA, Humberto Bergmann. A doutrina e o Direito Tributário. In: _____. *Fundamentos do Direito Tributário*. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 224 ss.

como realizado por Claus Roxin.⁷ O problema em análise encontra-se, como antecipado, noutra plano: vai do texto penal à norma penal e dela ao seu controle constitucional. Antes, todavia, algumas aproximações conceituais são necessárias. É o que se passa a realizar.

1.1.1 Primeira premissa: O Direito tem caráter instrumental. Esboço conceitual e problemas fundamentais

"O Direito serve de meio, de ferramenta, para o atingimento de fins". Muitos juristas, operadores ou mesmo estudantes de Direito concordariam com tal assertiva. Ao aceitá-la, entretanto, estariam inadvertidamente assumindo certas posições teóricas sobre as quais há infinitas discussões que, por vezes, eles próprios desconhecem. Ocorre que a simplicidade da frase, cujo conteúdo de sentido quase soa óbvio, esconde a sua latente complexidade⁸.

Dela emergem questões fundamentais, a saber:

(i) uma concepção teórica instrumental de Direito é relativamente recente. Durante séculos, a ideia de Direito como ferramenta maleável e adaptável a fins buscados sequer era cogitável;⁹

(ii) a ideia de um Direito *que serve a fins* (ou *orientado a fins*) apresenta uma vasta gama de possíveis significados, demandando, por isso, uma indicação suficientemente clara do sentido com o qual será empregada. Logo, para que se possa discutir a temática, é preciso redefinir tal expressão;¹⁰

(iii) também o conceito de fim é, de um lado, difícil de ser concretizado, porque pouco "tangível" (*fassbar*)¹¹, e, de outro, "elástico e polissêmico" (*elastisch und vieldeutig*)¹². Sem

⁷ As categorias da teoria do delito são reestruturadas por Claus Roxin à luz das funções político-criminais que lhe são atribuídas, cabendo ao Direito Penal, sobretudo, a proteção subsidiária de bens jurídicos (*Die Strafe als subsidiärer Rechtsgüterschutz*) (ver ROXIN, Claus. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. 4. ed. Munique: C.H. Beck, 2006, p. 16 ss e fundamentalmente ROXIN, Claus. *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*. Traduzido por Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 20 ss. Tradução de: Kriminalpolitik und Strafrechtssystem).

⁸ Nesse sentido, já advertiu Wittgenstein: "os aspectos das coisas que são importantes para nós estão escondidos em razão da sua simplicidade e familiaridade (o indivíduo é incapaz de notar algo que sempre está diante dos seus olhos)" (trad. nossa) (WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophical Investigations*. Traduzido por G. Anscombe. 3. ed. Reimp. Oxford: Basil Blackwell, 1986, p. 50. Tradução de: *Philosophische Untersuchungen*, 1953).

⁹ TAMANAHA, Brian. *Law as a Means to an End*. Threat to the Rule of Law. Nova York: Cambridge University Press, 2006, p. 23.

¹⁰ Uma *redefinição* consiste na seleção de um significado determinado e preciso no universo dos significados possíveis (GUASTINI, Riccardo. *La Sintassi del Diritto*. Turim: G. Giappichelli Editore, 2011, p. 395 e, do mesmo autor, *Reencuentro con la interpretación*. In: _____. *Distinguiendo*. Estudios de teoría y metateoría del derecho. Barcelona: Gedisa, 1999, p. 202).

¹¹ SCHÖBER, Katharina. *Der Zweck im Verwaltungsrecht*, op. cit., p. 3.

¹² ENGISCH, Karl. *Einführung in das juristische Denken*. 10. ed. organizada por Thomas Würtenberger e Dirk Otto. Stuttgart: W. Kohlhammer Verlag, 2005, p. 97.

um maior esclarecimento do seu conteúdo, todavia, restará em grande parte prejudicado um pleno entendimento da assertiva com a qual se iniciou esta seção. Portanto, também o termo “fim” exige, para o seu emprego, uma redefinição e uma separação analítica entre suas espécies;

(iv) uma concepção de Direito como “meio” pressupõe, logicamente, a identificação de fins. Trata-se, contudo, de ponto de enorme *dissenso*.¹³ Assim, mais importante do que a sua capacidade de promover eficientemente fins, é a sua capacidade de indicar quais devem sê-lo;

(v) mesmo que os fins sejam criteriosamente apontados, novos problemas surgirão no momento de concretizá-los. Em primeiro lugar, haverá sempre um juízo prévio e hipotético no sentido de ser ou não o Direito adequado à sua promoção;¹⁴ em segundo, será necessário certo decurso de tempo para constatar se tal juízo se mostrou ou não correto para, a partir disso, haver uma nova tomada de decisão no sentido de manutenção ou alteração da medida utilizada.

De forma sintética, recapitulam-se as questões lançadas: (i) problema de genealogia de concepções instrumentalistas;¹⁵ (ii) problema do sentido das expressões “Direito que serve a fins” ou “Direito orientado a fins”; (iii) problema da definição conceitual do termo “fim”; (iv) problema de eleição de fins e (v) problema de realização, pelo Direito, de fins previamente eleitos e válidos. Dados os limites deste estudo, o primeiro problema não integrará seu objeto. Já o segundo e o terceiro serão, de forma breve, tratados já neste capítulo. Tal explanação será intencionalmente genérica e abstrata, isto é, desvinculada de qualquer ordenamento jurídico específico.

Já a investigação do quarto e do quinto problema, temas centrais do trabalho, estender-se-á, no caso daquele, até o capítulo dois; no caso deste, do terceiro ao quarto capítulo. Ademais, ambos serão submetidos a exame de forma mais delimitada e concreta, à luz do ordenamento jurídico brasileiro e, especialmente, do Direito Penal brasileiro. Deseja-se enfrentar propriamente o problema da eleição de fins *no* Direito Penal e da realização de fins *pelo* Direito Penal.

¹³ TAMANAHA, Brian. *Law as a Means to an End*, op. cit., p. 23.

¹⁴ Ver ADAMY, Pedro Guilherme Augustin. Instrumentalização do Direito Tributário. In: ÁVILA, Humberto Bergmann. *Fundamentos do Direito Tributário*. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 305.

¹⁵ O termo propositadamente remete a Foucault (ver FOUCAULT, Michel. *Surveiller et punir*. Naissance de la prison. Reimp. Paris: Gallimard, 2011, p. 39 ss. Versão original de 1975 e GOLDER, Ben; FITZPATRICK, Peter. *The Laws of Michel Foucault*. In: ____ (Org.). *Foucault and Law*. Padstow: Ashgate, 2010, p. xv).

1.1.2 Segunda Premissa (decorrente da primeira): se o Direito está orientado a fins, então eles devem ser controlados. Repercussões teóricas e práticas.

Quando se afirma que o Direito em geral (e também o Direito Penal), em sua *essência*, é um meio, uma ferramenta para a *indução* de comportamento humano e, a partir disso, para a *promoção* de fins constitucionais, está-se diante de uma teoria instrumentalista acerca da sua natureza. Trata-se, pois, de um conceito de Direito como meio para um fim, na qual cada uma de suas unidades funcionais (regras, sanções etc.) tem suas próprias funções pré-demarcadas e deve ser racionalmente desenvolvida de modo a cumpri-las.¹⁶

Situação similar em aparência, mas diversa em essência, diz respeito ao fato de o Direito ser, por vezes, funcionalizado pelos atores jurídicos no intuito de atingir determinados objetivos. Neste caso, a instrumentalização seria uma característica ou um comportamento social; no outro, uma teoria sobre a natureza do Direito. Ambas, todavia, não se confundem. Uma coisa é o Direito *estar sendo usado* como meio para fins (atitude instrumentalista); outra é o Direito *ser*, em essência, apenas um meio para fins (*tese* de teorias instrumentalistas).

Negar que o Direito serve a fins parece, hoje, um esforço injustificado. A “racionalidade finalística” (*Zweckrationalität*) tornou-se o marco de sociedades capitalistas e burocráticas. É algo do qual pouco se pode fugir.¹⁷ Se esta realmente *deve ser* a sua condição é questão diversa e muito complexa. Trata-se de uma discussão sobre a própria natureza do Direito. Diante disso, tem-se por suficiente, de um lado, reconhecer que tal concepção é hoje particularmente forte, e, de outro, declarar que ela é assumida por este estudo.

Nesse contexto, essencial é indagar qual seria a adequada compreensão do sentido, do conteúdo e da estrutura dessa instrumentalidade. Para iniciar a investigação, será utilizada ilustrativamente a chamada doutrina do “Direito e Desenvolvimento”.¹⁸ Ela revela uma concepção teórica *amplamente* instrumental de Direito, o qual é concebido como “uma força que pode ser moldada e manipulada para alterar o comportamento humano e atingir o

¹⁶ SUMMERS, Robert Samuel. *Form and Function in a Legal System. A General Study*. Nova York: Cambridge University Press, 2006, pp. 14-5.

¹⁷ TAMANAHA, Brian. *Law as a Means to an End*, op. cit., p. 6. Sobre a racionalidade finalística (*Zweckrationalität*), Weber definiu-a como um agir orientado pelos fins, meios e conseqüências secundárias, ponderando racionalmente os meios com os fins, estes com as conseqüências secundárias, e ainda os diferentes fins possíveis entre si (trad. nossa) (WEBER, Max. *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie*. 5. ed. Reimp. Tübingen: J. C. B. Mohr, 2002, p. 13. Originalmente publicado em 1922).

¹⁸ Conforme Trubek e Santos, a doutrina do “Direito e Desenvolvimento” pode ser definida como um conjunto de ideais acerca do papel e da importância do Direito para a promoção do desenvolvimento econômico de um país (trad. nossa) (TRUBEK, David M.; SANTOS, Alvaro (Orgs.). *The New Law and Economic Development. A critical appraisal*. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 1).

desenvolvimento”¹⁹ (trad. nossa). A ideia fundamental, segundo Davis e Trebilcock, seria a de que “juristas treinados para usar o Direito como um instrumento para mudanças iriam promover os objetivos de desenvolvimento do Estado”²⁰ (trad. nossa).

As citações acima permitem visualizar com maior clareza algumas questões fundamentais da concepção de Direito como *meio para fins*. Em primeiro lugar, elas não se referem ao Direito como um mero *regulador* de condutas, que seriam por ele simplesmente classificadas como *proibidas, obrigatórias* ou *permitidas*²¹ (modais deônticos). Nelas se afirma que o Direito serve para *influenciar, modificar* ou mesmo *induzir* o comportamento humano para atingir certos objetivos do Estado. Trata-se, indubitavelmente, de situações bastante distintas: uma coisa é a característica formal de prescritibilidade da norma (previsão de uma ação que deve, pode ou não deve ocorrer), outra é o seu propósito (finalidade) em termos de política pública.²²

Nesse contexto, também já salientou Joseph Raz que as “funções do Direito”²³ poderiam ser divididas em dois grandes grupos: (i) funções *diretas* e (ii) funções *indiretas*. As primeiras seriam aquelas cuja realização é assegurada, automaticamente, pelo simples cumprimento da norma jurídica, na medida em que não pretendem *induzir* comportamentos, mas apenas *regular* comportamentos, qualificando-os como *proibidos, obrigatórios* ou *permitidos* (regras comportamentais), ou ainda atribuir certos efeitos jurídicos a fatos, atos ou situações (regras constitutivas).²⁴ Já as funções *indiretas* não seriam perfectibilizadas pela simples aplicação da norma jurídica ao fato por ela regulado, na medida em que significam não apenas a regulação, mas sim a indução e a conformação de atitudes, de modos de comportamentos ou mesmo de concepções institucionais ou pessoais (*de vida*).²⁵

¹⁹ BURG, Elliot M. Law and Development: A Review of the Literature and a Critique of Scholar in Self-Estrangement, 25° *American Journal of Comparative Law*, 1977, pp. 505-6. No original: “a force which can be molded and manipulated to alter human behavior and achieve development”.

²⁰ DAVIS, Kevin; TREBILCOCK, Michael. The Relation between Law and Development: Optimists versus skeptics. *New York School of Law, Public Law and Legal Theory research paper series*, nº 08-14, pp. 1-62, 2008. No original: “lawyers trained to use law as an instrument for change would promote the developmental goals of the state”.

²¹ ADAMY, Pedro Guilherme Augustin. Instrumentalização do Direito Tributário, op. cit., p. 302.

²² SUMMERS, Robert Samuel. *Form and Function in a Legal System*, op. cit., pp. 59 e 143.

²³ Segundo Raz, as funções sociais do Direito seriam as suas consequências sociais atuais ou pretendidas (RAZ, Joseph. *The Authority of Law*. Essays on Law and Morality. Reimp. Oxford: Clarendon Press, 1983, p. 165).

²⁴ GUASTINI, Riccardo. Norma: una noción controvertida. In: _____ *Distinguiendo*. Estudios de teoría y metateoría del *derecho*. Barcelona: Gedisa, 1999, p. 99 e, do mesmo autor, Acerca de las normas sobre producción jurídica. In: _____ *Distinguiendo*. Estudios de teoría y metateoría del *derecho*. Barcelona: Gedisa, 1999, p. 308 ss.

²⁵ RAZ, Joseph. *The Authority of Law*, op. cit., pp. 166-7. Em sentido similar, considera Summers que unidades funcionais como *regras* ou *sanções* servem não apenas para coibir violência, fraude, quebra de contrato etc., mas também para incorporar, expressar, transmitir, simbolizar, reforçar e indicar valores para a sociedade (SUMMERS, Robert Samuel. *Form and Function in a Legal System*, op. cit., p. 17).

Um exemplo proveniente do Direito Tributário brasileiro pode auxiliar em uma melhor visualização de cada uma das funções referidas (direta e indireta). Sabe-se que há uma alta tributação de bebidas alcoólicas, mas que, apesar disso, o seu consumo é *permitido* pelo ordenamento jurídico. Imagine-se, então, que o legislativo decida aumentar a alíquota do tributo em questão, com o intuito de fazer com que as pessoas consumam uma menor quantidade da substância, haja vista os potenciais problemas de saúde por ela causados. Em termos de funções diretas, pode-se afirmar que a norma apresenta basicamente duas: (i) uma permissão de consumo e (ii) uma obrigação de pagamento de tributo em razão desse consumo. Tais funções ocorrem simultaneamente à incidência e à aplicação da norma e dela são indissociáveis. Quando um indivíduo simplesmente compra bebida alcoólica em um supermercado, por exemplo, elas já estão sendo cumpridas.

Em se tratando de funções *indiretas*, o mesmo raciocínio *não* se aplica. No exemplo apresentado, a pretensão da norma seria, claramente, a de induzir o comportamento do cidadão brasileiro, no sentido de provocar uma redução no consumo de bebidas alcoólicas em razão do aumento dos tributos sobre elas incidentes. Tal objetivo, todavia, não é garantido pelo simples cumprimento da norma jurídica, uma vez que não há relação de causalidade necessária entre *a sua aplicação* e a pretendida *indução de comportamento*. Os efeitos sociais que poderão advir de uma mudança legislativa são, de certo modo, necessariamente contingentes.²⁶ O fim objetivado pode não ocorrer e outros, colaterais ou secundários, não antevistos e sequer desejados, talvez se façam presentes²⁷.

Considerando o caso hipotético mencionado, mesmo sendo a norma jurídica plenamente cumprida (e, portanto, assim também as suas funções diretas), poder-se-á constatar, de fato, um *aumento* do consumo, influenciado por fatores alheios à tributação e nem sempre controláveis (ex: condições climáticas, época do ano, realização de eventos esportivos no Brasil, como a Copa do Mundo de Futebol etc.). Isso apenas demonstra que, estando as funções indiretas para além da norma jurídica, elas exigem, como regra, certas condições sociais e culturais para serem eficazmente realizadas.²⁸ Nesse contexto, a

²⁶ Conforme MacCormick, não se trata apenas de uma questão de *antever* efeitos, mas verdadeiramente de saber se eles são, de fato, *passíveis* de serem previstos (MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Reimp. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 141).

²⁷ KIRCHHOF, Paul. *Verwalten durch "mittelbares" Einwirken*. Colônia: Carl Heymans Verlag KG, 1977, p. 26.

²⁸ Conferir SUMMERS, Robert Samuel. *Instrumentalism and American Legal Theory*. Londres: Cornell University Press, 1982, p. 230.

capacidade de conformação de condutas humanas através do Direito é sempre duvidosa e, para ser bem sucedida, necessita vir acompanhada de medidas extrajurídicas.²⁹

A problemática da utilização do Direito para o atendimento de fins cuja realização não decorre simplesmente do seu adequado cumprimento e aplicação traz novas exigências para a verificação de sua validade constitucional.³⁰ No momento em que a lei é criada fundamentalmente com o intuito de indução de comportamento (*função indireta* do Direito, na classificação de Raz), então passa a ser preciso adaptar os critérios de controle, de modo a neles incluir como parâmetro *também* a aferição do seu real alcance.³¹

Essa é, talvez, a consequência mais básica da vocação do Direito à persecução de fins: os efeitos concretos da sua aplicação podem repercutir e interferir na sua validade.³² Regressando ao exemplo utilizado, o aumento de tributação, justificado pelo legislador na (hipotética) redução do uso de bebidas alcoólicas, ainda seria plenamente válido, caso se constatasse um correlato crescimento do consumo nos meses subsequentes à sua instituição? Nesta altura do presente estudo, não é possível responder consistentemente a tal indagação, mas é fundamental que ela seja, desde logo, lançada.

1.2 CONCEITOS FUNDAMENTAIS PARA O CONTROLE DE FINS NO DIREITO

1.2.1 “Fim” *no* Direito: esboço de um conceito

Inicia-se esta seção com uma advertência necessária: o conceito de fim é, de um lado, difícil de ser concretizado, porque pouco “tangível” (*fassbar*)³³, e, de outro, “elástico e polissêmico” (*elastisch und vieldeutig*).³⁴ Ademais, está tensionado por outros termos similares, como finalidade, objetivo, intenção, propósito etc., os quais, por sua vez, também são vagos. Tais condições, conquanto dificultem uma inequívoca delimitação semântica, não

²⁹ Ver RAZ, Joseph. *The Authority of Law*, op. cit., p. 168.

³⁰ Ilustrativamente, quando o legislador intenta, através de um tributo, orientar o comportamento do contribuinte a uma direção socialmente útil, a sua validade não pode ser examinada simplesmente a partir de critérios referentes a tributos cuja pretensão é puramente arrecadatória (HUSTER, Stefan. *Rechte und Ziele. Zur Dogmatik des allgemeinen Gleichheitssatzes*. Berlin: Drucker & Humblot, 1993, p. 360).

³¹ Consoante refere MacCormick, a problemática apresenta-se bastante grande também no âmbito da tradição do *Common Law*, na medida em que “um sistema que trata mesmo um único precedente como vinculante impede a possibilidade de usar a experiência para confirmar ou negar níveis consequencialistas de justificação de decisões anteriores” (trad. nossa) (MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*, op. cit., p. 135).

³² No mesmo sentido, porém no âmbito do Direito Tributário, ver ADAMY, Pedro Guilherme Augustin. *Instrumentalização do Direito Tributário*, op. cit., p. 314.

³³ SCHÖBER, Katharina. *Der Zweck im Verwaltungsrecht*, op. cit., p. 3.

³⁴ ENGLISH, Karl. *Einführung in das juristische Denken*, op. cit., p. 97.

desobrigam esta investigação a precisar o sentido com o qual a expressão *fim* será, ao longo dela, empregada.

Para tanto, uma primeira e fundamental distinção é necessária: um "fim" pode ser tanto a *motivação, o propósito ou o fundamento de uma ação intencional* quanto o *estado de coisas a ser concretizado através dela*.³⁵ Para melhor ilustrar a assertiva, apresenta-se o seguinte exemplo: o legislador brasileiro deseja intensificar a tutela do bem jurídico *vida*, aumentando, para tanto, as sanções cominadas no tipo penal de homicídio. A majoração na proteção da vida humana atua tanto como razão ou fundamento do agir do legislador, quanto como uma situação concreta específica cuja obtenção é ambicionada. O fim é, pois, o "motor" da lei, mas também o seu "objetivo".

Na primeira hipótese, está em questão a *dimensão subjetiva* da expressão "fim", na medida em que serve à compreensão de um agir intencional. Já a segunda hipótese diz respeito à *dimensão objetiva* da expressão fim, a qual indica um "valor de referência" (*Richtwert*) do que deve ser (o estado de coisas a ser obtido).³⁶ Aquela dimensão responde a pergunta "*por que* o legislador aumentou as sanções do crime de homicídio" (qual o motivo?); esta, a questão "*para que* o legislador aumentou as sanções do crime de homicídio" (qual o objetivo concreto?).

Nesse contexto, pode-se afirmar que a dimensão subjetiva permite *interpretar* o ato examinado, por buscar seu fundamento, enquanto a dimensão objetiva serve de critério para avaliar a *adequação* da ação realizada (meio) frente ao estado de coisas intencionado (fim).³⁷ Retomando-se o exemplo empregado, a plena compreensão da lei que majorou as penas do homicídio será facilitada se houver a identificação da intenção do legislador. É preciso, pois, olhar para o *passado* (ação) para compreender o *futuro* (objetivo). Ao mesmo tempo, a verificação da idoneidade do meio (ação) eleito para promover o estado de coisas buscado (objetivo) somente é possível fazendo o caminho inverso. O objetivo *futuro* almejado orienta, tal qual um *critério*, a escolha (no *passado*) do meio que pretensamente o promoverá.

³⁵ No primeiro sentido, ver JHERING, Rudolf von. *Der Zweck im Recht*. 1. ed. Leipzig: Breitkopf & Härtel, 1877, tomo 1, pp. 4-5; LEAL, Fernando. *Ziele und Autorität*, op. cit., p. 44 e SCHÖBER, Katharina. *Der Zweck im Verwaltungsrecht*, op. cit., p. 3. No segundo sentido, ver ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 206; DELLEY, Jean-Daniel. Pensar a Lei. Introdução a um procedimento metódico. Traduzido por Léo Noronha. *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, v. 7, n. 12, pp. 101-143, jan./jun.2004, p. 122; LEAL, Fernando. *Ziele und Autorität*, op. cit., p. 44 e SUMMERS, Robert Samuel. *Instrumentalism and American Legal Theory*, op. cit., p. 62.

³⁶ LEAL, Fernando. *Ziele und Autorität*, op. cit., p. 43. Ver ainda ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 206.

³⁷ LEAL, Fernando. *Ziele und Autorität*, op. cit., pp. 42-44.

Diante de tantas diferenças importantes entre as dimensões subjetiva e objetiva da expressão "fim", seria importante utilizar palavras distintas em cada uma das situações. Na língua alemã, por exemplo, costuma-se empregar o termo *Zweck* (como fundamento do agir) em oposição a *Ziel* (como o estado de coisas ou o objetivo concreto).³⁸ Na língua inglesa, similar distinção é encontrada: fala-se em *purpose* ou *reason* (*Zweck*) em distinção a *goal* ou *target* (*Ziel*).³⁹ Já em língua portuguesa, a prática consagrou um emprego quase indistinto dos termos *fim* e *finalidade*, por vezes enunciados como sinônimos, ainda que em realidade não o sejam.⁴⁰

Por tal motivo, será realizado um esforço analítico, de modo a empregar a expressão *finalidade*, a partir deste momento, exclusivamente em relação à dimensão subjetiva (tal como *Zweck* ou *purpose*) e a expressão *fim* exclusivamente em relação à dimensão objetiva (tal qual *Ziel* ou *goal*). Tais precisões em nada são supérfluas. Ocorre que, quando se fala em "eleição de fins" no Direito Penal, está-se indagando quais fins *devem*, quais fins *não devem* e quais fins *podem* servir de fundamento (de finalidade) à ação do legislador penal. Já quando em questão a "realização de fins" no Direito, está-se indagando se o estado de coisas concreto (fim) perseguido pelo legislador de fato foi promovido pelo meio eleito. Se distintos são os vocábulos, diversos também serão os sentidos e, fundamentalmente, os critérios de controle constitucional.

1.2.1.1 Distinção quanto ao conteúdo material da finalidade

Os conceitos previamente apresentados pretenderam dar contornos a um núcleo de sentido comum entre as palavras integrantes de tal "família". No entanto, não há dúvida de que existem inúmeras diferenças relevantes entre as finalidades (isto é, propósitos) pertinentes às variadas categorias jurídicas. As linhas que seguem examinarão algumas singularidades, agrupando tais finalidades em cinco grandes conjuntos, de acordo com o seu conteúdo material.

³⁸ A distinção referida não é, todavia, unânime. Sobre as divergências, ver LEAL, Fernando. *Ziele und Autorität*, op. cit., pp. 44-45.

³⁹ Conferir SUMMERS, Robert Samuel. *Instrumentalism and American Legal Theory*, op. cit., p. 62.

⁴⁰ Conforme Ernildo Stein, "sabemos [...] que não existe sinonímia perfeita entre os sinais que designam coisas. Entre 'não-casado' e 'solteiro' há uma diferença, ainda que possamos apresentá-los como sinônimos. [...] no nosso falar e dizer, não existe uma perfeita superposição de significados, na nossa explicação, *nunca conseguimos dizer a mesma coisa com outras palavras*, pois não há sinonímia perfeita, temos que pressupor que aquilo que nos faz compreender o todo é algo anterior e é uma compensação da impossibilidade de uma analiticidade perfeita" (STEIN, Ernildo. Não podemos dizer a mesma coisa com outras palavras. In: ZILLES, Urbano (Coord.). *Miguel Reale: estudos em homenagem a seus 90 anos*. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2000, pp. 489 e 494).

Para tanto, lançar-se-á mão do pensamento de Robert Summers, que analisou a questão em pormenores na obra "Form and Function in a Legal System" (2006), já citada neste trabalho. Em um capítulo dedicado ao exame da forma e do conteúdo das categorias jurídicas, tal jurista propõe cinco "tipos de propósitos" (*types of purposes*) ou "finalidades" aos quais servem as formas legais: (i) propósitos constitutivos ou fundantes (*Founding Purpose*); (ii) requisitos operacionais internos (*Internal Requirements*); (iii) propósitos referentes a políticas públicas (*Purpose of Policy or Social Ends*); (iv) propósitos referentes a valores políticos fundamentais (*Fundamental Political Values*) e (v) propósitos referentes a valores gerais do *Rule of Law* (*General Values of the Rule of Law*).⁴¹

1.2.1.1.1 Propósitos constitutivos ou fundantes

De acordo com Summers, uma das mais importantes categorias de finalidades é a das "fundantes". Como exemplo, o autor questiona qual seria a função *mais básica* de uma legislatura. Segundo ele, seu papel fundamental em uma sociedade ocidental desenvolvida seria a criação de *leis gerais escritas*.⁴² Já a finalidade constitutiva e primeira de uma regra seria, nas palavras de Collingwood (também referido por Summers), "uma decisão generalizada de fazer muitas coisas de um tipo específico em ocasiões de um tipo específico" (trad. nossa).⁴³

1.2.1.1.2 Requisitos operacionais internos

Estas finalidades referem-se às exigências internas essenciais para um bom funcionamento de uma unidade jurídica, como uma regra, por exemplo. Conforme Summers, nenhuma regra terá capacidade de orientar a ação daqueles aos quais está dirigida se não for suficientemente clara e bem definida⁴⁴. Assim também ocorre, por exemplo, no âmbito dos contratos jurídicos. É essencial que suas cláusulas estejam suficientemente precisas para que as partes saibam seus deveres e seus direitos, respeitando aqueles e exigindo estes.⁴⁵

⁴¹ SUMMERS, Robert Samuel. *Form and Function in a Legal System*, op. cit., pp. 42-45 e 182-188.

⁴² SUMMERS, Robert Samuel. *Form and Function in a Legal System*, op. cit., p. 44.

⁴³ COLLINGWOOD, Robin George. *The New Leviathan. Or Man, Society, Civilization and Barbarism*. Ed. revisada. Oxford: Clarendon Press, 1992, p. 216. (primeira edição originalmente publicada em 1942). No original: "[...] a generalized decision to do many things of a specific kind on occasion of a specific kind [...]".

⁴⁴ SUMMERS, Robert Samuel. *Form and Function in a Legal System*, op. cit., p. 44.

⁴⁵ SUMMERS, Robert Samuel. *Form and Function in a Legal System*, op. cit., p. 44.

1.2.1.1.3 Propósitos de políticas públicas ou sociais

Esta categoria vastíssima e fundamental abarcaria, conforme Summers, propósitos referentes à melhoria na saúde pública, ao aumento da segurança viária, à evitação da reincidência criminal, à regulação das atividades econômicas, à preservação ambiental, dentre outros.⁴⁶ Nesse contexto, conquanto as regras jurídicas normalmente ostentem apenas natureza *regulativa*, elas podem também *reforçar* o comportamento desejado, buscando induzi-lo mediante sanções ou benefícios.⁴⁷

Os objetivos político-criminais eleitos pelo legislador, enquanto concretização do gênero "política pública", claramente encontram guarida nesta subespécie de finalidade. Por essa razão, é especificamente deste grupo de finalidades (e dos seus correlatos fins) que trata o presente trabalho, sem prejuízo de eventual menção aos demais.

1.2.1.1.4 Propósitos referentes a valores políticos fundamentais

Por sua vez, esta categoria de finalidades incluiria questões referentes à legitimidade, à racionalidade, à democracia, à justiça, bem como a liberdades básicas em um Estado de Direito.⁴⁸ Para Summers, a categoria jurídica das regras é mais adequada para a persecução e a realização de tais objetivos do que a dos princípios ou máximas.⁴⁹ Regras conferem poderes para agentes institucionais atuarem, mas também servem para (de)limitar essas competências. Limitações claras evitam a arbitrariedade e o abuso do poder público, bem como intervenções indevidas na liberdade de cidadãos. Ademais, apenas validam a ação nos limites dos poderes concedidos.

Como exemplo, a regra constitucional prevista no art. 5º, inciso XI, esclarece e define as situações em que o ingresso de agentes públicos na residência de cidadãos não é crime. Nessas poucas hipóteses, portanto, tal conduta é lícita; nas demais, peremptoriamente proibida. Princípios e máximas, em razão de sua vagueza, não teriam a mesma capacidade de fazê-lo, dando ampla margem de manobra e escolha ao aplicador.

1.2.1.1.5 Propósitos referentes a valores gerais do Rule of Law

⁴⁶ SUMMERS, Robert Samuel. *Form and Function in a Legal System*, op. cit., p. 44.

⁴⁷ SUMMERS, Robert Samuel. *Form and Function in a Legal System*, op. cit., p. 183.

⁴⁸ SUMMERS, Robert Samuel. *Form and Function in a Legal System*, op. cit., p. 45.

⁴⁹ SUMMERS, Robert Samuel. *Form and Function in a Legal System*, op. cit., p. 186. Sobre esse ponto, ver ainda SCHAUER, Frederick. *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. Reimp. Oxford: Clarendon Press, 2002, p. 135 ss.

Por último, Summers faz referência a um conjunto de finalidades por ele denominadas "valores gerais" (*general values*) do *Rule of Law*. Dentre elas, destaca o autor a previsibilidade e a cognoscibilidade do Direito, a igualdade perante a lei e a liberdade frente a arbitrariedades estatais. Além disso, conquanto mais "formais", elas poderiam ainda ser vistas como um subconjunto dos objetivos políticos fundamentais. Ilustrativamente, para que os objetivos do *Rule of Law* sejam cumpridos, exige-se que se formulem leis de maneira *prescritiva, completa, certa, geral, definitiva, clara e não contraditória*.⁵⁰

Todavia, tais requisitos irão, por vezes, entrar em colisão com pretensões de políticas públicas ou sociais, isto é, com outro grupo de finalidades concomitantemente incidentes. Summers é bastante enfático no sentido de que é sempre preciso averiguar o grau de compatibilidade entre promoção de *políticas sociais* e respeito às *exigências do Rule of Law*.⁵¹ Ressalta ainda que, se requisitos formais *mínimos* do *Rule of Law* colidirem com uma pretensão de alto grau de eficácia de políticas públicas, estas deverão ceder em respeito àqueles.⁵² Noutros termos, a eficiência na promoção do objetivo ambicionado não pode ser um absoluto, devendo-se dar um passo atrás, de modo a sacrificá-lo parcialmente em prol da promoção de valores mínimos do *Rule of Law*.⁵³

1.2.1.2 Distinção quanto à possibilidade de aferição e de submissão a controle de realização do fim

A presente seção dedica-se ao exame analítico dos *fins* (estado de coisas) a partir do critério "possibilidade de aferição e de submissão a controle do seu concreto atingimento". Para tanto, propõe-se uma distinção entre *fins internos* e *externos*, cujos pilares remontam a Aristóteles.⁵⁴ É o que se passa a realizar.

⁵⁰ Acerca das condições para a efetivação do "princípio do Estado de Direito" (*Rule of Law*), ver WALDRON, Jeremy. The Concept and the Rule of Law. *Public Law and Legal Theory Research Paper Series n.º 08-50*. Nov. 2008, pp. 5-6 e ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria da Segurança Jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 220 ss.

⁵¹ SUMMERS, Robert Samuel. *Form and Function in a Legal System*, op. cit., p. 195.

⁵² SUMMERS, Robert Samuel. *Form and Function in a Legal System*, op. cit., p. 195.

⁵³ SUMMERS, Robert Samuel. *Form and Function in a Legal System*, op. cit., p. 194.

⁵⁴ Tal diferenciação, ainda que com diferente nomenclatura, já era sugerida pelo apontado filósofo: "[...] es claro que existe una diferencia entre los fines: en efecto, en unos hay actividades, mientras que en otros hay ciertas realizaciones que acompañan a éstas. En los casos en que acompañan a las actividades determinados fines, en éstos son mejores por naturaleza las realizaciones que las actividades" (ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*. 8. reimp. Traduzido do grego por José Luis Calvo Martínez. Madrid: Alianza Editorial, 2011, p. 47).

1.2.1.2.1 *Fins internos (ou fins não passíveis de submissão a controle de realização)*

Tal espécie foi concebida por Aristóteles como uma "realização" ou um "fazer" (*práxis*).⁵⁵ Trata-se de fins que residem na própria ação ou atividade realizada, não sendo possível distinguir empiricamente *ação* e *resultado* ou *meio* e *fim*, daí o motivo de sua denominação (fins *internos*).⁵⁶ Ilustrativamente, ainda que assim seja esperado, não se pode afirmar que alguém se tornará mais corajoso (fim) simplesmente por participar de um combate e colocar em risco a sua vida (meio).⁵⁷

Como exemplo no plano jurídico, cita-se a culpabilidade (reprovação) do agente em relação à pena concretamente aplicada.⁵⁸ Pode-se entender, a partir da teoria normativa da culpabilidade, que ela é, ao mesmo tempo, *fundamento* e *medida* da censura, isto é, da pena.⁵⁹ Portanto, o tempo de pena seria tanto maior quanto também o fosse a reprovação. Contudo, há nessa proporção uma dificuldade empírica insuperável: não se pode provar, concretamente, a realização do fim (*quantum* de censura ou de retribuição) a partir do meio (*quantum* de pena criminal).

Sendo assim, não há como reconhecer, nessa situação, uma relação de causalidade naturalística (causa-efeito) entre *meios* e *fins*, devendo-se atribuir alguma outra natureza.⁶⁰ Tem-se, no máximo, uma possibilidade de correspondência ideal, uma *medida de justiça*, que, como tal, é indemonstrável e incomensurável.⁶¹ Desse modo, observa-se que a aplicação da pena (supostamente o “meio”) e a retribuição (supostamente o “fim”) materializam-se como um mesmo e único evento: a própria sanção criminal. *Fins e meios* fundem-se,⁶² representando uma unidade de sentido e de acontecimento.

1.2.1.2.2 *Fins externos (ou fins sujeitos a controle de realização)*

Os *fins externos*, por sua vez, expressam-se como uma realidade concreta, razão pela qual são perceptíveis pela experiência sensível ou verificáveis a partir de uma pesquisa

⁵⁵ ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*, op. cit., p. 185.

⁵⁶ HUSTER, Stefan. *Rechte und Ziele*, op. cit., p. 149.

⁵⁷ HUSTER, Stefan. *Rechte und Ziele*, op. cit., p. 148.

⁵⁸ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 207.

⁵⁹ Nesse sentido, ver FÁRIA COSTA, José Francisco de. *O perigo em direito penal*. Contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 373.

⁶⁰ HUSTER, Stefan. *Rechte und Ziele*, op. cit., p. 149.

⁶¹ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 207.

⁶² HUSTER, Stefan. *Rechte und Ziele*, op. cit., p. 149; ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 207 e, do mesmo autor, *Teoria da Igualdade Tributária*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, pp. 66-7.

empírica.⁶³ Portanto, diversamente do que ocorre com os ditos *fins internos*, neste campo pode-se identificar claramente uma relação de causalidade natural (causa-efeito), uma vez que *fins e meios* possuem uma dimensão real autônoma e distinta.⁶⁴

Conforme refere Huster, nesta hipótese o objetivo almejado é algo diverso da atividade ou da ação em si realizada.⁶⁵ Essa precisa situação, na qual há uma ação cujo fim é externo a ela e manifesta-se como um novo acontecimento concreto, foi chamada por Aristóteles de *criação ou produção (poiesis)*.⁶⁶ Como exemplo, o filósofo grego cita a atividade médica (ação) em relação à saúde do paciente (fim), a arte da construção naval (ação) em relação ao navio construído (fim), dentre outros.⁶⁷

Formulando-se tais ideias em uma "terminologia de meios e fins", pode-se dizer que a ação do médico é *meio* para a cura do paciente e esta, seu objetivo.⁶⁸ Nesse contexto é que se fala de *fins externos*, ou seja, *externos à ação* que os realiza ou os promove. É exatamente a possibilidade de segregação ou de separação entre *ação* e *resultado*, *meio* e *fim*, que permite reconhecer uma relação empírica de causalidade entre eles.⁶⁹

Logo, os fins ditos *externos*, por ostentarem tais características, são passíveis de mensuração e de controle empírico, de modo a permitir tanto a indicação de meios adequados, quanto a constatação do seu efetivo grau de realização.⁷⁰ Como exemplo de *fins externos* no plano jurídico, cita-se o desenvolvimento socioeconômico, a qualificação da educação pública e a redução da criminalidade e da taxa de reincidência (prevenção geral e especial). Nesse contexto, notória é ainda a relação existente entre *fins externos* (critério de possibilidade de controle da promoção do estado de coisas) e *finalidades de políticas públicas ou sociais* (critério de conteúdo material do propósito) antes mencionadas.

Pois bem, diante da impossibilidade de verificação empírica e, logo, de *controle* do grau de promoção e de alcance dos ditos *fins internos*, a presente investigação forçosamente se restringirá, no plano dos fins, aos fins *externos* referentes a *políticas públicas* (gênero), ou,

⁶³ Conforme Ávila, tais finalidades distinguem-se dos fins internos justamente por apresentarem uma "dimensão extrajurídica" (ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 207). Ver ainda ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria da Igualdade Tributária*, op. cit., p. 67.

⁶⁴ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 207.

⁶⁵ HUSTER, Stefan. *Rechte und Ziele*, op. cit., p. 147.

⁶⁶ HUSTER, Stefan. *Rechte und Ziele*, op. cit., p. 147. Ao opor a ideia de *fabricar (poiesis)* à de *realizar (práxis)*, Aristóteles assim afirma: "son también diferentes la disposición racional relativa a la fabricación y la relativa a la realización. Y no se incluyen una a la otra, pues ni la realización es fabricación ni la fabricación realización" (ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*, op. cit., p. 185).

⁶⁷ ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*, op. cit., p. 47.

⁶⁸ HUSTER, Stefan. *Rechte und Ziele*, op. cit., pp. 147-8.

⁶⁹ HUSTER, Stefan. *Rechte und Ziele*, op. cit., p. 148.

⁷⁰ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 207.

mais precisamente, *a políticas criminais* (espécie). Espera-se que as razões de tal recorte estejam, frente ao exposto, suficientemente esclarecidas.

1.2.1.3 Distinção quanto ao concreto estado de coisas buscado. Fins externos positivos e negativos. Fins externos primários e secundários.

Outra especificação relevante, exclusivamente em relação aos *fins externos*, localiza-se na separação dos efeitos almejados (estado de coisas) em positivos e negativos. No caso, tal classificação, ao contrário do que possa parecer, não pretende indagar se os efeitos são bons ou ruins, mas sim se eles significam a *criação* de um estado de coisas inexistente no presente ou a simples *manutenção* de um estado de coisas já existente.⁷¹ Naquela hipótese, atua-se para alterar o *status quo*; nesta, para preservá-lo. A partir disso, fala-se em fins positivos e negativos, respectivamente. A título de ilustração, uma nova lei ambiental pode ter por propósito tanto a manutenção dos níveis já existentes de proteção à fauna, quanto a sua majoração mediante o estabelecimento de novas medidas institucionais de controle e de prevenção.

Os fins podem ser, ainda, primários ou secundários. Enquanto aqueles representam um estado de coisas ambicionado de forma incondicional, estes significam fins promovidos enquanto consequência da persecução de outros fins.⁷² Metaforicamente, pode-se dizer que os fins secundários são "efeitos colaterais" dos fins primários. Quando se exige do legislador o emprego de adequada técnica legislativa na redação de dispositivos de uma nova lei penal, intenta-se fomentar a inteligibilidade do comando (exigência da legalidade como *lei certa*). Ao mesmo tempo, acaba-se promovendo a segurança jurídica em relação ao conteúdo da norma, beneficiando o cidadão.⁷³

1.2.1.4 Distinção do fim quanto ao seu aspecto temporal

1.2.1.4.1 Posicionamento do fim na relação passado-presente-futuro

A expressão *fim*, tal como utilizada neste estudo, designa um *evento futuro* cujo alcance é almejado (controle da inflação, por exemplo), bem como *estados de coisas* a serem

⁷¹ LEAL, Fernando. *Ziele und Autorität*, op. cit., p. 51.

⁷² LEAL, Fernando. *Ziele und Autorität*, op. cit., p. 51.

⁷³ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria da Segurança Jurídica*, op. cit., p. 248.

concretizados (redução dos índices de violência urbana, por exemplo) ou mantidos. Assim como outras palavras semanticamente similares – como *objetivos, metas, planos* – o termo "fim" está claramente orientado ao futuro,⁷⁴ ou seja, é *prospectivo*.

No entanto, algumas distinções merecem ser feitas. Como bem adverte Summers, embora os fins jurídicos estejam orientados ao futuro, não se pode presumir que o façam sempre da mesma maneira.⁷⁵ Sendo assim, o autor sugere quatro possíveis formas nas quais a apontada relação eminentemente *prospectiva* do fim é materializada: (a) promoção de um novo estado de coisas (futuro melhor que o presente); (b) perpetuação de um *status quo* positivo (presente reconhecido no futuro); (c) aceleração do futuro no presente e (d) retificação do passado no futuro.⁷⁶

A primeira espécie pode ser identificada quando, por exemplo, se deseja reduzir a criminalidade, se intenta promover a preservação ambiental ou se quer diminuir a mortalidade infantil a um determinado patamar. Já quando o Estado pretende apenas a perpetuação, no futuro, de situação já existente no presente, cuja manutenção, todavia, exige esforço constante e contínuo, então se está diante da segunda espécie. Ilustrativamente, pode-se mencionar o prosseguimento de um programa de controle dos níveis de poluição.⁷⁷ Retomando-se a distinção proposta na seção 1.1.3.3, o que se observa são, respectivamente, fins externos *positivos* (inovação do *status quo*) e fins externos *negativos* (perpetuação do *status quo*).

Noutras situações, o Estado intenta "acelerar o futuro no presente" (*accelerate the future into the present*), ao, por exemplo, estabelecer um sistema bancário e monetário no qual receitas antecipadas podem ser legalmente descontadas a valores presentes e usadas como garantias de empréstimos.⁷⁸ Finalmente, o objetivo almejado pode ser, ainda, a compensação do *passado no futuro*, como ocorre quando o próprio Estado intenta reparar, mediante pagamento de valor, vítimas de um período ditatorial anterior.

1.2.1.4.2 Momento da realização do fim

De início, é importante salientar que as considerações a seguir se dirigem fundamentalmente aos *fins externos*, isto é, àqueles sujeitos a controle empírico de realização e de promoção, sejam eles *positivos* (inovação) ou *negativos* (perpetuação).

⁷⁴ SUMMERS, Robert Samuel. *Instrumentalism and American Legal Theory*, op. cit., p. 62.

⁷⁵ SUMMERS, Robert Samuel. *Instrumentalism and American Legal Theory*, op. cit., p. 62.

⁷⁶ SUMMERS, Robert Samuel. *Instrumentalism and American Legal Theory*, op. cit., p. 62.

⁷⁷ SUMMERS, Robert Samuel. *Instrumentalism and American Legal Theory*, op. cit., p. 62.

⁷⁸ SUMMERS, Robert Samuel. *Instrumentalism and American Legal Theory*, op. cit., p. 62.

(a) Promoção de fins como processo *pontual e conclusivo*

Referiu-se anteriormente que o termo *fim* designa eventos, estado de coisas ou metas voltadas ao *futuro* (sentido *prospectivo*). Há de se questionar, portanto, se a promoção de fins é (i) um processo *pontual* ("ato isolado de concretização"⁷⁹), terminativo ou conclusivo ou se, pelo contrário, é (ii) um processo progressivo, contínuo ou permanente. No primeiro caso, pode-se imaginar, metaforicamente, uma "linha de partida" (estado de coisas atual) e uma "linha de chegada" (estado de coisas almejado). O fim teria sido plenamente promovido quando o Estado "cruzasse" a linha de chegada. Pense-se, por exemplo, em uma meta de redução da evasão escolar entre adolescentes de 12 a 16 anos de 20% para 5%, na qual 20% seria o termo *inicial* e 5% seria o termo *final*. Atingidos os 5% indicados, poder-se-ia dizer que o *fim* foi cumprido de forma conclusiva, bem como indicar, com alguma precisão, um intervalo de tempo em que tal evento se consumou.

Outro exemplo bastante ilustrativo é a utilização de cotas em seleções para ingresso em universidades. Tal espécie de ação afirmativa é normalmente empreendida *durante certo período*, sem pretensão de perenidade. Isso porque a reserva de vagas somente tem razão de ser enquanto persistir a situação fática de desigualdade social/racial que justificou o seu estabelecimento. Tão logo se verifique, a partir de estudos estatísticos e empíricos, a alteração positiva da realidade social, com o atingimento do índice de inclusão objetivado com a implementação de tal política, ela já poderia ser superada.

Em ambos os exemplos, é possível reconhecer, de forma razoavelmente clara, pontos de partida e pontos de chegada, que permitem, ao menos em tese, indicar *quando* ou *em que momento* o fim intencionado foi, de fato, alcançado. Nesse específico contexto, pode-se falar da promoção de um fim como um processo *terminativo e conclusivo*. No entanto, nem sempre a realidade se apresenta de maneira "estática". Em regra, ela é bastante dinâmica, de modo a determinar que toda a promoção de fins deva ser concebida também como um processo permanente. Logo, embora fins possam ter uma faceta *conclusiva*, também manifestam, concomitantemente, uma faceta *progressiva ou contínua*.⁸⁰ Nesse contexto, mais adequado é

⁷⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 310.

⁸⁰ SUMMERS, Robert Samuel. *Instrumentalism and American Legal Theory*, op. cit., p. 62. Também Humberto Ávila, referindo-se à segurança jurídica como estado de coisas a ser promovido, afirma se tratar de "algo a ser progressivamente atingido" (ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria da Segurança Jurídica*, op. cit., p. 123).

falar-se em *promoção de fins* como um processo complexo de dupla natureza (*conclusiva e progressiva*)⁸¹.

(b) Promoção de fins como processo *progressivo e permanente*

Com o intuito de explicar a condição complexa do processo de promoção de fins estatais, retomam-se os exemplos previamente apresentados. Iniciando-se pela redução da taxa de evasão escolar, pergunta-se: será que o Estado, mesmo após cumprir a meta estabelecida, diminuindo a evasão de adolescentes de 20% para 5%, poderá, a partir de então, manter-se inerte, realizando um "desinvestimento" em relação a tal fim? Será que, atingido um determinado patamar de desenvolvimento social, ele se manterá por si mesmo, isto é, sem qualquer indução estatal? Não há risco de que haja um retrocesso em relação ao estado de coisas promovido, caso o Estado dele descuide?

Considerando as questões lançadas, parece que a dupla natureza do processo de promoção gradual de fins pelo Estado ganha contornos mais claros. Em um primeiro momento, portanto, busca-se o atingimento de um ambicionado estado de coisas. Entretanto, quando há a concretização dos objetivos inicialmente traçados, do Estado pode demandar-se, se não novas conquistas, ao menos a manutenção do que já foi alcançado – o que, diga-se, não é pouco.⁸² Nesse contexto, conquanto a Administração Pública já tenha, por exemplo, reduzido os índices de evasão escolar ao patamar desejado, ela terá de prosseguir adotando medidas para "sustentar" e "estabilizar" essa nova realidade concreta.⁸³

Ademais, a concepção dupla e complexa do processo de realização de fins decorre, em grande medida, da sua própria natureza. Fato é que a catalisação de mudanças sociais pela intervenção do Estado apresenta vantagens e desvantagens. Ao mesmo tempo em que ela acelera o processo, por induzi-lo, ela também cria uma relação de dependência. Se o novo estado de coisas decorreu de indução estatal, ele poderá não se manter sem ela. Percebe-se,

⁸¹ Nesse ponto, fundamentais são as considerações de Jean-Daniel Delley: "em sua generalidade, *o fim indica uma tarefa permanente que não será jamais realizada definitivamente*. Ele aponta antes uma direção, uma tarefa a completar que um estado definitivo de coisas [...]" (DELLEY, Jean-Daniel. *Pensar a Lei*. Introdução a um procedimento metódico, op. cit., p. 122 ss, grifado). Em similar sentido, ver ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 27 (Nota à 15ª edição).

⁸² Sobre a realização de fins constitucionais como "um processo e não um acto", consultar CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 304.

⁸³ De forma similar, Summers aponta a "igualdade de oportunidades" como um exemplo de fim estatal cuja busca deve ser contínua e não terminativa (SUMMERS, Robert Samuel. *Instrumentalism and American Legal Theory*, op. cit., p. 62).

assim, a natureza *dupla* da atuação do Estado na persecução de objetivos: *conclusiva* no sentido de atingir um determinado estado de coisas e *permanente* no sentido de mantê-lo⁸⁴.

Uma ressalva, todavia, é necessária. Não se está utilizando a expressão *permanente* como sinônimo de *eterno*. O Estado deverá *sempre* adotar medidas necessárias para promoção e manutenção de fins *enquanto* eles forem relevantes em uma dada sociedade historicamente situada (isto é, em um entrecruzar de tempo e espaço). É possível, por conseguinte, que tais fins percam importância ao longo dos anos e não faça mais sentido uma intervenção do Estado em relação a eles.

Uma última advertência precisa ainda ser feita. Pode ocorrer que o Poder Legislativo, ao promulgar uma nova lei, justifique-a a partir da indicação de um fim *extremamente* amplo e vago, cujo sentido é de difícil identificação. Por exemplo: aumentar a sanção atribuída a determinados crimes, para "diminuir a impunidade" e a "violência" na sociedade brasileira. Nessa hipótese, há dois problemas: (i) a ausência de indicação clara de um marco inicial (estado de coisas atual) e um marco final (estado de coisas almejado) tornam a sua promoção um processo verdadeiramente *eterno*, pois é sempre possível reduzir *mais e mais* a impunidade e (ii) ao mesmo tempo, a baixa precisão do fim supostamente promovido impede, quase por completo, o próprio controle da atuação estatal.

Ocorre que, quando se fala em "redução de impunidade", tanto uma diminuição de 0,0001% em taxas de reincidência quanto a sua redução em 50% estariam englobadas por tal expressão. Contudo, são situações concretas demasiadamente diversas para se equivalerem. Tal indevida convergência decorre justamente da excessiva amplitude do fim indicado. De tão vago, ele impede não apenas o delineamento do estado de coisas que, de fato, se quer gerar, mas também um controle adequado de tal promoção e, ainda, a identificação dos meios eficazes para tanto.⁸⁵

Nesse contexto, parece restar claro que *quanto mais específico, concreto e definido* for o fim pretendido, maior a sua *perfectibilidade* e menos *permanente* o processo de sua promoção.⁸⁶ De outro lado, *quanto mais vago, abstrato e impreciso* for o fim ambicionado, menor a sua *perfectibilidade* e mais *permanente* o processo de sua promoção. Por conseguinte, um fim será mais ou menos *perfectível* (ou mais ou menos *permanente*) a

⁸⁴ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 27 - Nota à 15ª edição e, em sentido similar, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, op. cit., p. 313.

⁸⁵ Klatt e Meister advertem que a clara identificação dos objetivos perseguidos influenciará intensamente a avaliação da adequação e da necessidade da medida eleita (KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *The Constitutional Structure of Proportionality*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 71).

⁸⁶ Fins "perfectíveis" são aqueles cujo momento exato de realização pode ser claramente identificado no tempo (SOMMERMANN, Karl-Peter. *Staatsziele und Staatszielbestimmungen*, op. cit., p. 380).

depender não tanto da sua natureza, mas sim do seu grau de definição e delimitação.⁸⁷ Tal exercício analítico em nada é supérfluo. Como adverte Ávila, "[...] um meio cujos efeitos são indefinidos e um fim cujos contornos são indeterminados [...] certamente enfraquecem seu poder de controle sobre os atos do Poder Público".⁸⁸ Esta problemática, todavia, será examinada em pormenores nos capítulos 3 e 4.

1.2.2 Eleição e concretização de fins: dificuldades teóricas e práticas

Na antiga concepção de Jhering, que, todavia, segue atual, o desenvolvimento do Direito ao longo de anos seria uma contínua batalha intelectual (e, por vezes, física) entre indivíduos, na defesa de certas concepções em detrimento de outras.⁸⁹ O seu conteúdo seria, pois, “resultado da luta” (*Resultat des Kampfes*)⁹⁰ e, por tal razão, cristalizaria os interesses e os ideais vencedores. Entende-se que essa mesma lógica pode ser aplicada quando em questão a escolha de fins a serem alcançados através do ordenamento jurídico, nos termos que seguem.

Inicialmente, há de se ressaltar que o *pluralismo* de valores e o correlato *dissenso* ou *desacordo* sobre eles é uma das características político-sociais mais significativas da sociedade atual, apresentando importante ressonância no problema da (in)definição de fins do Estado.⁹¹ Muitíssimo ilustrativa, nesse sentido, é a seguinte descrição de Jeremy Waldron⁹²:

Há muitos de nós e nós discordamos sobre justiça. Isto é, nós não discordamos apenas sobre a existência de Deus e o sentido da vida; nós discordamos sobre o que considerar como condições justas de cooperação entre pessoas que discordam sobre a existência de Deus e sobre o sentido da vida. [...] Liberais discordam de conservadores; socialistas discordam de economistas de mercado; os partidários da liberdade discordam dos partidários da comunidade e ambos discordam dos partidários da igualdade; feministas discordam daqueles que querem que o governo

⁸⁷ SOMMERMANN, Karl-Peter. *Staatsziele und Staatszielbestimmungen*, op. cit., p. 381.

⁸⁸ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 206. Ver ainda, ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria da Igualdade Tributária*, op. cit., pp. 72-3. Em sentido similar, na doutrina alemã, ver SCHÖBER, Katharina. *Der Zweck im Verwaltungsrecht*, op. cit., p. 5.

⁸⁹ JHERING, Rudolf von. *Der Kampf um's Recht*. 18. ed. Viena: Universitäts-Buchhandlung, 1913, p. 68.

⁹⁰ JHERING, Rudolf von. *Der Zweck im Recht*, op. cit., p. 250.

⁹¹ Sobre o ponto, conferir MARMOR, Andrei. *Law in the Age of Pluralism*. Nova York: Oxford University Press, 2007, p. vii.

⁹² WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. 1. reimp. Nova York: Oxford University Press, 2004, p. 1. No original: “There are many of us, and we disagree about justice. That is, we not only disagree about the existence of God and the meaning of life; we disagree also about what count as fair terms of co-operation among people who disagree about the existence of God and the meaning of life. [...] Liberals disagree with conservatives; socialists disagree with market economists; the party of freedom disagree with the party of community and both disagree with the party of equality; feminists disagree with those who want the government to stand up for ‘family values’; [...] and pragmatists and utilitarians disagree with those who think the task of law is to vindicate the claims of order, retribution and deserve”.

defenda “valores da família” [...] e pragmatas e utilitaristas discordam daqueles que pensam que a tarefa do Direito é justificar as demandas de ordem, de retribuição e de merecimento (trad. nossa).

Fato é que a ausência de consenso filosófico, político e social sobre critérios para a definição de valores e para a seleção de objetivos estatais conduziu, sobretudo em países de *Civil Law*, à utilização da Constituição como fundamento para realizar tal juízo, em detrimento de parâmetros pré-jurídicos.⁹³ Nesse sentido, o texto constitucional não apenas indicaria fins obrigatórios para o Estado, como também vedaria que determinados objetivos fossem por ele promovidos. Ele serviria, ainda, de referencial material para a análise da validade de fins que se encontrariam em uma zona “possível” ou “facultativa” (nem proibida, nem obrigatória), dado o silêncio do legislador constituinte.

Ainda que a Constituição seja um consistente critério para tal análise, não se pode ignorar o fato de que também os termos que nela constam são resultado, como regra, não de consenso, mas de embates e (des)acordos. Ilustrativamente, cita-se a disputa entre grupos de interesses durante a Constituinte brasileira.⁹⁴ Por conseguinte, mesmo os objetivos constitucionalmente eleitos representam a vitória de determinadas correntes ideológicas.

É claro que o reconhecimento de tal circunstância não afeta a imperatividade da Constituição, haja vista que uma interpretação genética deve ter um peso apenas relativo na argumentação jurídica.⁹⁵ Ademais, os textos, ao serem aplicados ao longo do tempo, vão se independizando dos interesses ideológicos que motivaram a sua escrita. Tomar consciência dessa realidade é antes algo positivo, pois permite perceber a conflituosidade latente à Constituição de todo e qualquer país.

⁹³ Sobre tal dissenso, conferir TAMANAHA, Brian. *Law as a Means to an End*, op. cit., p. 22. Já acerca da utilização da Constituição como parâmetro, ver SCHÖBER, Katharina. *Der Zweck im Verwaltungsrecht*, op. cit., p. 16.

⁹⁴ É o que se depreende das seguintes manifestações contrapostas de Bezerra de Mello e de Benedita da Silva, respectivamente, durante sessão da Assembleia Nacional Constituinte: “[...] O movimento do 'Centrão' insurgiu-se, por isso mesmo, contra as manifestações obstinadas da Comissão de Sistematização, através do seu modelo exótico e estapafúrdio da estatização, sufocando da forma mais totalitária a iniciativa privada, ferindo sobretudo as nossas tradições de trabalho livre, com os grilhões de um esquerdismo odioso e enfermo”; “[...] É exatamente no Capítulo sobre os Direitos Sociais onde se concentram as maiores pressões dos grupos empresariais, na tentativa de derrubar as conquistas inseridas no projeto da Comissão de Sistematização” (BRASIL, *Diários da Assembleia Nacional Constituinte*, sessão de 03 dez. 1987, pp. 5924 e 5932. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/diarios/chamadaExterna.html?link=http://imagem.camara.gov.br/prepara.asp?selDataIni=02/02/1987&selDataFim=05/10/1988&opcao=1&selCodColecaoCsv=R>).

⁹⁵ Por interpretação genética (“vontade do legislador”) entende-se, conforme Humberto Ávila, tanto considerações acerca do que o legislador desejava expressar ao utilizar certo termo ou palavra (interpretação genética semântica), quanto considerações sobre o fim que pretendia atingir ao criar determinado texto normativo (interpretação genética teleológica) (ÁVILA, Humberto Bergmann. *Argumentação jurídica e a imunidade dos livros eletrônicos*. In: TORRES, Ricardo Lobo. *Temas de interpretação do Direito Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 142-4).

Embora o texto constitucional possa claramente indicar os objetivos que devam ser buscados pelo Estado, a problemática da “eleição de fins” não se encerra aí. Ocorre que eles ainda precisam ser concretizados na realidade social. Nesse momento, haverá um novo conflito e, conseqüentemente, uma nova eleição de fins, na medida em que muitos dos objetivos tidos como imprescindíveis certamente serão tensionados. Noutros termos: a promoção de um fim pelo Estado pode ocorrer em detrimento de outro fim também “obrigatório”.

Como exemplo, considere-se que a Constituição brasileira elegeu como objetivos fundamentais tanto o desenvolvimento econômico, quanto a redução das desigualdades sociais. Nesse contexto, imagine-se que o Estado crie novos tributos para promover a igualdade, exonerando pesadamente a atividade empresarial. Muitos defenderão que a medida é correta, uma vez que é dever do Estado reduzir as desigualdades sociais; outros dirão o oposto, argumentando ser dever de o Estado gerar desenvolvimento econômico e, com tal medida, ele está dificultando-o.

De certo modo, ambos os argumentos estariam amparados no texto constitucional, o que demonstra tanto que fins constitucionais podem colidir, quanto que a eleição de fins pelo Estado é juízo constante e perene. Por vezes, é preciso decidir entre dois fins constitucionalmente “já escolhidos”. Trata-se, assim, de sucessivas eleições, ou verdadeiras reeleições de objetivos. Nesse sentido, muito oportuno é lembrar a famosa lição de Konrad Hesse de que o texto constitucional, por si só, não possui força normativa, estando sempre a depender da vontade de Constituição de seus intérpretes e de seus aplicadores.⁹⁶

Como não poderia deixar de ser, o mesmo ocorre no plano dos fins constitucionais. Também a sua maior ou menor concretização será fruto de escolhas políticas *a posteriori*, isto é, *a partir* do texto definido pelos constituintes, desde que respeitado, naturalmente, um patamar mínimo de realização. Logo, é fundamental que sejam apontados parâmetros tanto para (i) identificar os fins constitucionalmente eleitos, constitucionalmente proibidos e constitucionalmente possíveis, quanto para (ii) resolver eventuais incompatibilidades entre eles quando de suas concretizações. Dada a complexidade da questão, o presente trabalho, nos capítulos que seguem, limitar-se-á a fazê-lo especificamente no âmbito da relação *Constituição-Direito Penal*. A intenção é tanto refletir acerca dos fins cuja promoção a Constituição delega ao Direito Penal, quanto sobre os potenciais conflitos entre eles.

⁹⁶ HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 1. ed. Karlsruhe: Verlag C. F. Müller, 1967, p. 10.

1.2.3 Realização de fins: dificuldades teóricas e práticas

Se a questão da *eleição* de fins é, por si, já bastante tormentosa, novos problemas surgem no plano da sua *realização*. Pode-se ter bastante segurança quanto ao fim eleito. Isso, todavia, não significa clareza sobre qual a forma jurídica mais adequada para promovê-lo. Ademais, deve-se inclusive questionar a própria eficácia do Direito em tal tarefa, pois talvez ele simplesmente não seja capaz de fazê-lo.⁹⁷

Para ilustrar o problema, imaginem-se as seguintes situações concretas:⁹⁸ (a) o Estado deseja fomentar o cumprimento de deveres por parte de funcionários públicos. Ele pode tanto (a.i) criar sanções para a sua violação ou, (a.ii) por meio de incentivos, induzir os servidores a cumpri-los voluntariamente; (b) existem cidadãos de um determinado país que dormem nas ruas em razão de alto nível de vício em drogas ilícitas e/ou lícitas e péssimas condições socioeconômicas. O Estado pode (b.i) simplesmente forçá-los a sair das ruas ou (b.ii) criar e implementar um programa de suporte e de redução de danos a dependentes químicos; (c) um determinado país deseja melhorar as condições socioeconômicas da parcela de população mais carente. Para tanto, está em dúvida se a melhor medida seria (c.i) isentar tais cidadãos do pagamento de vários impostos ou (c.ii) conceder-lhes bolsas mensais, realizando uma espécie de transferência direta de renda.

Como é possível verificar, o Poder Público dispõe de inúmeras opções *jurídicas* (e também *extrajurídicas*) para fomentar um *estado de coisas* almejado. Não se pode afirmar de antemão e com plena segurança, todavia, quais os meios mais eficazes e adequados para tanto. Trata-se de uma discussão empírica,⁹⁹ que, como tal, exigiria uma averiguação fática para ser plenamente resolvida. Caso se empregue um método estatístico que examine o *passado* e o *presente*, mas não o *futuro*, tal exame será necessariamente *retrospectivo*, somente podendo constatar, *a posteriori*, a (in)eficácia do meio eleito.¹⁰⁰

⁹⁷ Nos limites deste estudo, eficácia é a "natureza de algo que produz o efeito esperado" (trad. nossa). No plano legislativo, uma lei será *eficaz* sempre que os efeitos de sua aplicação representarem uma suficiente promoção dos fins concretos objetivados pelo legislador (FLÜCKIGER, Alexandre. Effectiveness: a new Constitutional principle. *Legislação: Cadernos de Ciência da Legislação*, Oeiras, nº 50, pp. 183-198, 2009, p. 186. No original: "the nature of that which produces the expected effect"). Ver ainda MADER, Luzius. Evaluation of Legislation. Contribution to the quality of legislation. *Legislationline*, 2001, item 5. Disponível em <<http://www.legislationline.org/documents/id/15216>> e KARPEN, Ulrich. The evaluation of legislation. In: PITARCH, Ismael E. (org.) *Legislador i tècnica legislativa*. Barcelona: Publicacions del Parlament de Catalunya, 2003, pp. 34-5.

⁹⁸ Tais exemplos foram adaptados de SUMMERS, Robert Samuel. *Instrumentalism and American Legal Theory*, op. cit., pp. 232-3.

⁹⁹ Ver SUMMERS, Robert Samuel. *Instrumentalism and American Legal Theory*, op. cit., p. 227.

¹⁰⁰ Sobre as características de um exame dessa natureza, ver ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria da Segurança Jurídica*, op. cit., p. 187.

Isso, contudo, não resolve o problema. O legislador precisa escolher, *a priori*, os meios jurídicos que utilizará para a promoção dos fins selecionados. Por mais que ele possa (e deva) embasar seu raciocínio em experiências pretéritas, sempre existirá uma parcela de *aposta*, de juízo *prospectivo*. Não haverá certeza da adequação do meio, mas apenas uma probabilidade estatística.

Nesse contexto, é importante abordar brevemente algumas questões fundamentais acerca do problema geral da eficácia do Direito na promoção de fins. Segundo Summers, os instrumentalistas (especialmente Holmes, Gray, Dewey e Felix Cohen)¹⁰¹ dedicaram bastante tempo ao estudo da temática, sustentando residir justamente no monopólio da coerção e da força a capacidade do Direito de induzir e de moldar comportamentos.¹⁰² O conceito de coerção utilizado por tais pensadores poderia ser definido como uma forma de "ameaça de uma ação adversa significativa"¹⁰³ ou ainda como o medo gerado pela gravidade da repressão, na formulação de Bentham.¹⁰⁴

Para os instrumentalistas, portanto, a eficácia fática do Direito deriva do uso da coerção e da força. Summers, todavia, critica tal compreensão, sustentando que também categorias jurídicas cuja violação *não* implica uma sanção podem ser eficazes. O Direito não se reduz à cominação de sanções, havendo inúmeras categorias que não as envolvem. Exemplificativamente, a nulidade de cláusula contratual ilícita não é sanção, como muitos poderiam imaginar, mas consequência do descumprimento de requisitos de validade.¹⁰⁵

Ademais, deve-se perceber que, por vezes, o cumprimento das determinações jurídicas está muito mais ligado a questões como senso de obrigação, respeito pela lei, medo de crítica social, hábito ou reconhecimento de interesses comuns do que ao emprego da coerção estatal.¹⁰⁶ Logo, o seu uso nem sempre é – nem deve ser – fundamental. Mais do que isso, é preciso distinguir entre ter o monopólio da força e efetivamente recorrer a ela. Tal uso pelo Estado será tanto maior quanto mais desorganizada for a sociedade¹⁰⁷.

¹⁰¹ Categórico nesse sentido é o artigo de John Dewey intitulado "Force and Coercion" (*International Journal of Ethics*, vol. 26, n.º 3, pp. 359-367, abr. 1916).

¹⁰² SUMMERS, Robert Samuel. *Instrumentalism and American Legal Theory*, op. cit., p. 224.

¹⁰³ SUMMERS, Robert Samuel. *Instrumentalism and American Legal Theory*, op. cit., p. 225.

¹⁰⁴ BENTHAM, Jeremy. *Theory of Legislation*. Principles of the Penal Code (vol. 2). Traduzido por Charles Atkison. Londres: Humphrey Milford, 1914, p. 50. Traduzido da versão francesa de Étienne Dumont (*Traité de législation civile et pénale*, 1802). Tradução publicada originalmente em 1864 (editora Trübner & Co.).

¹⁰⁵ GUASTINI, Riccardo. La Invalidéz. In: _____ *Distinguendo*. Estudios de teoría y metateoría del derecho. Barcelona: Gedisa, 1999, pp. 319-320 e SUMMERS, Robert Samuel. *Instrumentalism and American Legal Theory*, op. cit., pp. 225-6.

¹⁰⁶ SUMMERS, Robert Samuel. *Instrumentalism and American Legal Theory*, op. cit., p. 228.

¹⁰⁷ SUMMERS, Robert Samuel. *Instrumentalism and American Legal Theory*, op. cit., p. 229.

Nesse contexto, pode-se dizer que os instrumentalistas associam a eficácia do Direito a "ações diretas", ao passo que outros, como Summers, defendem o recurso a "ações indiretas" para melhor fomentar fins jurídicos. A conhecida distinção, proposta pelo filósofo e jurista inglês Jeremy Bentham, é apresentada em detalhes nos ensaios "Meios indiretos de prevenir crimes" (*Of Indirect Means of Preventing Offences*) e "Métodos diretos de prevenir crimes" (*Of Direct Methods of Preventing Offences*).¹⁰⁸ Segundo tal autor, a maioria das formas jurídicas não eram exemplos de *ações diretas*, mas sim *indiretas*. Aquelas, todavia, concentravam-se justamente no Direito Penal.

Os "meios jurídicos" *diretos* incluiriam basicamente (i) "ameaças coercitivas de punição" (*coercive threats of punishment*) que operam no momento decisivo de escolha e (ii) "usos reais da força" (*actual uses of force*), ou seja, aplicação de punições quando comportamentos errados ocorrem.¹⁰⁹ Todos os demais meios jurídicos relevantes seriam *indiretos*, tais como:¹¹⁰ (i) remoção de exemplos ruins; (ii) retirada de instrumentos de comportamentos violentos, como armas; (iii) evitação de situações de risco para vítimas, como, por exemplo, trancar o carro; (iv) aumento da capacidade de vítimas potenciais se defenderem; (v) redução do acesso a drogas, mesmo lícitas; (vi) aumento da crítica pública em relação ao erro; (vii) reforço de valores sociais; (viii) cultivo da benevolência etc.¹¹¹

Por conseguinte, caso se admita que a maioria das formas jurídicas não são exemplos de *ações diretas*, mas sim *indiretas*, perde força o argumento de que somente as primeiras dão eficácia ao Direito. Do contrário, estar-se-ia a assumir que ele é preponderantemente ineficaz, tese bastante questionável. À luz de tais reflexões, retorna-se ao ponto de partida: eleitos os fins, devem-se indicar os meios. Contudo, uma indagação persiste: o que é, afinal, mais eficaz, o recurso a meios jurídicos *diretos* ou *indiretos*?

Há, de um lado, aqueles que imputam a eficácia do Direito ao uso da força e da coerção, à previsão de sanções e à sua aplicação nas hipóteses de descumprimento da determinação. De outro lado, há pensadores que sustentam o oposto. Summers, por exemplo, resgatando o pensamento de Bentham, apontou que métodos *indiretos* poderiam ser bem mais eficazes do que ameaças, por diversas razões, das quais se destacam as seguintes: (i) há fins

¹⁰⁸ BENTHAM, Jeremy. *Theory of Legislation*. Principles of the Penal Code (vol. 2), op. cit., pp. 49ss e 193ss.

¹⁰⁹ BENTHAM, Jeremy. *Theory of Legislation*. Principles of the Penal Code, op. cit., p. 49ss e SUMMERS, Robert Samuel. *Instrumentalism and American Legal Theory*, op. cit., p. 231.

¹¹⁰ Todos esses exemplos – e outros ainda – constam em SUMMERS, Robert Samuel. *Instrumentalism and American Legal Theory*, op. cit., pp. 231-2.

¹¹¹ Bentham elenca como *meios jurídicos indiretos*, dentre outros, (i) o reforço do imaginário acerca da intensidade da punição; (ii) a facilitação da descoberta acerca do cometimento de crimes; (iii) o aprimoramento dos métodos de reconhecimento de perpetradores de delitos e (iv) a evitação de fugas de acusados (BENTHAM, Jeremy. *Theory of Legislation*. Principles of the Penal Code, op. cit., p. 194).

que somente podem ser promovidos por meios indiretos (ex: realização pessoal dos cidadãos);¹¹² (ii) os meios *indiretos* costumam ser mais bem aceitos pela população em geral (ex: aplicar uma sanção penal *versus* educar um cidadão. Aquele é meio direto para tentar prevenir crimes; este, direto para promover a educação e indireto para reduzir a violência)¹¹³ e (iii) o uso de certos meios diretos pode, às vezes, produzir consequências secundárias desastrosas, como as verificadas durante a *Lei Seca* nos Estados Unidos.¹¹⁴

Diante do exposto, verifica-se que o problema de fins no Direito notoriamente não se resume à (tormentosa) indicação de critérios para sua identificação, exigindo, ainda, um estudo sobre os meios disponíveis e adequados a sua promoção e realização. Em se tratando de fins a serem buscados *através* do Direito Penal, a questão ganhará complexidade ainda mais robusta, diante da desconfiança antes exposta acerca do potencial indutor e da eficácia da utilização de meios *diretos* (ilustrativamente, ameaça com sanções penais) para a indução do comportamento humano e para o atingimento de fins em geral.

1.3 CRUZAMENTOS NECESSÁRIOS: ELEIÇÃO, REALIZAÇÃO E CONTROLE DE FINS NO DIREITO PENAL

De início, é importante salientar que a análise de problemas de eleição e de realização de fins em *Direito* não parece ser substancialmente diferente do seu exame no âmbito específico do Direito *Penal*. Trata-se mais de uma diferença de *grau* (abstrato-concreto) do que de uma diferença *qualitativa*. É bem verdade que talvez seja o campo criminal o lugar por excelência no qual essas questões se agudizam, por estruturalmente recepcionar o tensionamento de elementos opostos – retribuição *versus* prevenção, liberdade *versus* segurança – e por historicamente ser demandado a solver conflitos sociais muito além das suas reais capacidades.¹¹⁵

Não por acaso, acusa-se, aqui e acolá, o Direito Penal de ser "ineficaz", "lento", "ultrapassado". Tais reclames ensejam, conforme ensina a realidade brasileira, um quase sempre imediato – e impensado – aumento punitivo, seja pela majoração das penas de delitos já existentes, seja pela criação de novos crimes ou, ainda, pelo agravamento do regime da

¹¹² SUMMERS, Robert Samuel. *Instrumentalism and American Legal Theory*, op. cit., p. 234.

¹¹³ SUMMERS, Robert Samuel. *Instrumentalism and American Legal Theory*, op. cit., p. 235.

¹¹⁴ SUMMERS, Robert Samuel. *Instrumentalism and American Legal Theory*, op. cit., p. 234.

¹¹⁵ Ver PRITTWITZ, Cornelius. El derecho penal alemán: ¿Fragmentario? ¿Subsidiario? ¿Ultima ratio? Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del Derecho penal. In: Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (ed.). Área de Derecho Penal de la Universidad de Pompeu Fabra (ed. española). *La insostenible situación del Derecho Penal*. Granada: Editorial Comares, 2000, p. 444.

execução penal. Cientes das importantes peculiaridades que envolvem o âmbito criminal, as linhas a seguir, embora não apresentem elementos propriamente novos acerca da questão dos *fins* no campo jurídico, conferem angustiante concretude, *sob o pano de fundo do Direito Penal*, a problemas já antigos, mas por vezes ignorados.

1.3.1 Eleição de fins pelo legislador penal: problemas teóricos e práticos

Em um Estado Democrático de Direito, o conjunto de leis penais produzidas pelo Poder Legislativo, bem como a sua interpretação pelo Poder Judiciário e pela Administração Pública, pode conduzir o Direito Penal para as mais diversas direções e para inúmeros conteúdos de sentido.¹¹⁶ Exemplificativamente, pode-se ter um Direito Penal Mínimo, ou um Direito Penal Máximo;¹¹⁷ pode-se ter um Direito Penal repleto de garantias ou um Direito Penal bastante modesto nesse "quesito". É possível, também, ter-se um Direito Penal que se pretenda eminentemente *prevencionista* e *veloz*, a ponto de antecipar-se até mesmo a atos meramente preparatórios (como se tem observado em âmbito internacional em relação ao delito de terrorismo).¹¹⁸ Pode-se ter, ainda, um Direito Penal conformado com a sua lentidão e, portanto, exclusivamente retribucionista.

No campo das drogas ilícitas, por exemplo, é possível optar por uma lógica de "guerra" ou pela busca de redução de danos e de controle da qualidade das substância, mediante a sua legalização. Muito ilustrativa é, nesse contexto, a Lei n.º 19.172, de 20 de dezembro de 2013, que legalizou a produção e o consumo de *Cannabis* no Uruguai. Ela enumera, já em seus primeiros artigos, os fins objetivados, deixando explícita a política criminal eleita em relação às drogas. Isso fica muito claro a partir de uma rápida leitura do artigo 4º da referida normativa:¹¹⁹

¹¹⁶ Em sentido similar, conferir FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Temas básicos da doutrina penal*. Sobre os fundamentos da doutrina penal sobre a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 45.

¹¹⁷ Tais expressões foram utilizadas com o sentido sugerido por Ferrajoli (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Teoria do Garantismo Penal. 3. ed. Traduzido por Ana Paula Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2010, p. 102).

¹¹⁸ Criticamente, FÁRIA COSTA, José Francisco de. Reflexões mínimas e tempestivas sobre o direito penal de hoje. In: _____. *Direito Penal e Globalização*. Reflexões não locais e pouco globais. Coimbra: Coimbra Editora e Wolters Kluwer Portugal, 2010, p. 10 e SCHULZ, Lorenz. De la aceleración de las condiciones de vida. Reflexiones sobre la reacción adecuada del Derecho Penal. In: Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (ed.). Área de Derecho Penal de la Universidad de Pompeu Fabra (ed. española). *La insostenible situación del Derecho Penal*. Granada: Editorial Comares, 2000, p. 458.

¹¹⁹ O conteúdo integral da Lei do Uruguai n.º 19.172/2013 pode ser verificado em <http://archivo.presidencia.gub.uy/sci/leyes/2013/12/cons_min_803.pdf>.

a presente lei tem por objetivo proteger os habitantes do país dos riscos que implica o vínculo com o comércio ilegal e o narcotráfico, buscando, mediante a intervenção do Estado, atacar as devastadoras consequências sanitárias, sociais e econômicas do uso problemático de substâncias psicoativas, assim como reduzir a incidência de narcotráfico e do crime organizado (trad. nossa).¹²⁰

Já a Justiça Penal Juvenil, exemplificativamente, pode estar orientada tanto a um modelo punitivo – similar ao do Direito Penal para adultos –, quanto a um modelo eminentemente protetivo ou tutelar, ou, ainda, a um modelo preponderantemente educativo ou corretivo.¹²¹ Ainda nesse âmbito, é possível discutir se um critério formal como *idade* do indivíduo será o eleito para distinguir a Justiça Penal Juvenil do Direito Penal propriamente dito, bem como é possível questionar se tal critério deve permanecer inflexível mesmo em relação a crimes de maior gravidade.

Considerando o exposto, não há dúvidas de que o legislador tem uma ampla margem de escolha em relação aos fins político-criminais que orientarão a elaboração das leis penais. Os questionamentos, todavia, surgem e intensificam-se logo a seguir: (i) quais limites a Constituição estabelece em relação à liberdade do legislador penal na eleição de políticas criminais? (ii) qual o nível de vinculação de uma determinada norma penal aos fins político-criminais subjacentes, cujo fomento foi apresentado como razão para sua promulgação? (iii) quais as consequências, no plano da validade da norma, no caso de constatação de fracasso na promoção dos fins político-criminais almejados?

Outros problemas importantes poderão ser verificados em relação à própria possibilidade de representação *plena* dos objetivos político-criminais pretendidos em textos normativos. Noutras palavras, existe um relevante *hiato* entre os fins buscados pelo legislador e a sua representação em uma específica legislação.¹²² Nesse processo de tradução de um estado ideal de coisas (fins) em linguagem jurídica orientada a promovê-lo, *perde-se algo*. Por conseguinte, indagações importantes surgem não apenas no plano da deliberação para a

¹²⁰ No original: "la presente ley tiene por objeto proteger a los habitantes del país de los riesgos que implica el vínculo con el comercio ilegal y el narcotráfico buscando, mediante la intervención del Estado, atacar las devastadoras consecuencias sanitarias, sociales y económicas del uso problemático de sustancias psicoactivas, así como reducir la incidencia del narcotráfico y del crimen organizado". Disponível em <http://archivo.presidencia.gub.uy/sci/leyes/2013/12/cons_min_803.pdf>.

¹²¹ Sobre tais modelos de responsabilidade, ver SPOSATO, Karyna Batista. *Direito Penal de Adolescentes*. Elementos para uma teoria garantista. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 73 ss.

¹²² Conforme Ávila, o legislador precisa "selecionar os fatos que serão considerados juridicamente relevantes, incluindo-os na sua descrição legal". Esse processo pode tanto conduzir a uma regra demasiadamente geral, que não atenta para certas circunstâncias concretas importantes (fenômeno da *super-inclusão*), quanto a uma regra demasiadamente específica, que, justamente por ocupar-se, em excesso, com peculiaridades, pode deixar de regular situações nas quais deveria fazê-lo (fenômeno da *infra-inclusão*). Naquele caso, a regra costuma ir *além* da finalidade que a subjaz; neste, *aquém* (ÁVILA, Humberto. "Neoconstitucionalismo": entre a "Ciência do Direito" e o "Direito da Ciência". In: BINENBOJM, Gustavo; SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO; Cláudio Pereira de (Coord.). *Vinte anos da constituição federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 197).

eleição de fins, mas também no âmbito da tradução ou da representação desse estado ideal de coisas buscado (prevenção, redução de danos, controle de tráfico, redução de impunidade, proteção de bens jurídicos etc.) em linguagem jurídica realmente capaz de promovê-lo.

1.3.2 Realização de fins pelo Direito Penal: problemas teóricos e práticos

O “dever ser” nada mais é do que um “ser que ainda não é”, mas que “deve ser”. Com essa assertiva, Zaffaroni, em um de seus livros mais críticos ao Direito Penal, pretende sustentar que a legitimidade do discurso jurídico-penal (*dever ser* penal) depende não apenas da sua *coerência interna* (plano deontológico), mas principalmente da sua *operatividade social* (plano ontológico).¹²³

Noutros termos, por mais consistente que seja o sistema penal em âmbito normativo, é preciso verificar a sua efetiva capacidade de *conformar a realidade*. Um discurso jurídico-penal estruturado sobre um “dever ser” que é incapaz de se traduzir futuramente em um *ser*, isto é, de produzir as alterações fáticas prometidas, revela-se, conforme Zaffaroni, falso e perverso, pois “engana, ilude e alucina”.¹²⁴ É um *dever ser* que *nunca* será.

Nesse sentido, quando se investiga uma determina instituição ou sistema (como o sistema penal), é preciso identificar dois elementos básicos: (i) a sua racionalidade, isto é, os objetivos ou fins perseguidos e os meios disponíveis a tanto (*programa de ação*); (ii) os seus efeitos concretos.¹²⁵ Como regra, os *efeitos faticamente gerados* coincidirão pouquíssimas vezes, na prática, com os *objetivos ambicionados*. Quando tal ruptura é constatada, abrem-se duas possibilidades: ou (i) a instituição/sistema sofre reforma, ou (ii) os efeitos obtidos são utilizados para algo que não estava previsto, mas que de algum modo é útil.¹²⁶

A gravidade da questão exposta justifica a relevância da presente investigação. Ao elaborar uma nova lei penal, o legislador quase sempre visa a atingir um determinado objetivo em termos político-criminais. É inegável que uma normativa existe primordialmente, ainda que não só, para concretizar um apontado fim¹²⁷. Portanto, deve-se, urgentemente, indagar as

¹²³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas*. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal. 2. ed. Bogotá: Temis, 1990, p. 09.

¹²⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas*, op. cit., p. 09.

¹²⁵ FOUCAULT, Michel. ¿A qué llamamos castigar? In: *A vida de los hombres infames*. Ensayos. Buenos Aires: Editora Altamira, 1996, p. 148.

¹²⁶ FOUCAULT, Michel. ¿A qué llamamos castigar? In: *A vida de los hombres infames*, op. cit., p. 148.

¹²⁷ Consoante Schober, em uma atividade legislativa levada a cabo de forma racional, cada lei persegue uma finalidade (*verfolgt jedes Gesetz einen Zweck*) (SCHOBER, Katharina. *Der Zweck im Verwaltungsrecht*, op. cit., p. 2).

reais – e não retóricas – possibilidades das normas penais promoverem os fins ambicionados, pois é bastante plausível que elas simplesmente *não sejam capazes* de fazê-lo.

Se assim for, ter-se-á de admitir que cada vez mais se justifiquem restrições a direitos fundamentais por meio de um discurso que se revela *falso*. Falso porque afirma *criminalizar* uma conduta, *processar* um indivíduo e *executar* uma sanção penal “para” atingir determinado objetivo (como, por exemplo, a suposta “tutela subsidiária de bens jurídicos”)¹²⁸, embora, concretamente, pouco ou nada se alcance.

Para ilustrar o até aqui exposto, pode-se utilizar como exemplo a Lei nº 12.683/2012, a qual alterou alguns dispositivos da Lei de Lavagem de Capitais do Brasil (Lei 9.613/98). O fim buscado pela nova lei é tão claro que está inclusive *positivado* em seu artigo 1º: “esta Lei altera a Lei nº 9.613/98 [...] para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro”. Sendo assim, pergunta-se: e se a nova lei, conquanto aumente penas e amplie o rol dos crimes antecedentes, simplesmente não tornar mais “eficiente” a persecução penal dos crimes de lavagem de capitais, todo esse aumento punitivo ainda encontraria justificativa? E mais: o que significa, afinal, “tornar a persecução penal mais eficiente”? Será que não se estaria, nesta hipótese (e em muitas outras), *prendendo mais pessoas e por mais tempo* sem contrapartida *real* alguma, para além do mero efeito simbólico? E se assim se constatasse, qual a consequência em termos de validade constitucional da norma penal em questão?¹²⁹

Pois bem, tendo em conta o exposto e diante de uma atual atividade legislativa, no Brasil, assumidamente orientada a um *aumento punitivo*, bem como em franca expansão

¹²⁸ A tese de que a tutela subsidiária de bens jurídicos é a função do Direito Penal está, contudo, longe de alcançar unanimidade. Favoravelmente a ela, posicionam-se alguns autores, dos quais se destacam (não exaustivamente): na doutrina brasileira, BAPTISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 10. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 114 e D’AVILA, Fabio Roberto. Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, ano 17, n. 80, pp. 7-34, set./out. 2010, p. 14ss; na doutrina portuguesa, FARIA COSTA, José Francisco de. *Noções fundamentais de Direito Penal*. 2. ed. Reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 23-6 e FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal*. Parte Geral. 1. ed. brasileira; 2. ed portuguesa. São Paulo: Coimbra Editora e RT, 2007, tomo I, p. 113 ss e, do mesmo autor, O “Direito penal do bem jurídico” como princípio jurídico-constitucional, op. cit., p. 33 ss; na doutrina italiana, FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale*. Parte Generale. 6. ed. Bologna: Zanichelli Editore, 2010, p. 4 ss e finalmente, na doutrina alemã, HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. In: HEFENDEHL, Roland (Org.) *La teoría del bien jurídico*. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 179 ss e ROXIN, Claus. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, op. cit., p. 16 ss. Por fim, menciona-se que a questão foi também por nós enfrentada em outra oportunidade, quando manifestamos posicionamento favorável à referida tese (ver SCALCON, Raquel Lima. *Ilícito e Pena: Modelos opostos de fundamentação do Direito Penal contemporâneo*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2013, *passim*).

¹²⁹ Para Albrecht, a mera alusão à “luta contra a criminalidade” não confere legitimidade ao Direito Penal quando “os resultados das práticas repressivas são demasiado pobres e completamente contraproducentes” (ALBRECHT, Peter-Alexis. El derecho penal en la intervención de la política populista. In: Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (ed.). Área de Derecho Penal de la Universidad de Pompeu Fabra (ed. española). *La insostenible situación del Derecho Penal*. Granada: Editorial Comares, 2000, p. 482 – trad. nossa).

horizontal, englobando mais e mais bens jurídico-penais como objeto de tutela, é de se perquirir acerca da capacidade do Direito Penal cumprir tão vasta pauta de encargos. Defende-se, de plano, uma posição bastante cética quanto à possibilidade dele corresponder às expectativas que lhe são dirigidas. Tal ceticismo não decorre de uma leviana crença na suposta “ineficácia patológica” do Direito Penal, mas da percepção – já advertida por Faria Costa – de que normalmente lhe pedimos o que ele pouco poderá nos dar.¹³⁰

1.3.3 Controle da eleição e da realização de fins no Direito Penal: linhas preliminares

Diante do reconhecimento de fins como parte integrante do Direito Contemporâneo, é preciso investigar de que maneira deve ocorrer tal inserção. Assim, tendo como local de exame o Direito Penal, defende-se a necessidade de um duplo controle: (i) controle de *compatibilidade* dos fins com a Constituição (controle da eleição de fins) e (ii) controle do *concreto atingimento* dos fins perseguidos (controle da realização de fins).

O primeiro terá por objeto os próprios fins ambicionados. Noutros termos, perquirir-se-á sobre a sua conformação constitucional.¹³¹ Além disso, indagar-se-á também se a intencionada promoção de tais fins, embora legítima *a priori*, não gerará restrições insuportáveis a direitos fundamentais contrapostos.¹³² Após, buscar-se-á demarcar os limites da atuação do Estado na promoção de fins relevantes. Em tal exame, de robusta complexidade, enfrentar-se-ão, ainda, problemas referentes ao respeito à proporcionalidade, à igualdade, à proibição do excesso, dentre outros.

Também serão analisadas as possibilidades de “tradução” do fim político-criminal almejado em um tipo penal geral e abstrato. Como já referido, não são incomuns sérias *dificuldades na construção linguística* dos enunciados jurídicos, fruto principalmente da indeterminação geral da linguagem. Conforme adverte Summers, o Direito sofre, muitas vezes, com certa “undraftability”, ou seja, com uma incapacidade de descrição, redução e

¹³⁰ FARIA COSTA, José Francisco de. Reflexões mínimas e tempestivas sobre o direito penal de hoje, op. cit., p. 19.

¹³¹ Adverte Schober que o legislador não escolhe, a seu gosto, os fins que as leis perseguirão. Eles devem ser compatíveis com a “ordem de valores da Constituição” (*Wertordnung des Grundgesetzes*) (SCHÖBER, Katharina. *Der Zweck im Verwaltungsrecht*, op. cit., p. 2).

¹³² Conforme Hassemer, uma proibição penal apenas se justifica quando “persegue de forma adequada *uma finalidade admitida*” (HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico*. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 99 – grifo e trad. nossos).

projeção plena de certas situações concretas almejadas em enunciados abstratos capazes de fomentá-las.¹³³

Vencidas as análises anteriores, dever-se-á, finalmente, empreender a última investigação, que teria por objeto a aferição do real alcance do fim a partir da norma penal. Esse controle é fundamental, haja vista que a constatação da plena – ou quase plena – inocuidade fática do meio empregado (*lei penal*) pode conduzir à invalidade de sua utilização, por ensejar restrições a direitos fundamentais *sem real contrapartida*. Ademais, teme-se que, diante de uma utilização cada vez mais populista do Direito Penal, seja justamente essa a sua realidade atual: uma orientação a fins que, sem dúvida, são muito importantes, mas que, todavia, é incapaz de faticamente concretizar.

Em síntese, diante de tantas indagações, surge uma certeza: se, à luz da natureza instrumental do Direito, os fins tornaram-se uma questão jurídica (e, notadamente, jurídico-penal), então também eles devem estar submetidos a controle constitucional. A busca e a construção de critérios para embasá-lo é o que confere sentido à presente investigação.

¹³³ Ilustrativamente, o teórico norte-americano relata a seguinte situação: "suppose a draftsman is asked to draft a law that grants public officials a right to recover damages for defamatory comments about their *private lives*, but that the same law is to allow for full criticism of their public lives. After trying to draft such law, we might come to understand why others have abandoned this task as unperformable [...]" (SUMMERS, Robert Samuel. *Instrumentalism and American Legal Theory*, op. cit., p. 266).

2 ELEIÇÃO DE FINS NO DIREITO PENAL E SEU CONTROLE CONSTITUCIONAL

O presente estudo, como já antecipado, intenciona propor critérios para um controle constitucional da *eleição*, da *tradução* em linguagem jurídica e da concreta *realização* de fins pelo Direito Penal. Para melhor desenvolver os argumentos, bem como por razões analíticas, este capítulo está limitado apenas ao exame dos dois primeiros itens. O problema da *realização* dos fins ambicionados, largamente complexo, será trabalhado em apartado, nos capítulos subsequentes.

Com o propósito de orientar o estudo ora pretendido, formulam-se as seguintes perguntas, que serão respondidas sucessivamente: (i) quem realiza e quem sofre o controle? (ii) qual o objeto submetido a controle? (iii) sempre é possível controlar a atuação do legislador? e (iv) quais as espécies e os critérios de controle? É o que se passa a examinar.

2.1 SUJEITOS DO CONTROLE (OU QUEM DEVE REALIZAR E QUEM DEVE SUBMETER-SE A CONTROLE): DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Imagine-se que em um dado ordenamento jurídico o Parlamento promulgue o seguinte texto legal: "Matar alguém. Pena: perpétua". Considere-se, ainda, que em tal sistema existe uma Constituição escrita, com supremacia e rigidez.¹³⁴ Dentre as suas disposições, está a seguinte: "São vedadas penas de caráter perpétuo". Comparando-se ambas as normas – a constitucional e a legal – verifica-se uma indiscutível *antinomia*: uma proíbe sanções de caráter perpétuo; a outra justamente as prevê.

O dispositivo constitucional é materialmente superior ao legal, circunscrevendo e modulando seu conteúdo possível. Desse conjunto foi expressamente retirada a permissão de o legislador cominar uma pena perpétua. Apesar disso, ele assim estabeleceu, desbordando o espaço de legitimidade que a Constituição lhe conferiu. Portanto, a lei possui um vício

¹³⁴ Dada a complexidade dos conceitos de supremacia e de rigidez constitucional, o presente trabalho forçosamente renunciará ao seu exame pormenorizado. Sobre *supremacia*, conferir sobretudo GUASTINI, Riccardo. Jerarquías normativas y normas supremas. In: _____ *Distinguendo*. Estudios de teoría y metateoría del derecho. Barcelona: Gedisa, 1999, p. 376 ss e, do mesmo autor, *La Sintassi del Diritto*, op. cit., p. 242 e, ainda, ALEXY, Robert. *Conceito e validade do Direito*. Traduzido por Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 104. Tradução de: Begriff und Geltung des Rechts, 2. ed, 2005. Sobre *rigidez constitucional*, ver especialmente PACE, Alessandro. *Potere Costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*. 2. ed. Pádua: CEDAM, 2002, p. X ss e, ainda, GUASTINI, Riccardo. *La Sintassi del Diritto*, op. cit., p. 183.

material (conteudístico) de origem, cuja causa é a violação de uma norma superior e cuja consequência é a sua invalidade material (inconstitucionalidade).

Embora inválida, a norma encontra-se no ordenamento jurídico e dele não sairá automaticamente. Por isso há a necessidade de se estabelecer alguma forma de controle sobre a atividade legislativa, pois, do contrário, rigidez e supremacia estariam apenas declaradas, mas não asseguradas.¹³⁵ Foi preciso, pois, conferir a algum órgão "a missão de destituir de efeitos jurídicos as decisões dos poderes constituídos [...] que vulnerassem a Constituição".¹³⁶ A quem caberia tal incumbência?

Percebeu-se que não faria sentido conferir o poder-dever de controle justamente àqueles que estariam sujeitos a controle, isto é, ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo. Conforme bem refere Dworkin, deve-se olhar com reservas a ideia de permitir que um legislador eleito decida *por si mesmo* acerca dos limites de seu poder frente à Constituição.¹³⁷ Surge assim a Jurisdição Constitucional, que é uma técnica de garantia tanto da supremacia quanto da rigidez constitucional.

2.1.1 Legitimidade democrática e limites da Jurisdição Constitucional. A posição deste estudo.

A célebre sentença da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Marbury v. Madison*, que inaugura o *Judicial Review*, foi proferida em 1803, ou seja, há mais de 200 anos. Da mesma forma, o Tribunal Constitucional austríaco, que iniciou o sistema de controle concentrado de constitucionalidade, foi criado há quase 100 anos, especificamente em 1920.¹³⁸ Passado tanto tempo, Vital Moreira provocativamente indaga: “será que tem ainda sentido questionar a legitimidade da justiça constitucional geral e a do Tribunal Constitucional em particular, nomeadamente à luz do princípio da maioria?”¹³⁹

Há de se admitir: a pergunta lançada pelo constitucionalista português a partir de tais dados históricos é impactante e persuasiva. Todavia, o que ainda se verifica na prática é que a

¹³⁵ GUASTINI, Riccardo. *La Sintassi del Diritto*, op. cit., p. 188.

¹³⁶ FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal*. A Constituição Penal. 2. ed. revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 27.

¹³⁷ DWORKIN, Ronald. La lectura moral y la premisa mayoritarista. In: KOH, Harol Hongju; SYLE, Ronald (Org.). *Democracia deliberativa y derechos humanos*. Barcelona: Gedisa, 2004, p. 136.

¹³⁸ MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional. In: *Legitimidade e legitimação da Justiça Constitucional*. Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 177.

¹³⁹ MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional. In: *Legitimidade e legitimação da Justiça Constitucional*, op. cit., p. 177.

relevância inquestionável da garantia jurisdicional da Constituição *não* conduz à unanimidade acerca dos seus limites. Sobre eles ainda pairam, invariavelmente, importantes discussões, as quais se concentram no problema de a atuação do Tribunal Constitucional ser, ou não, *contramajoritária*.¹⁴⁰

De fato, quando um juiz constitucional declara inválido o produto legislativo, ele está, ao mesmo tempo, opondo-se a uma decisão tomada pela maioria dos representantes eleitos pelo povo. Nesse quadro, muitos advogam em favor de uma intervenção "fraca" da Jurisdição Constitucional sobre a atuação do legislador, em razão de uma suposta baixa legitimidade democrática.¹⁴¹

Contudo, questiona-se: será assim mesmo? Toda decisão judicial que reconhece a inconstitucionalidade de um texto legal, mesmo quando há consenso sobre a necessidade de superação do juízo majoritário, gera perdas em termos democráticos?¹⁴² Entende-se que não. Conforme Dworkin, resumir o problema à oposição entre uns "fanáticos" pela democracia a qualquer custo e outros sensíveis à sua superação para impedir "injustiças" é uma visão do debate tão "confusa quanto velha".¹⁴³

De acordo com o jurista norte-americano, relevante não é apontar quando se deve renunciar à democracia em prol de outros valores (direitos fundamentais, por exemplo), mas sim indicar o que é, afinal, uma democracia *constitucionalmente* entendida.¹⁴⁴ Para tanto, é preciso *destacar, descolar* da noção democrática o princípio majoritário, identificando-os como duas unidades de sentido autônomas. Somente dessa forma será possível apontar quando efetivamente devem ser construídas, entre ambas, relações de equivalência (democracia como "vontade da maioria") e quando não (jurisdição constitucional).

Consoante Sousa e Brito, "a jurisdição constitucional e a decisão da maioria são dois processos de desenvolvimento da democracia, cada um dos quais tem a sua própria

¹⁴⁰ Não por acaso, a questão já foi submetida a exame por diversos autores no âmbito nacional e internacional. Desde Ronald Dworkin nos EUA (a partir principalmente de *A Matter of Principles*, 1985), até Robert Alexy na Alemanha (especialmente em *Theorie der Grundrechte*, 1985). Na celebração dos 10 anos do Tribunal Constitucional de Portugal, realizou-se colóquio cuja temática única foi justamente a legitimidade da justiça constitucional frente ao princípio democrático (as conferências estão publicadas na obra *Legitimidade e legitimação da Justiça Constitucional*. Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995). No Brasil, a questão é também abordada por inúmeros autores, como Ingo Sarlet (especialmente em *A eficácia dos Direitos Fundamentais*, 1998), Gilmar Ferreira Mendes (*Curso de Direito Constitucional*, 2007) e Luciano Feldens (desde *A Constituição Penal*, 2005).

¹⁴¹ Para uma defesa da *compatibilidade* entre o princípio democrático e o *judicial review*, consultar ELY, John Hart. *Democracy and Distrust. A theory of Judicial Review*. 14. reimp. Cambridge: Harvard University Press, 2002, p. 11 ss.

¹⁴² DWORKIN, Ronald. La lectura moral y la premisa mayoritarista, op. cit, p. 117.

¹⁴³ DWORKIN, Ronald. La lectura moral y la premisa mayoritarista, op. cit, p. 115.

¹⁴⁴ DWORKIN, Ronald. La lectura moral y la premisa mayoritarista, op. cit, p. 115.

racionalidade".¹⁴⁵ Em quais situações, então, a realização da democracia demanda um e em quais demanda outro? Uma possibilidade residiria, conforme Dworkin, justamente na natureza da matéria em discussão. De um lado, estariam questões "de política" (*matter of policy*) ou sensíveis à preferência (*preference-sensitive*); de outro, questões "de princípio" (*matter of principle*) ou insensíveis à preferência (*preference-insensitive*).¹⁴⁶

No primeiro caso, é a distribuição das preferências entre as pessoas que indica a decisão correta.¹⁴⁷ Construir um estádio de baseball ou de hóquei no gelo, gastar fundos públicos na educação ou em autoestradas são questões "tipicamente sensíveis à escolha".¹⁴⁸ No segundo caso, a resposta democraticamente adequada não decorre do número de pessoas que com ela concorda. O fato de a maioria dos cidadãos aprovar a pena de morte, por exemplo, não a torna correta. Logo, "o número de sufrágios é uma boa razão para a decisão no primeiro caso, mas é irrelevante para a correção da decisão no segundo".¹⁴⁹

Assim, a democracia concretiza-se como *respeito à decisão majoritária* na primeira espécie de questões. São matérias cuja deliberação, portanto, deve caber a órgãos representativos do povo (Legislativo e Executivo). A qualificação da deliberação como democrática se dá antes pelo procedimento majoritarista que a gerou do que propriamente pelo seu conteúdo. De outro lado, em se tratando de questões de princípios, o respeito à democracia não pode ser entendido da mesma forma. Seria claramente antidemocrático proibir mulheres de votar, ainda que isso decorresse de uma decisão majoritária dos representantes do povo.

Nessa esfera, é antes o conteúdo da decisão que a qualifica como democrática, não necessariamente o procedimento para tomá-la. Sabe-se bem que o sufrágio universal "não assegura o caráter democrático da decisão".¹⁵⁰ Frente a isso, os defensores da jurisdição

¹⁴⁵ SOUSA E BRITO, José de. Jurisdição constitucional e princípio democrático. In: *Legitimidade e legitimação da Justiça Constitucional*. Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 43.

¹⁴⁶ DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. 9.ª reimp. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2000, p. 77ss e, do mesmo autor, *Equality, Democracy and Constitution: we the people in Court*. *Alberta Law Review*, vol. 28, n.º 2, pp. 324-46, 1990, p. 331ss. Ver ainda SOUSA E BRITO, José de. Jurisdição constitucional e princípio democrático, op. cit., p. 43.

¹⁴⁷ DWORKIN, Ronald. *Equality, Democracy and Constitution*, op. cit., p. 331.

¹⁴⁸ SOUSA E BRITO, José de. Jurisdição constitucional e princípio democrático. In: *Legitimidade e legitimação da Justiça Constitucional*, op. cit., p. 43 e DWORKIN, Ronald. *Equality, Democracy and Constitution*, op. cit., p. 331.

¹⁴⁹ SOUSA E BRITO, José de. Jurisdição constitucional e princípio democrático. In: *Legitimidade e legitimação da Justiça Constitucional*, op. cit., p. 43.

¹⁵⁰ SOUSA E BRITO, José de. Jurisdição constitucional e princípio democrático. In: *Legitimidade e legitimação da Justiça Constitucional*, op. cit., p. 42.

constitucional argumentam que o Poder Judiciário seria o local por excelência para resolver as ditas questões de princípio, por muitas vezes promover uma deliberação mais qualificada.¹⁵¹

Representantes eleitos democraticamente pelo povo estão sujeitos, de forma mais intensa, a pressões sociais, econômicas e políticas, bem como à busca *inconsequente* de popularidade.¹⁵² Por tal razão, dificilmente protegerão grupos minoritários. É justamente esse, pois, um dos papéis exercidos pela Jurisdição Constitucional, mediante a tutela dos direitos fundamentais. Na forte afirmação de Dworkin, "os EUA são uma sociedade mais justa do que teriam sido se tivessem deixado seus direitos constitucionais à consciência de instituições majoritárias".¹⁵³ Tal percepção aplica-se, por certo, à história de muitas outras nações.

Em síntese, a realização da democracia *constitucional*, para Dworkin, somente exige o respeito ao princípio majoritário quando o conteúdo da matéria em discussão for "sensível à preferência". Como tal, deve ser decidido pelos representantes populares (Legislativo e Executivo).¹⁵⁴ Ao tratar de questões "insensíveis a preferências" ou "de princípios", a democracia é construída em diverso fórum (Poder Judiciário) e manifesta-se antes pelo conteúdo democrático da *decisão tomada* do que pelo procedimento majoritário na *tomada de decisão*.

A proposta de Dworkin, embora necessária, ainda não é suficiente para bem solver a problemática. Não basta olhar apenas para o objeto em discussão (questão de política *versus* questão de princípio). Isoladamente, a própria distinção é bastante questionável: será mesmo possível fazer uma separação tão hermética entre decisões políticas e decisões de princípio? O que, afinal, está indisponível à vontade da maioria e em que medida? O critério mais seguro para tanto parece residir na estrutura das normas constitucionais que tratam do objeto em discussão¹⁵⁵.

Uma *regra* constitucional confere *maior* legitimidade democrática à Jurisdição Constitucional para cindir uma decisão do legislador que a vulnere. Um *princípio*

¹⁵¹ DWORKIN, Ronald. La lectura moral y la premisa mayoritarista, op. cit., p. 132.

¹⁵² DWORKIN, Ronald. La lectura moral y la premisa mayoritarista, op. cit., p. 132

¹⁵³ DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1986, p. 356.

¹⁵⁴ Isso, contudo, não assegura que a decisão efetivamente reflita a vontade dos representados. Sobre a questão, conferir CALSAMIGLIA, Alberto. Constitucionalismo y democracia. In: KOH, Harol Hongju; SYLE, Ronald (Org.). *Democracia deliberativa y derechos humanos*. Barcelona: Gedisa, 2004, pp. 166-7 e MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional. In: *Legitimidade e legitimação da Justiça Constitucional*, op. cit., p. 182 ss.

¹⁵⁵ No mesmo sentido, ver SOUSA E BRITO, José de. Jurisdição constitucional e princípio democrático. In: *Legitimidade e legitimação da Justiça Constitucional*, op. cit., p. 44ss e ANTUNES, Maria João da Silva Baila Madeira. A problemática penal e o Tribunal Constitucional. In: ALVES CORREIA, Fernando; MACHADO, Jónatas; LOUREIRO, João Carlos (Orgs.). *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Vol. 1 (Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra – Studia Iuridica 102). Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 99.

constitucional, por sua vez, confere *menor* legitimidade democrática a um Tribunal Constitucional para afastar uma decisão majoritária. Ao mesmo tempo, transfere ao legislador maior margem de ação e de configuração.¹⁵⁶

A liberdade do Parlamento, todavia, jamais será ilimitada. Democracia significa, necessariamente, "governo sujeito a condições".¹⁵⁷ Ele deverá sempre atentar para princípios constitucionais estruturantes (*sobreprincípios*) objetivos (como Estado de Direito) e subjetivos (como Dignidade Humana), bem como para postulados normativos aplicativos (como proporcionalidade, razoabilidade, igualdade, ponderação, concordância prática etc.) que circunscrevem a concretização, em especial, de princípios constitucionais.¹⁵⁸ Contudo, se as "instituições majoritárias respeitam as condições democráticas", então o seu veredicto deve ser aceito justamente por essa razão.¹⁵⁹

De modo conclusivo, "é a estrutura da norma constitucional em questão que determina a maior ou menor sensibilidade da matéria, isto é, do campo de aplicação da norma, à escolha do legislador".¹⁶⁰ Por conseguinte, a depender do *texto constitucional*, a decisão de um juiz poderá ser democrática mesmo que contramajoritária. Concomitantemente, será antidemocrática se violar os espaços que a Constituição intencionalmente delegou à maioria ocupar e decidir, quando esta o fez em conformidade com os condicionamentos da lei fundamental. Na acertada manifestação de Feldens, aos juízes constitucionais não "compete, substituindo-se ao legislador, decidir sobre a 'melhor' opção política; compete-lhes, tão somente, afastar a decisão política incompatível com a Constituição".¹⁶¹

¹⁵⁶ SOUSA E BRITO, José de. Jurisdição constitucional e princípio democrático. In: *Legitimidade e legitimação da Justiça Constitucional*, op. cit., p. 46 e MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional. In: *Legitimidade e legitimação da Justiça Constitucional*, op. cit., pp. 179 e 192.

¹⁵⁷ DWORKIN, Ronald. La lectura moral y la premisa mayoritarista, op. cit, p. 117.

¹⁵⁸ Este estudo encampa a ideia de que postulados aplicativos normativos são normas de segundo grau ou metanormas que estruturam a aplicação de outras normas (princípios/regras), com as quais não se confundem (ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 181). Em sentido similar, Michelon refere que "Ávila tem razão quando identifica a proporcionalidade (juntamente com outros critérios como a proibição do excesso, etc.) como algo qualitativamente diferente seja de princípios seja de regras jurídicas" (MICHELON, Cláudio Fortunato. Princípios e coerência na argumentação jurídica. Edinburgh School of Law Working Paper series, 2009/8, pp. 1-38, 2009, p. 16). Em relação aos princípios constitucionais estruturantes mencionados, conferir ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria da Segurança Jurídica*, op. cit., pp. 220-5 e 239-42.

¹⁵⁹ DWORKIN, Ronald. La lectura moral y la premisa mayoritarista. In: *Legitimidade e legitimação da Justiça Constitucional*, op. cit., pp. 117-8.

¹⁶⁰ SOUSA E BRITO, José de. Jurisdição constitucional e princípio democrático, op. cit., p. 44.

¹⁶¹ FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal*, op. cit., p. 31. Em sentido semelhante, ver MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional. In: *Legitimidade e legitimação da Justiça Constitucional*, op. cit., p. 195 ss e VILLALÓN, Pedro Cruz. Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria. In: *Legitimidade e legitimação da Justiça Constitucional*. Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 88 ss.

2.1.2 Garantia jurisdicional da Constituição brasileira: espécies e intensidade de controle

A Constituição brasileira está protegida jurisdicionalmente através de diversas espécies de exames de constitucionalidade, que vão do controle abstrato ao concreto e do concentrado ao difuso. Apesar de tal versatilidade, houve, desde 1988, um claro movimento rumo ao fortalecimento do controle *abstrato e concentrado*.¹⁶² Nesse sentido, não apenas se ampliou o rol de legitimados para ingressar com as ações constitucionais, como também foram previstos diversos instrumentos para tal controle, como a ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, I, *a*), a ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, *a*), a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, §1º).¹⁶³

Tantas formas de controle parecem bem ilustrar a notória preocupação do constituinte em tonificar as garantias jurisdicionais da Constituição brasileira. Soma-se a isso um texto constitucional bastante longo e *insistentemente* detalhista, cujos dispositivos foram variadas vezes redigidos sob a forma inequívoca de *regras* que circunscrevem poder e já delimitam e concretizam direitos fundamentais.

Frente a esse panorama, é preciso reconhecer que, no conflito entre *mais* controle constitucional ou *mais* liberdade de configuração do legislador, a Constituição se posicionou a favor de uma *significativa* intervenção jurisdicional na atividade legislativa. A equação é simples: quanto mais decisões a Constituição tomar para si, menos decisões caberão ao legislador e mais legítima será a sua sujeição a controle.¹⁶⁴ O grau de regramento constitucional é, portanto, inversamente proporcional ao grau de liberdade do legislador, mas diretamente proporcional ao grau de legitimação e de intensidade da sua própria justiça constitucional.

2.2 OBJETO SOB CONTROLE (OU SOBRE O QUE INCIDIRÁ O CONTROLE)

¹⁶² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1151.

¹⁶³ Diversamente das demais ações referida, a arguição de descumprimento de preceito fundamental pode ter tanto caráter principal quanto incidental (ver MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 1198 ss).

¹⁶⁴ Em semelhante sentido, ver MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional. In: *Legitimidade e legitimação da Justiça Constitucional*, op. cit., p. 181.

O controle ora proposto incidirá precisamente sobre as *finalidades* (propósitos) subjacentes às leis penais em exame. Parte-se da premissa de que, como regra, os textos normativos emanados pelo legislador visam à persecução de estados de coisas concretos (fins), os quais assumem, nesta hipótese, a condição de justificativa, motivo ou propósito da sua promulgação¹⁶⁵. No contexto de uma Constituição rígida, suprema e jurisdicionalmente garantida, tais finalidades deverão ser contrastadas com as normas constitucionais, de modo a se verificar a ocorrência de eventuais *incompatibilidades* daquelas com estas.¹⁶⁶ Trata-se, pois, de um controle de “adequação teleológica” da lei com a Constituição.¹⁶⁷

Entretanto, uma questão prévia e relevante precisa ser examinada, ainda que brevemente: de qual forma seriam identificados os fins concretos objetivados pelo produto legislativo? Para tal desiderato, será indispensável o recurso às chamadas “técnicas de interpretação”, especificamente àquela conhecida como interpretação “genética”, “intencionalista” ou ainda “originalista”.¹⁶⁸ Tais termos são comumente usados para designar um conjunto relativamente amplo de maneiras de (re)construir o sentido de um texto normativo.¹⁶⁹

Por razões de precisão, eles serão empregados, nos limites deste estudo, de forma indistinta – como sinônimos, portanto – para designar *tão somente* um tipo determinado de ato interpretativo: o que busca descobrir a “intenção legislativa” (finalidade do ato) especificamente no tocante ao estado de coisas (fim) cujo fomento era objetivado com a promulgação do texto legal. Trata-se, portanto, de perguntar acerca de uma “vontade do legislador” em termos “subjetivo-finalísticos”.¹⁷⁰ Subjetivos, porque não se trata de um “legislador ideal”, mas “real”, cujos atos são intencionais; finalístico, porque se trata de um

¹⁶⁵ Conferir ÁVILA, Humberto. *Teoria da Igualdade Tributária*, op. cit., p. 40.

¹⁶⁶ SCHÖBER, Katharina. *Der Zweck im Verwaltungsrecht*, op. cit., p. 2.

¹⁶⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, op. cit., p. 264.

¹⁶⁸ O termo genético é empregado por Ávila (ÁVILA, Humberto Bergmann. *Argumentação jurídica e a imunidade dos livros eletrônicos*, op. cit., p. 131). Os demais são encontrados amplamente na doutrina estrangeira: Dworkin, por exemplo, fala da “intenção original” do legislador (DWORKIN, Ronald. *La lectura moral y la premisa mayoritarista*, op. cit., p. 113); Joseph Raz menciona a intenção (*intention*) dos *law-makers* (RAZ, Joseph. *Between Authority and Interpretation. On the Theory of Law and Practical Reason*. Nova York: Oxford University Press, 2009, p. 265 ss), enquanto Guastini trata a interpretação originalista como gênero do qual a interpretação intencionalista seria espécie (GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 2013, p. 100).

¹⁶⁹ Tais palavras designam tanto um tipo de interpretação original *lingüística*, que investiga os significados das expressões à época da sua promulgação, quanto para identificar um tipo de interpretação original *intencionalista* (“vontade do legislador”). Sobre o tema, ver GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*, op. cit., p. 100 ss; do mesmo autor, *Introducción a las técnicas interpretativas*. In: _____ *Distinguiendo*. Estudios de teoría y metateoría del *derecho*. Barcelona: Gedisa, 1999, p. 218 ss. Na doutrina brasileira, conferir ÁVILA, Humberto Bergmann. *Argumentação jurídica e a imunidade dos livros eletrônicos*, op. cit., p. 131 ss.

¹⁷⁰ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Argumentação jurídica e a imunidade dos livros eletrônicos*, op. cit., p. 131.

legislador que almeja, a partir do seu ato institucional, induzir mudanças na realidade fática, de modo a promover fins concretos.¹⁷¹

Não faria sentido algum elaborar uma ficção jurídica acerca da *vontade* de um legislador imaginário ou ideal e, logo, inexistente.¹⁷² A busca pela intenção legislativa somente é consistente caso esteja vinculada a um legislador de “carne e osso”, materializado naqueles agentes que, historicamente, discutiram o projeto e a redação do texto normativo, promulgando, a seguir, a lei.¹⁷³ Todavia, disso decorre uma importante indagação: como encontrar essa suposta intenção subjetivo-finalística dos legisladores “reais” de um dado texto normativo?

Não há dúvida de que a tarefa é complexa em múltiplos âmbitos. Considera-se, no entanto, que os trabalhos preparatórios (processo legislativo em sentido amplo), as discussões que antecederam a elaboração da lei, bem como os pareceres apresentados pelas comissões parlamentares são o material sobre o qual o investigador precisará debruçar-se para obter possíveis respostas à questão.¹⁷⁴ No âmbito específico do processo legislativo brasileiro, deve-se verificar, com especial atenção, o que diz a *justificativa* do Projeto de lei submetido a exame. Ali, salvo exceções, poderão ser encontrados os fins ambicionados pelo “legislador”, isto é, pela *maioria* que votou a favor da aprovação do projeto.¹⁷⁵

Algumas dificuldades certamente surgirão pelo caminho. As mais relevantes serão agora referidas. Em primeiro lugar, nem sempre há uma correspondência entre (i) a intenção do legislador (isto é, o que ele quis ou pretendeu dizer) e (ii) a redação do texto legal (ou o que ele, de fato, acabou dizendo). Por vezes, as pessoas falam coisas que não pretendiam ou não conseguem dizer coisas que pretendiam.¹⁷⁶ Essa ruptura ou desnível entre “intenção e ação” (*intention and action*)¹⁷⁷ apresenta variadas causas, que vão desde uma incompletude dos “comandos da linguagem” e uma equivocidade das palavras, até uma falta momentânea de compreensão sobre os detalhes do que está sendo discutido durante o processo legislativo etc.¹⁷⁸

¹⁷¹ Em sentido semelhante, ver ÁVILA, Humberto Bergmann. Argumentação jurídica e a imunidade dos livros eletrônicos, op. cit., p. 131 e RAZ, Joseph. *Between Authority and Interpretation*, op. cit., p. 291.

¹⁷² RAZ, Joseph. *Between Authority and Interpretation*, op. cit., p. 265 ss; DWORKIN, Ronald. La lectura moral y la premisa mayoritarista, op. cit., p. 114 ss e GUASTINI, Riccardo. Introducción a las técnicas interpretativas. In: _____. *Distinguiendo*, op. cit., p. 219.

¹⁷³ GUASTINI, Riccardo. Introducción a las técnicas interpretativas. In: _____. *Distinguiendo*, op. cit., p. 219.

¹⁷⁴ GUASTINI, Riccardo. Introducción a las técnicas interpretativas. In: _____. *Distinguiendo*, op. cit., p. 219.

¹⁷⁵ Ver RAZ, Joseph. *Between Authority and Interpretation*, op. cit., p. 281.

¹⁷⁶ RAZ, Joseph. *Between Authority and Interpretation*, op. cit., p. 287.

¹⁷⁷ RAZ, Joseph. *Between Authority and Interpretation*, op. cit., p. 287.

¹⁷⁸ RAZ, Joseph. *Between Authority and Interpretation*, op. cit., p. 287.

Diante desse contexto, para a realização do controle de *adequação finalística* entre lei e Constituição ora proposto, torna-se condição fundamental a constatação de um *paralelismo* entre a intenção subjetivo-finalística do legislador (o que se *quis* dizer e promover) e o texto normativo aprovado (o que se *acabou* dizendo e promovendo). Entretanto, dado que texto normativo e intenção legislativa manifestam-se como realidades autônomas, caberá ao intérprete (especialmente ao juiz constitucional) promover essa necessária imbricação.

Muitas vezes, contudo, a lei aprovada, por sua redação, não poderá, *de modo algum*, ser reconduzida às finalidades (propósitos) apresentadas na *Justificativa* do seu Projeto.¹⁷⁹ Nessa hipótese, devem ser respeitados os limites semânticos do texto normativo em detrimento da intenção finalística daqueles que o aprovaram. Somos governados pelo que efetivamente disseram nossos legisladores, não pelo que quiseram dizer.¹⁸⁰ Em tais casos, porém, o exame de *adequação teleológica* da lei à Constituição crescerá em dificuldades, e, caso empreendido, limitar-se-á a verificar se o texto normativo comporta, de fato, finalidades compatíveis com a Constituição.

Um segundo problema, também grave, diz respeito à *antiguidade* das leis. Será que a pretensão tanto de perquirir quanto de controlar a intenção finalística do legislador ainda se mantém firme diante de leis muito antigas? Sem dúvida, ela pode sofrer abalos e perder força. Entretanto, não se trata de um processo abrupto, mas gradativo, protraindo-se no tempo.¹⁸¹ Recrudesce em relação a textos legais que apresentam alta vinculação com um dado contexto socioeconômico já superado, mas regride frente a leis que regulam “problemas humanos” fundamentais.¹⁸² Como exemplo, Raz menciona a criminalização do homicídio. Ainda que a lei “comemorasse” 300 anos, a intenção do legislador – a tutela da vida humana – ainda estaria suficientemente íntegra em sentido e em autoridade.¹⁸³

Em apertada síntese, para efetivar o controle de finalidades legislativas aqui pretendido, sugere-se o recurso à interpretação “genética”, “originalista” ou “intencionista” para identificar os objetivos do legislador. Tal técnica interpretativa será empregada de modo

¹⁷⁹ Sendo *intenção do legislador* e *texto normativo aprovado* duas realidades autônomas, uma situação curiosa pode ocorrer: em um determinado caso, o legislador pode ter objetivado promover fins inconstitucionais, os quais, todavia, acabaram não encontrando qualquer correspondência no texto final aprovado. Nessa situação, não parece haver motivos razoáveis para declarar a inconstitucionalidade desse dispositivo hipotético caso dele seja possível extrair normas ou comandos *constitucionais*, ainda que a *intenção do legislador* fosse *inconstitucional*.

¹⁸⁰ DWORKIN, Ronald. *La lectura moral y la premisa mayoritarista*, op. cit., p. 110. Também para Ávila, “aquilo que foi dito (argumentos linguísticos e sistemáticos) deve prevalecer sobre o que deixou de ser (argumentos genéticos)” (ÁVILA, Humberto Bergmann. *Argumentação jurídica e a imunidade dos livros eletrônicos*, op. cit., p. 144). Sobre o ponto, conferir ainda RAZ, Joseph. *Between Authority and Interpretation*, op. cit., p. 288.

¹⁸¹ RAZ, Joseph. *Between Authority and Interpretation*, op. cit., p. 296.

¹⁸² RAZ, Joseph. *Between Authority and Interpretation*, op. cit., p. 295.

¹⁸³ RAZ, Joseph. *Between Authority and Interpretation*, op. cit., p. 295.

a circunscrever a intenção *subjetivo-finalística* de um legislador “real”, materializado no conjunto formado pela maioria parlamentar que aprovou o Projeto de Lei e consentiu com sua Justificativa. Todavia, tal controle de adequação teleológica entre lei e Constituição somente fará sentido se houver um suficiente paralelismo entre (i) intenção legislativa e (ii) redação final do dispositivo aprovado. Finalmente, o decurso do tempo poderá *gradualmente* afetar o sentido e a autoridade da ideia de *intenção* de um “legislador real”. É preferível, assim, que o exame recaia sobre textos normativos relativamente recentes ou, se antigos, sobre aqueles cuja intenção legislativa subjacente não foi afetada de forma relevante em razão do transcurso dos anos.

Feito esse breve esclarecimento, retorna-se ao problema da “confrontação” entre *fins* que a lei intenta fomentar e *fins* na Constituição.¹⁸⁴ Uma vez identificada a intenção subjetivo-finalística do legislador e verificada a correlação entre ela e o texto normativo, torna-se possível promover o mencionado exame de adequação teleológica. Nesse momento, diversas poderão ser as conclusões, uma vez que o fim ambicionado pode estar (i) expressamente *proibido* pela Constituição, sendo vedado ao legislador promovê-lo; (ii) expressamente *reconhecido* pela Constituição, sendo imposto ao legislador promovê-lo através de um meio que, por sua vez, poderá já estar, ou não, preestabelecido; (iii) *não previsto* pela Constituição, inexistindo norma que proíba, permita ou mesmo obrigue o legislador à realização de tal estado de coisas.

Na hipótese descrita no item “i”, o dispositivo legal será inconstitucional (inválido) em razão de vício *material* (conteúdo proibido), ao passo que na hipótese descrita no item “ii” o respectivo dispositivo, ao menos à luz do presente critério, deverá ser reputado constitucionalmente válido. E quanto à hipótese “iii”? A omissão da Constituição no ponto conduz à conclusão de que ao legislador é vedado promover o fim que elegeu? Ou significa justamente o oposto?

A questão fundamental, latente em todas as anteriores, pode ser assim enunciada: no estágio atual de desenvolvimento do *Estado Constitucional* (Constituição suprema, rígida e jurisdicionalmente garantida), a atividade legiferante é “livre nos fins” ou está teleologicamente *vinculada*?¹⁸⁵ Noutros termos, o legislador tem uma atuação criativa,

¹⁸⁴ Alguns autores distinguem a exigência de *compatibilidade* (vinculação negativa) da exigência de *conformidade* (vinculação positiva) da lei frente à Constituição. No presente estudo, todavia, tais expressões são empregadas de forma indistinta. Sobre a diferenciação, consultar CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, op. cit., p. 257.

¹⁸⁵ Ver GUASTINI, Riccardo. *La Sintassi del Diritto*, op. cit., p. 196. Consoante Canotilho, foi Peter Lerche, em seu estudo de habilitação (*Habilitationsschrift*) “Übermass und Verfassungsrecht” (Excesso e Direito Constitucional), publicado na década de 60 do século XX, quem despertou a ciência constitucional para o

elegendo autonomamente fins, ou, pelo contrário, resume-se estritamente a selecionar os meios pelos quais concretizará os “estados de coisas” já ditados *heteronomamente* pelas normas constitucionais?

No contexto de um estudo que defende a necessidade de controle dos fins cuja promoção é pretendida pelo legislador, a resposta ao problema colocado não pode ser outra senão a de que ele não está absolutamente "livre" em sua escolha, mas constitucionalmente determinado. Admitir isso, todavia, não basta. Deve-se antes precisar o sentido que se confere, nos exatos limites desta pesquisa, às expressões "adequação teleológica" ou "vinculação finalística" entre lei e Constituição.

Alguns cuidados, pois, são necessários. A ideia de que não há plena liberdade quanto aos objetivos a serem escolhidos não se confunde com a de que somente é permitido ao legislador realizar os fins constitucionalmente *previstos*. Equiparar tais assertivas conduziria a um *paralelismo conceitual* entre "princípio da legalidade dos atos administrativos" e "princípio da constitucionalidade dos atos legislativos":¹⁸⁶ se a administração pública é mera *executora* da lei, o legislador não passaria de um *executor* da Constituição.¹⁸⁷

Contudo, será realmente assim? É a Constituição um "projeto" pronto e acabado, cabendo ao legislador exclusivamente "executá-la", isto é, cumprir milimetricamente suas previsões, tal como um engenheiro "executa" o projeto de construção de uma casa? Acredita-se que não. Há, invariavelmente, uma diferença qualitativa entre a vinculação do Poder Executivo à *lei* e a vinculação do Poder Legislativo à *Constituição*. Ao passo que o administrador somente pode agir mediante expressa permissão legal, o legislador não precisa estar constitucionalmente autorizado para poder atuar nos campos de sua competência.¹⁸⁸

Uma parcela de liberdade de escolha do Poder Executivo subsiste apenas nos âmbitos da chamada "discricionariedade administrativa",¹⁸⁹ a qual, no entanto, não diz respeito aos

problema em questão (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, op. cit., p. XII).

¹⁸⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, op. cit., p. 219.

¹⁸⁷ Ver CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, op. cit., p. 216.

¹⁸⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Judicial*. 2. ed. 8.^a tiragem. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 13 e CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, op. cit., p. 217.

¹⁸⁹ Por discricionariedade administrativa entende-se a "margem de liberdade que remanesce ao administrador para eleger [...] um dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando por força da [...] liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução única para a situação vertente" (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*, op. cit., p. 48). Em sentido similar, no Direito alemão, Peter Badura compreende a discricionariedade como liberdade de escolha frente a "possibilidades de decisão igualmente justas" (*gleich rechtmäßigen Entscheidungsmöglichkeiten*) (BADURA, Peter. *Das Planungsermessen und die rechtsstaatliche Funktion des Allgemeinen Verwaltungsrechts*. In: DOMCKE, Hans (Org.). *Verfassung und Verfassungsrechtsprechung*. Festschrift zum 25-jährigen Bestehen

fins promovidos, mas somente aos meios adequados a tanto¹⁹⁰. Por sua vez, a atuação do legislador é, sim, verdadeiramente criativa e inovadora, na medida em que não se resume a concretizar fins prescritos pela Constituição. Também ele seleciona, de forma autônoma, objetivos cuja promoção considera importante, ainda que estes não integrem expressamente o rol constitucional.

Diante do exposto, questiona-se: pode-se ainda (re)afirmar que o legislador não é "livre nos fins", mas teleologicamente vinculado à Constituição? Considera-se que sim. A vinculação do legislador *não* reside na obrigatoriedade de promover apenas fins constitucionalmente previstos, mas sim na proibição de promover fins incompatíveis com a Constituição¹⁹¹, o que é muito distinto. Se ao administrador somente é permitido agir *secundum legem*, mas nunca fora (*extra legem*) ou contra a lei (*contra legem*),¹⁹² o legislador, por sua vez, tem uma liberdade de escolha imensamente superior, podendo atuar tanto *secundum* como *extra* Constituição, ainda que não *contra* a Constituição.

É nesse preciso contexto semântico que "atividade criativa" e "vinculação constitucional" coexistem.¹⁹³ O legislador poderá, sim, selecionar objetivos externos às normas constitucionais (elemento criativo), desde que sejam passíveis de compatibilização com aquelas (elemento vinculativo).¹⁹⁴ Nas palavras de Canotilho, "o legislador, embora jurídico-constitucionalmente vinculado, desenvolve uma actividade política criadora, não subsumível a esquemas de 'execução' ou 'aplicação' de leis constitucionais".¹⁹⁵ Se, de um lado, essa política deverá ser constitucional, de outro ela não conduz à simples realização de normas heteronomamente impostas.¹⁹⁶

2.3 LIMITES DO CONTROLE (OU ATÉ ONDE VAI O CONTROLE)

A discussão acerca dos limites do controle da eleição de fins pelo legislador penal é notoriamente tormentosa. Logo, as questões a seguir abordadas não têm qualquer pretensão de

des Bayer. Verfassungsgerichtshofs. Munique: Richard Booberg Verlag, 1972, p. 162). Finalmente, no Direito português, Canotilho conceitua discricionariedade como "liberdade de escolha entre modos de comportamento diversos" (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, op. cit., p. 230).

¹⁹⁰ Conferir MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*, op. cit., pp. 18-9.

¹⁹¹ Ver SCHÖBER, Katharina. *Der Zweck im Verwaltungsrecht*, op. cit., p. 2.

¹⁹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*, op. cit., p. 51.

¹⁹³ Em semelhante sentido, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, op. cit., pp. 250-1.

¹⁹⁴ No ponto, consultar GUASTINI, Riccardo. *Il giudice e la legge*. Lezioni di diritto costituzionale. Turim: G. Giappichelli Editore, 1995, p. 16.

¹⁹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, op. cit., p. 218.

¹⁹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, op. cit., p. 218.

encerrar ou de exaurir o tema. Trata-se apenas de pontos sensíveis para os propósitos do presente estudo, de forma a merecer maior atenção. Este exame será orientado pelas seguintes perguntas: (i) “a Constituição é sempre um padrão de validade para toda e qualquer lei penal?” e (ii) “o legislador penal somente pode promover fins previstos pela Constituição?”. É o que se passa a examinar.

2.3.1 A Constituição é sempre um padrão de validade para toda e qualquer lei (penal)?

Não parece possível conceber, mesmo a título hipotético, uma Constituição que já tenha regulado "tudo".¹⁹⁷ Por representar um conjunto de normas jurídicas, ela nunca será completa, mas *lacunosa*, pois incapaz de atribuir a todo e qualquer fato uma correlata consequência jurídica.¹⁹⁸ Restringe-se a, na medida do possível, limitar e dividir poder, conceder direitos e regular *parcelas* da vida social, econômica e cultural.

Quanto mais extensa for e mais disposições com natureza jurídica de regra tiver, mais reduzirá a liberdade do legislador (e mais poder dará à Jurisdição Constitucional).¹⁹⁹ Quanto mais sucinta e principiológica for, mais concederá liberdade ao legislador (e menos poder dará à Jurisdição Constitucional). Trata-se, pois, de uma escolha política do Constituinte quando da redação do texto, à qual se somará uma atividade interpretativa (e criativa) do aplicador, que, a depender do critério empregado, dele extrairá regras ou princípios.²⁰⁰

É forçoso admitir, portanto, que qualquer texto constitucional variadas vezes delegará ao legislador a tomada de decisão, especialmente em temas que entenda ser ele o mais apto a regular. Do contrário, votar em um partido político ou noutro não faria qualquer diferença. A lei promulgada admitiria apenas um conteúdo, qual seja, aquele pré-fixado por uma Constituição "asfixiante" da função legislativa.

Entretanto, uma coisa é dizer que a Constituição não "pré-determina" tudo; outra, muito diversa, é concluir que tudo sobre o que ela não se manifesta está alheio a qualquer espécie de exame de validade. A primeira assertiva é correta; a segunda, perigosamente equivocada. Toda lei, especialmente a de natureza prescritiva (isto é, que estabelece

¹⁹⁷ Acompanha-se, no ponto, Guastini, para quem "ogni costituzione è un testo (per quanto lungo, comunque) 'finito', compiuto, limitato. Ogni costituzione – è fatale – contiene lacune" (GUASTINI, Riccardo. *La Sintassi del Diritto*, op. cit., p. 202).

¹⁹⁸ GUASTINI, Riccardo. *La Sintassi del Diritto*, op. cit., p. 411, nota de rodapé nº 08.

¹⁹⁹ Nas palavras de Vital Moreira, “quanto mais Constituição, maior limitação” (Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional. In: *Legitimidade e legitimação da Justiça Constitucional*, op. cit., p. 180)

²⁰⁰ Ver ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 55 e GUASTINI, Riccardo. *La Sintassi del Diritto*, op. cit., p. 411, nota de rodapé nº 08.

obrigações, proibições ou permissões), deve ser, *sim*, submetida a controle. Trata-se de uma constante no âmbito de Constituições supremas, rígidas e jurisdicionalmente garantidas.

Variações existirão exclusivamente no âmbito da *intensidade* e dos *critérios* desse controle. Enquanto algumas leis serão contrastadas diretamente com regras constitucionais, outras, em especial aquelas que concretizam princípios constitucionais, exigirão instrumentos diferentes para o seu controle (postulado da ponderação, proporcionalidade, razoabilidade, entre outros). Em certos casos ainda, o intérprete precisará lançar mão das ditas "normas implícitas",²⁰¹ extraindo-as do texto constitucional a fim de utilizá-las como parâmetro de validade da lei em questão. Especificamente no caso brasileiro, é importante destacar que a Constituição permite e incentiva, de forma expressa (art. 5º, § 2º), que seu aplicador não se limite às normas já formuladas pelo Poder Constituinte (originário ou derivado), criando uma espécie de cláusula de "inexauribilidade protetiva".²⁰²

Fato é que, mesmo dispositivos aparentemente singelos, cujo conteúdo à primeira vista pode parecer alheio à Constituição, acabam revelando grande complexidade quando submetidos a controle. Tome-se como exemplo uma norma infraconstitucional que fixa o prazo recursal em processos penais. O exame de sua validade corresponde à investigação acerca da adequada concretização da garantia constitucional da ampla defesa em conjunto com a exigência de razoável duração do processo. Se o prazo for muito exíguo, violará aquela norma; se for muito longo, afetará esta.

Sem dúvida, é difícil precisar o prazo *mais* adequado. Em razão disso, ao legislador concede-se suficiente liberdade para que opte entre prazo mais longo ou mais curto, à luz da garantia que pretenda tutelar *mais*. Ele, no entanto, deverá mover-se estritamente *dentro* do conjunto de escolhas possíveis, isto é, daquelas que não afetem excessivamente nenhuma das garantias tensionadas. Mantendo-se nesse espaço, sua decisão deve ser respeitada, ainda que outra solução pareça, aos olhos de um juiz constitucional, *melhor*.²⁰³

Muito ilustrativa é também a questão do intervalo de pena atribuído a um dado crime pelo legislador. Há, nessa hipótese, um inegável e até largo espaço de liberdade de

²⁰¹ As normas *inexpressas* podem tanto ser *derivadas* de *normas expressas* mediante raciocínios lógicos (dedução) ou interpretativos, quanto *construídas* pela doutrina e pelo aplicador independentemente de uma norma *expressa* (mais detalhadamente, conferir GUASTINI, Riccardo. *La Sintassi del Diritto*, op. cit., pp. 271-2).

²⁰² ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria da Segurança Jurídica*, op. cit., p. 429.

²⁰³ No mesmo sentido, FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal*, op. cit., p. 31; MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional. In: *Legitimidade e legitimação da Justiça Constitucional*, op. cit., p. 195 ss e VILLALÓN, Pedro Cruz. Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria. In: *Legitimidade e legitimação da Justiça Constitucional*, op. cit., p. 88.

configuração. Contudo, também aqui controles constitucionais podem ser executados. De um lado, as penas eleitas deverão ser tais que se aproximem àquelas já conferidas a tipos penais que tutelem bem jurídico similar ou idêntico (postulado da *igualdade*).²⁰⁴ De outro, devem ser superiores àquelas atribuídas a delitos de *menor* gravidade, mas inferiores àquelas fixadas em delitos de *maior* gravidade (exigência de coerência do ordenamento jurídico).²⁰⁵

Em síntese, o espectro de liberdade de conformação do legislador penal dependerá da redação do texto constitucional e da técnica de interpretação utilizada pelo aplicador, que construirá a partir dele *normas-regras* ou *normas-princípio*.²⁰⁶ Ainda que se possa questionar a existência de parâmetros de controle para toda e qualquer lei, em se tratando de norma penal, restritiva de direitos fundamentais individuais por definição, não há dúvida de que o controle é tanto possível quanto necessário.

Importante advertir que não se pretende, com isso, advogar em favor de uma “sobreinterpretação” da Constituição, típica do movimento “neoconstitucionalista”.²⁰⁷ A conhecida expressão é utilizada por Guastini para denominar doutrinadores que sustentam ser possível extrair do texto constitucional normas que pré-disciplinam o conteúdo de todo e qualquer aspecto da vida social e política.²⁰⁸ Nesse sentido, não haveria espaços de decisão delegados ao legislador. Tal ideia, contudo, não é encampada neste estudo. O legislador será, sim, protagonista da tomada de decisão em relação a inúmeras questões no Estado Constitucional.

Entretanto, dizer que o Poder Legislativo é detentor de um espaço de liberdade de conformação realmente *não é* o mesmo que dizer que ele pode, nesse exato âmbito, fazer tudo que bem entender, da maneira que quiser, quando e se desejar. A validade de suas escolhas,

²⁰⁴ Conforme Ávila, a igualdade pode ser *regra* ("prevendo a proibição de tratamento discriminatório"), *princípio* ("instituído um estado igualitário como fim a ser promovido") e, ainda, *postulado*, "estruturando a aplicação do Direito em função de elementos (critério de diferenciação e finalidade da distinção)" (ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., pp. 192-3. Mais detalhadamente, ver ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria da Igualdade Tributária*, op. cit., p. 43 ss).

²⁰⁵ Já Feldens trabalha com a noção de *paridade das penas*, enquanto subcritério do que denomina, na esteira de Hirsch, "proporcionalidade ordinal" ou "relativa" (FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal*, op. cit., pp. 161-2).

²⁰⁶ Ver ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., pp. 54-5 e GUASTINI, Riccardo. *La Sintassi del Diritto*, op. cit., p. 411, nota de rodapé nº 08.

²⁰⁷ Conforme Susanna Pozzolo, “a doutrina neoconstitucionalista, em definitivo, é também, senão sobretudo, uma política constitucional: que indica não como o direito é, mas como o direito deve ser” (POZZOLO, Susanna. O neoconstitucionalismo como *último* desafio ao positivismo jurídico. In: DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*. As faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. São Paulo: Landy, 2006, p. 78). Conferir também ÁVILA, Humberto Bergmann. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”, op. cit., p. 187.

²⁰⁸ GUASTINI, Riccardo. *La Sintassi del Diritto*, op. cit., p. 202. Ver ainda CARBONELL, Miguel. Zagrebelsky y el uso de la historia por el derecho constitucional (Prólogo). In: ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y Constitución*. Traduzido por Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2005, pp. 18-9.

mesmo em tal espaço, estará sempre à mercê do cumprimento de certos postulados (proporcionalidade, razoabilidade, ponderação, igualdade, proibição do excesso, entre outros) que balizam e orientam o exercício de sua atividade concretizadora de direitos fundamentais.

Frente a esse panorama, torna-se essencial a seguinte distinção: uma coisa é a atuação legislativa estar *sempre* sujeita a controle; outra, muito diversa, é a atuação legislativa poder ser sempre (e *legitimamente*) reformada pelo Poder Judiciário. Apenas a primeira assertiva é correta. Isso porque há, invariavelmente, espaços legislativos plenamente discricionários, frutos da ausência de *individualização* ou de *identificação* da conduta devida, quer por motivos estruturais do ordenamento, quer por motivos epistêmicos (de conhecimento).²⁰⁹ Em tal âmbito, o legislador *não está* sujeito à censura pelo juiz constitucional (que deve se abster), podendo decidir livremente pelas alternativas *a*, *b*, ou *c*.

Como identificar tais espaços discricionários? Em primeiro lugar, deve-se lembrar que a discricionariedade nada mais é do que liberdade de escolha entre duas ou mais condutas, quando *não há* conduta devida (discricionariedade estrutural) ou quando *não é possível individualizar* a conduta devida (discricionariedade epistêmica).²¹⁰ Pois bem, sempre que a Constituição antecipa-se e já determinada como o legislador deve atuar, *inexiste* discricionariedade: uma única conduta é obrigatória ou proibida. Já quando a Constituição não diz expressamente a atuação exigida do legislador, confere a ele uma *margem* ou um *âmbito de configuração*.

Conquanto presente esse *âmbito de configuração* constitucionalmente delegado, ainda não é possível identificar, com precisão, onde há discricionariedade legislativa. Isso porque suas decisões, *mesmo nesse núcleo*, deverão conformar-se a uma série de postulados, como proporcionalidade, igualdade, proibição do excesso, proibição de insuficiência, razoabilidade etc.²¹¹ Nesse sentido, defende-se que a "discricionariedade" do legislador penal equivalerá "ao que sobrar" após o pleno respeito a tais exigências.

Noutros termos, quando ainda houver, mesmo depois da incidência de todos esses postulados, um *conjunto* de duas ou mais condutas constitucionalmente legítimas, deve-se

²⁰⁹ Klatt e Meister, revisitando a teoria da discricionariedade de Robert Alexy, definem *discricionariedade estrutural* como aquela na qual não há respostas juridicamente possíveis. Trata-se de uma decisão unicamente política, cujo resultado seria "juridicamente livre" (*legally free*). Já a *discricionariedade epistêmica* seria aquela na qual existe mais de uma resposta constitucionalmente legítima, não sendo possível dizer qual a mais correta. Tem-se, pois, um *impasse* entre opções conferidas pelo ordenamento (KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *The Constitutional Structure of Proportionality*, op. cit., p. 83).

²¹⁰ No primeiro caso, não há comando algum por parte do ordenamento; no segundo, não está claro o que o ordenamento determina, havendo várias soluções constitucionalmente aceitáveis (KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *The Constitutional Structure of Proportionality*, op. cit., p. 78).

²¹¹ Ver nota 158.

concluir pela impossibilidade de individualizar uma única resposta correta. Nessa precisa situação, o legislador estará livre para escolher. A ressonância dessa realidade no âmbito do controle de constitucionalidade faz com que, embora *nada* escape do reexame judicial, por vezes será forçoso concluir *a favor* da liberdade de escolha do legislador entre dois ou mais comportamentos possíveis.²¹²

Nesse contexto, sustenta-se que a submissão da atuação legislativa a controle de constitucionalidade servirá justamente para identificar tais espaços, na medida em que nem sempre será viável, de antemão, reconhecer a presença de discricionariedade.²¹³ Com compreensão similar, Klatt e Meister argumentam que a discricionariedade do legislador é antes o *resultado* da aplicação da proporcionalidade (e de outros postulados), não uma barreira prévia à realização do exame. Logo, somente é possível falar-se em discricionariedade "após a ponderação" (*after the balancing*).²¹⁴ Sendo assim, caso se conclua, durante o reexame judicial, pela inexistência ou pela impossibilidade de individualização da conduta exigida, o julgador deverá *manter* a decisão do Parlamento, explicitando o espaço *livre* ao legislador.

É claro que haverá inúmeras controvérsias acerca dos critérios empregados no momento do reconhecimento da discricionariedade. Tais dificuldades, no entanto, não parecem afetar a argumentação desenvolvida. Frente ao exposto, pode-se sustentar que, se existem leis subtraídas ao controle constitucional – o que não se acredita –, certamente esse conjunto não compreende as normas penais. A verificação de sua validade, a depender do texto constitucional, até poderá variar em *intensidade* e em *critérios*, mas é inafastável, devendo sempre ser realizada.

2.3.2 O legislador penal somente pode promover fins *previstos* pela Constituição?

A pergunta parece encontrar resposta, em termos gerais, tanto na seção sobre o objeto sob controle quanto no item imediatamente anterior. Tais ideias, todavia, serão aqui brevemente reforçadas, bem como conformadas às peculiaridades da relação entre

²¹² Também Klatt e Meister, teorizando um modelo *dúplice* de controle constitucional, sustentam que o primeiro nível de controle, incidente sobre a justificação interna, deveria ser *universal*. Nesse sentido, seria sempre legítimo ao juiz constitucional verificar se a conclusão legislativa decorre das premissas que a embasaram (1º nível), ainda que nem sempre seja legítimo examinar a justificação externa, isto é, a correção ou o acerto das premissas (2º nível) (KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *The Constitutional Structure of Proportionality*, op. cit., p. 141 ss). Sobre a distinção entre justificação interna e justificação externa, ver ainda ÁVILA, Humberto Bergmann. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico, op. cit., p. 110 ss.

²¹³ KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *The Constitutional Structure of Proportionality*, op. cit., p. 161 ss.

²¹⁴ KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *The Constitutional Structure of Proportionality*, op. cit., p. 161.

Constituição e Direito Penal. Tudo isso com o intuito de conferir maior precisão e sistematicidade ao estudo dos critérios de controle da eleição e da concretização de fins pelo legislador penal, a ser inaugurado na seção seguinte.

Reitera-se, de um lado, a inviabilidade de a Constituição já ter *tudo* disciplinado, especialmente em matéria penal. Trata-se de um limite imposto pelo “real”: não há como um texto datado, historicamente situado e, principalmente, *finito* englobar toda a complexidade *infinita* do porvir. Não há como aprisionar, de forma tão cerrada, o *futuro* no *passado*. De outro lado, acentua-se que a atuação do legislador, como regra, não pode ser equiparada à de um mero “executor” do projeto constitucional. Também ele é um agente *criativo* nesse processo de constante explicitação e renovação da Constituição.²¹⁵

Por coerência com o exposto, a resposta à questão acima lançada não pode ser outra senão a de que o legislador *penal*, assim como o legislador *em geral*, não está limitado, quando da eleição de fins, àqueles constitucionalmente previstos (isto é, constitucionalmente *positivados e impostos*).²¹⁶ Ao mesmo tempo, também não está absolutamente desvinculado da ordem constitucional. Como antes mencionado, sua seleção jamais poderá ser com ela incompatível, devendo-se verificar sempre uma mínima relação de *coerência*. Nessa hipótese, maior legitimidade conquistará a atuação do legislador, portanto, quanto mais for possível argumentar em favor de um amparo, ao menos *implícito*, pelas normas constitucionais, dos fins por ele promovidos.²¹⁷

Reitera-se que sempre haverá controle sobre a eleição e a concretização de fins pelo legislador. Trata-se de uma constante em contextos de Constituições rígidas, supremas e jurisdicionalmente garantidas. As diferenças surgirão no âmbito (i) dos critérios de controle e

²¹⁵ Ver CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, op. cit., pp. 218 e 250-1 e GUASTINI, Riccardo. *Il giudice e la legge*, op. cit., p. 16.

²¹⁶ Conclusões similares podem ser verificadas em COSTA ANDRADE, Manuel da. A “dignidade penal” e a “carência de tutela penal” como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*. Coimbra, ano 2, n. 2, pp. 173-205, abr./jun. 1992, p. 184 ss; DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e escolha de bens jurídicos. Traduzido por José Francisco de Faria Costa. *Revista portuguesa de Ciência Criminal*. Lisboa, ano 4, fasc. 2, pp. 151-198, abr./jun. 1994, p. 166 ss; DONINI, Massimo. Un derecho penal fundado en la carta constitucional: razones y límites, op. cit., p. 33 ss; FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal*, op. cit., pp. 69-73 e FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal*. Parte Geral, op. cit., pp. 47-8. Contrariamente, Bricola, além de inaugurar tal discussão na Itália da década de 70 do século passado, defendia que somente bens com assento constitucional poderiam justificar o sacrifício da liberdade individual (BRICOLA, Franco. *Teoria Generale del Reato*. In: Novíssimo Digesto Italiano. Turim: UTET, 1977, p. 15). Ver ainda DONINI, Massimo. L’eredità di Bricola e il costituzionalismo penale come metodo. Radici nazionali e sviluppi sovranazionali. *Diritto Penale Contemporaneo*. 2012/2, pp. 51-74, 2012, p. 54 ss.

²¹⁷ Nesse sentido, conferir, na doutrina portuguesa, FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal*. Parte Geral, op. cit., p. 48 e, do mesmo autor, O “Direito penal do bem jurídico” como princípio jurídico-constitucional, op. cit., pp. 34-5; na doutrina italiana, DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e escolha de bens jurídicos, op. cit., p. 191, FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale*. Parte Generale, op. cit., p. 32 e, ainda, na doutrina brasileira, FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal*, op. cit., pp. 71-72.

(ii) da sua intensidade. Trabalhar-se-á, assim, com duas espécies fundamentais de relação entre legislador penal e Constituição: (a) âmbito de ausência de liberdade do legislador penal quanto à decisão criminalizadora (*mandado* ou *proibição* constitucional de criminalização) e (b) âmbito de liberdade do legislador penal quanto à decisão criminalizadora (*possibilidade* constitucional de criminalização).

Na primeira hipótese, está completamente subtraída do legislador a possibilidade de emissão de um juízo crítico acerca da adequação e da necessidade da utilização do Direito Penal para a promoção de determinados fins (estados de coisas).²¹⁸ Ou a Constituição já decidiu que o meio penal é indispensável, ou a Constituição já proibiu o recurso a ele. *Simples assim*. A intensa vinculação existente entre as normas constitucionais e o exercício da atividade legiferante neste preciso âmbito, de um lado, fulmina a própria liberdade de configuração do legislador; de outro, legitima e exige um *forte* controle jurisdicional.

Na segunda hipótese, caberá ao legislador a decisão sobre recorrer, ou não, à tutela penal. O seu juízo poderá, nesse contexto, apresentar maior ou menor amparo constitucional, a depender de os fins promovidos encontrarem, ou não, respaldo expresso no texto da Carta fundamental. Frente a essa minguada – mas nunca inexistente – ligação entre legislador e Constituição, o controle exercido pelo Poder Judiciário sobre a atividade legiferante também deverá ser proporcionalmente reduzido em intensidade. Estará, por tal razão, justificadamente *enfraquecido*.

Uma última advertência é necessária: a vinculação da atividade do legislador à Constituição é uma questão *gradual*, não de *tudo ou nada*. Salienta-se que as suas possíveis materializações compõem dois conjuntos não plenamente uniformes. Logo, mesmo no interior de tais grupos poderá haver variações no nível de vinculação verificado. Também graduável em intensidade será o controle jurisdicional exercido sobre a atividade do legislador. A sua graduação (assim como as variações na vinculação do legislador) será reflexo das escolhas do Poder Constituinte: quanto mais a Constituição se antecipar e predispor, menos espaço delegará ao legislador e mais intenso será o controle jurisdicional e vice-versa.

A título ilustrativo, pode-se comparar os mandados e as proibições de criminalização, ambas integrantes do mesmo conjunto. Enquanto as proibições de criminalização verdadeiramente aniquilam *qualquer* espaço de conformação do Parlamento, já os mandados de criminalização, por mais detalhados que sejam, acabam sempre transferindo ao legislador

²¹⁸ Quando a Constituição impõe ao legislador o dever de criminalizar ofensas a determinados bens jurídicos, ela está afirmando, paralelamente, que considera o direito penal o "único instrumento capaz de assegurar ao bem uma tutela eficaz" (DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e escolha de bens jurídicos, op. cit., p. 172).

decisões sobre redação do tipo penal, espécies e *quantum* de sanção etc.²¹⁹ Nessa hipótese, também a intensidade do controle jurisdicional não será idêntica, amoldando-se ao correlato nível de vinculação verificado entre legislador e Constituição. Há, aqui, uma função diretamente proporcional: *quanto maior a vinculação do legislador, mais forte ou intenso o controle jurisdicional; quanto menor a vinculação do legislador, mais fraco ou reduzido o controle jurisdicional.*

2.4 ESPÉCIES DE CONTROLE E SEUS CRITÉRIOS (OU COMO REALIZAR O CONTROLE): ESBOÇO DE UM DUPLO MODELO

2.4.1 Controle *forte* (ausência de liberdade de configuração quanto à decisão criminalizadora)

2.4.1.1 Fins constitucionalmente proibidos (proibições expressas de criminalização)

A expressão "proibições expressas de criminalização" pode ser empregada para identificar um conjunto relativamente vasto de *vedações* dirigidas, pela Constituição, ao legislador. Dada a equivocidade (*ambiguidade e vagueza*) inerente à linguagem, esclarecer-se-á o sentido conferido a tal expressão nos limites deste estudo:²²⁰ trata-se de normas constitucionais que criam uma *proibição*, na medida em que qualificam – direta ou indiretamente – uma *omissão* como obrigatória. Tem-se, pois, um mandado negativo: um mandado de não fazer.²²¹

É relevante notar que esta é a *mais intensa* hipótese de supressão da liberdade de configuração do legislador penal.²²² Dentre todas as quase infinitas atitudes possíveis, apenas

²¹⁹ FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal*, op. cit., p. 84. Apesar disso, a Constituição brasileira é uma das mais detalhistas, na medida em que, em relação a certas obrigações de criminalizar, já adentra inclusive em questões como "destinatário dos preceitos", "dosagem" e "tipo de pena" (DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. *Constituição e escolha de bens jurídicos*, op. cit., p. 171).

²²⁰ Sobre os efeitos dessa imprecisão na (in)determinação do Direito (*equivocidade* dos textos normativos e *vagueza* das normas), ver GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*, op. cit., p. 39 ss e, do mesmo autor, *Reencuentro con la interpretación*. In: _____. *Distinguendo*. Estudios de teoría y metateoría del *derecho*. Barcelona: Gedisa, 1999, p. 202.

²²¹ Do ponto de vista da *permissão*, pode-se dizer que proibido é todo o comportamento "cuya realización no está permitida" (GUASTINI, Riccardo. *Obligación*. In: _____. *Distinguendo*. Estudios de teoría y metateoría del *derecho*. Barcelona: Gedisa, 1999, p. 118 e, do mesmo autor, Norma: una noción controvertida. In: _____. *Distinguendo*, op. cit., p. 96).

²²² Há, pois, uma diferença teórico-estrutural intensa entre os direitos fundamentais como *proibição de intervenção* e como *imperativos de tutela*. Nesta última hipótese, são inúmeras as possibilidades de atuação constitucionalmente legítimas; naquela, somente a omissão estatal é concebível (CANARIS, Claus-Wilhelm).

uma será constitucionalmente legítima, qual seja, a *não* criminalização da conduta. Como se percebe, a questão não reside em eventuais controvérsias sobre *redação do tipo, técnica de tutela, intervalo de pena etc.* O problema é prévio, pois qualquer que seja o tipo penal emitido, ele será necessariamente *inconstitucional*. Ao legislador penal cabe, unicamente, um não agir.

2.4.1.1.1 Definição e justificação dos critérios de controle da atuação do legislador

Do sistema normativo constitucional podem ser extraídas, ainda que indiretamente, inúmeras proibições de criminalizar. Tais hipóteses são aqui reunidas, a título de sistematização, em 03 (três) grandes conjuntos: (i) direitos fundamentais já cabalmente disciplinados não podem ser violados; (ii) fins constitucionalmente reconhecidos não podem ser censurados; (iii) fins constitucionalmente proscritos não podem ser promovidos.²²³

Iniciando-se pela hipótese "i", do legislador penal está subtraída a possibilidade de criminalização do exercício de direitos fundamentais já regulados – sob a forma de *regras jurídicas* – pela Constituição. Noutros termos, quando a norma constitucional já tiver previsto, de forma minuciosa e detalhada, todos os pressupostos para o exercício de um direito fundamental de liberdade, não poderá o legislador ordinário criar *novos requisitos*.

Tal vedação decorre da natureza *bifronte* de dispositivos que reconhecem direitos de liberdade, os quais expressam, concomitantemente, duas *normas jurídicas*: (i) uma permissão de agir aos cidadãos e (ii) uma proibição (de incriminação) dirigida ao legislador.²²⁴ Como exemplo, pode-se fazer referência ao *direito de reunião*, previsto no art. 5º, inc. XVI – “todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente”.

Como bem se nota, a Constituição já elegeu todos os inúmeros elementos necessários para o exercício de tal direito fundamental, cujo âmbito mostra-se circunscrito, de forma muito clara. Trata-se indubitavelmente de uma norma com natureza de *regra jurídica*²²⁵. Não

Direitos fundamentais e direito privado. Reimp. Traduzido por Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2006, pp. 115-6).

²²³ No ponto, conferir ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria da Igualdade Tributária*, op. cit., p. 59, DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e escolha de bens jurídicos, op. cit., pp. 155-161 e FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal*, op. cit., p. 66.

²²⁴ Ver GUASTINI, Riccardo. Acerca de las normas sobre la producción jurídica. In: _____. *Distinguendo*. Estudios de teoría y metateoría del derecho, op. cit., p. 318, nota de rodapé nº 7.

²²⁵ Explicita-se o conceito de regra jurídica encampado por este trabalho: os princípios estão privados de uma formulação propriamente dita, as regras são normas "de detalhes"; os princípios são teleológicos (determinam a

está o legislador autorizado, portanto, a incluir novos requisitos, *reduzindo* o âmbito de exercício legítimo da liberdade de reunião.²²⁶ Com mais razão ainda, é vedado a ele criminalizar condutas que sejam simplesmente a manifestação concreta de tal direito fundamental.²²⁷

Diversa situação ocorrerá quando o texto constitucional já apontar alguns requisitos, mas delegar a indicação de outros ao legislador. Tais hipóteses são facilmente identificadas pelas expressões “nos termos da lei” ou outras equivalentes. Como exemplo, cita-se o art. 5º, LXI – “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

Em tais casos, naturalmente o legislador poderá incluir novos pressupostos, delimitando e clarificando o âmbito do direito de liberdade em questão. Contudo, tais acréscimos somente serão válidos se não se opuserem ao que a norma constitucional já garantiu como “patamar mínimo” desse direito.²²⁸ Logo, criminalizações que violem tal espectro constitucional protetivo serão, por esse motivo, ilegítimas.

Em relação à hipótese “*ii*”, deve-se atentar que muitas vezes a Constituição determina a promoção de um específico estado de coisas (fim) por meio da positivação de uma norma-*princípio*.²²⁹ Como exemplo, menciona-se o inciso X do art. 4º da Constituição brasileira, que afirma ser a “concessão de asilo político” um dos princípios regentes do Estado brasileiro no âmbito internacional.

Quando o constituinte expressamente prevê um princípio, ele dirige aos Poderes Constituídos o dever de atuar de modo a *promovê-lo* e a *concretizá-lo*.²³⁰ Considerando o dispositivo supracitado, está, pois, proibido ao legislador tornar crime a concessão de asilo

"obtenção de um fim"), as regras são deontológicas, estabelecendo obrigações, proibições ou permissões; finalmente, os princípios são, salvo raras exceções, facilmente *derrotáveis* (*defeasible*) no caso concreto, já as regras o são raramente (GUASTINI, Riccardo. Los principios en el derecho positivo. In: _____ *Distinguendo*. Estudios de teoría y metateoría del *derecho*. Barcelona: Gedisa, 1999, pp. 148-151. Ver também ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 102 ss).

²²⁶ DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e escolha de bens jurídicos, op. cit., p. 156.

²²⁷ DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e escolha de bens jurídicos, op. cit., pp. 156-7 e FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal*, op. cit., p. 66.

²²⁸ Por mais impreciso que seja esse “patamar mínimo” constitucionalmente garantido, ele sinaliza a “necessidade de preservar no direito fundamental, tanto quanto possível, um conteúdo essencial, ou seja, um mínimo de conteúdo [...]” já demarcado pelo texto constitucional (NOVAES, Jorge Reis. *As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 798).

²²⁹ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria da Igualdade Tributária*, op. cit., p. 59.

²³⁰ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria da Igualdade Tributária*, op. cit., p. 59.

político pelo Estado brasileiro. A razão não poderia ser mais singela: o que a Constituição obriga a promover, não pode o legislador penalmente censurar.²³¹

Finalmente, no que tange à hipótese “iii”, verifica-se ser vedado ao legislador a utilização do meio penal para fomentar fins constitucionalmente proscritos.²³² Aqui, o argumento inverte-se: o que a Constituição obriga a censurar, não pode o legislador penalmente promover. Ilustrativamente, no contexto da ordem constitucional do Brasil, seria claramente ilegítima uma norma penal que punisse autores de delitos sexuais com a pena de castração, como foi pretendido durante o período Nazista na Alemanha.²³³ Nesse sentido, a Constituição é clara: (i) tanto estão banidos tratamentos *desumanos* e *degradantes* (art. 5º, inc. III) (ii) quanto penas criminais *cruéis* (art. 5º, inc. XLVII).

2.4.1.1.2 Aplicação "por amostragem" dos critérios a problemas concretos

Um primeiro e breve exemplo provém do direito *italiano*. Dolcini e Marinucci²³⁴ relatam o seguinte impasse, submetido à apreciação da Corte Constitucional em 1960. O Código penal italiano (Código *Rocco*), de 1930, previa no seu art. 502, *segunda parte*, a figura delitiva “greve para fins contratuais”, que nada mais era do que a criminalização da greve laboral ou dos “lavoratori”²³⁵. Na Constituição de 1947, todavia, restaram positivados os direitos de associação sindical (art. 39) e de greve (art. 40), de modo a assegurar a todos os *trabalhadores* o seu pleno exercício.

Ao apreciar a questão, a Corte Constitucional italiana reconheceu a “inconstitucionalidade” (ou *não recepção*) do tipo penal em exame. Nesse sentido, sustentou que o art. 502 fora redigido com pleno “desconhecimento do princípio democrático”, de tal modo que “não pode coexistir com o atual ordenamento de livre e democrática organização

²³¹ Ver ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria da Igualdade Tributária*, op. cit., p. 59 e DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e escolha de bens jurídicos, op. cit., pp. 161-2.

²³² FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal*, op. cit., p. 66.

²³³ Trata-se do artigo 10 do Projeto de Lei sobre o Tratamento de Estranhos à Comunidade, na sua versão de 17 de março de 1944, o qual assim dispunha: “Se um homem, por repetidos ataques à moral, assim como por sua personalidade, revela uma tendência ou inclinação a tais fatos, o juiz decretará, junto com a pena [...] a castração do delinquente contra a moral, se a segurança pública assim o exige” (trad. nossa) (ver MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo*. Estudios sobre el Derecho Penal en el Nacionalsocialismo. 4. ed. Valência: Tirant lo blanch, 2003, p. 196).

²³⁴ DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e escolha de bens jurídicos, op. cit., p. 156 ss.

²³⁵ A integral redação do art. 502 pode ser encontrada em <<http://www.diritto24.ilsole24ore.com/guidaAlDiritto/codici/codicePenale/articolo/607/art-502-serrata-e-sciopero-per-fini-contrattuali.html>>.

das relações de trabalho”, nem contrastar com o “princípio da liberdade sindical, solenemente reafirmado nos artigos 39 e 40 da Constituição” (trad. nossa).²³⁶

Uma segunda – e mais complexa – questão foi submetida a exame pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro na *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* (ADPF) nº 187. O seu contexto foi a realização, em inúmeras cidades do país, da chamada “Marcha da Maconha”, na qual manifestantes protestavam pela sua *descriminalização*. A experiência de anos anteriores justificava preocupações, já que muitos participantes costumavam ser presos em “flagrante” como incursos no delito do art. 287 do Código Penal brasileiro (“apologia ao crime”).²³⁷ A fim de evitar tais condutas repressoras do Estado, muitas passeatas estavam amparadas em *Habeas Corpus* preventivos, de modo a garantir sua devida realização.

Todavia, conquanto a utilização de tal ação constitucional trouxesse soluções paliativas, a questão necessitava de tratamento uniforme e definitivo. Por essa razão, apresentou-se ao Supremo Tribunal Federal a ADPF 187, cujo intuito era o de conferir *interpretação conforme a Constituição ao art. 287 do Código Penal*. Cientes da distinção entre *texto* e *norma*,²³⁸ postulava-se a *exclusão* de toda e qualquer interpretação que (re)construísse, a partir da redação do tipo penal, normas *proibitivas* (e *criminalizadoras*) de manifestações a favor da *descriminalização* de crimes.²³⁹

Noutros termos, do leque de interpretações possíveis do art. 287 do Código Penal, sustentava-se que eram manifestamente inconstitucionais todas aquelas que considerassem “apologia ao crime” a defesa da *descriminalização* de condutas até então penalizadas.

²³⁶ A decisão nº 29/1960 da Corte Constitucional italiana, proferida pela via *incidental*, teve como relator o Juiz Constitucional Petrocelli e foi publicada em 04/05/1960. A *Massima* 1027 tratou da primeira parte do dispositivo, sobre greve patronal, ao passo que a *Massima* 1028 examinou a segunda parte do tipo penal, sobre greve laboral. Ambas foram, ao final, consideradas constitucionalmente ilegítimas. As ementas, na íntegra, podem ser encontradas no site da *Corte Costituzionale italiana*: <<http://www.cortecostituzionale.it/actionRicercaMassima.do>>.

²³⁷ Mais detalhadamente em FELDENS, Luciano; ESTELLITA, Heloisa. O Supremo Tribunal Federal e a Liberdade de Manifestação (Considerações sobre o julgamento da ADPF 187). *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 225, a. 9, ago. 2011, p. 8.

²³⁸ Ver GUASTINI, Riccardo. Norma: una noción controvertida. In: _____. *Distinguendo*, op. cit., p. 101 ss; do mesmo autor, *La Sintassi del Diritto*, op. cit., p. 389 ss e, ainda, *Interpretare e Argomentare*, op. cit., p. 63 ss; CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Molino, 2007, p. 49 ss; ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 50 ss.

²³⁹ O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), na condição de *amicus curiae*, apresentou Memorial nos autos da ADPF 187, tendo, ao final, assim postulado: “requer seja julgada procedente a ação de descumprimento de preceito fundamental, afastando-se do cenário jurídico, por ilegítima, interpretação que subsuma, nos limites do art. 287 do Código Penal, reuniões e manifestações que, realizadas nos limites impostos pela Constituição da República, cinjam-se a pleitear a *descriminalização* de determinada conduta; no caso, a *descriminalização* do uso da maconha”. A manifestação, na íntegra, está disponível em <http://www.ibccrim.org.br/docs/amicus_curiae/ADPF_n._187_Violacoes_as_liberdades_de_expressao_e_reuni_ao-Memorial.pdf>.

Analisando a questão, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, acolheu o pedido, tendo o Relator, Ministro Celso de Mello, referido que tais *marchas* nada mais eram do que “a prática legítima do direito à livre manifestação”, tal qual constitucionalmente positivado.²⁴⁰

Tem-se que o problema reside justamente no cotejo da norma constitucional que disciplina o direito à livre manifestação com a norma legal que proíbe penalmente a *apologia ao crime*. O art. 5º, inc. IV, é claríssimo em seus termos: “é livre a manifestação de pensamento, sendo vedado o anonimato”. Como se observa, trata-se de uma ampla *norma-regra permissiva* ou *autorizativa*, que reconhece como legítima toda e qualquer manifestação de pensamento, exceto se *anônima*.²⁴¹ Portanto, não podem ser inseridos, pelo legislador infraconstitucional, novos requisitos para seu exercício além dos já previstos taxativamente pela Constituição (critério “i” antes estudado).

Isso não significa, naturalmente, que qualquer “fala” dos cidadãos será legítima. A questão é diversa: nem todo “dizer” de alguém estará amparado pelo art. 5º, inc. IV, da Constituição. Contudo, o que significar *manifestação de pensamento*, está, de forma inafastável, tutelado, não podendo sofrer restrições ou criminalizações.²⁴² Logo, é premissa essencial a qualquer exame do direito fundamental em questão a construção de um conceito *constitucional* de “manifestação de pensamento”.

Infelizmente, nos limites deste estudo, não há como empreender tal tarefa de forma satisfatória. Embora não seja possível apresentar sua perfeita delimitação, de outro lado não é difícil apontar situações que *necessariamente* estão tuteladas enquanto materializações de tal conceito (*zona conceitual de certeza positiva*²⁴³). A formulação expressa de pedidos, pela população, em prol da descriminalização de condutas é um bom exemplo. Não há dúvida de que se trata de um legítimo exercício da *liberdade de manifestação*, na sua faceta *liberdade de expressar opiniões*.²⁴⁴

Pensar diversamente conduz a situações absurdas. Se isso significar apologia ao crime e, portanto, for penalmente censurável, então qualquer Projeto de Lei que propuser a

²⁴⁰ Supremo Tribunal Federal, ADPF 187, Relator Ministro Celso de Mello, unânime, julgado em 15.06.2011, publicado em 29.05.2014, p. 57 do Voto do Relator.

²⁴¹ As autorizações, conforme Guastini, “são enunciados que qualificam um comportamento como permitido, facultativo ou livre. Por exemplo: ‘os cidadãos têm o direito de reunirem-se pacificamente e sem armas’ (art. 17.1, Const. It.) [...]. As autorizações não são suscetíveis de obediência nem de violação. Só podem ser usadas ou não” (trad. nossa) (GUASTINI, Riccardo. Norma: una noción controvertida. In: _____. *Distinguendo*, op. cit., pp. 96-7).

²⁴² Em sentido similar, FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal*, op. cit., p. 66.

²⁴³ Consultar MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle judicial*, op. cit., p. 29.

²⁴⁴ No ponto, conferir CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República portuguesa anotada*. v. 1. 4. ed portuguesa. 1. ed. brasileira. São Paulo: Coimbra Editora e Revista dos Tribunais, 2007, p. 572.

descriminalização de determinado delito será *ilegítimo* e seu autor (deputado ou senador, por exemplo), *criminoso*.²⁴⁵ Ora, defender a *descriminalização* de uma conduta é o outro lado da moeda de postular a *criminalização* de uma conduta. Todavia, enquanto aquela tendencialmente sofre intensa repressão, esta *já* costuma ser questionada em sua legitimidade.

Sendo assim, é preciso convir, por respeito à coerência: ou ambas são permitidas, ou ambas são proibidas. O que não é possível é tutelar manifestações *favoráveis* a políticas criminais de *maior repressão*, mas criminalizar manifestações *favoráveis* a políticas criminais despenalizadoras.²⁴⁶ Na medida em que ambas tocam o mesmo ponto sensível (e fundamental) – *a política criminal que se quer para o Brasil* – o que cabe, em direitos, a uma, caberá necessariamente também à outra.

2.4.1.2 Fins constitucionalmente obrigatórios (mandados expressos de criminalização)

A expressão "mandados constitucionais expressos de criminalização" pode ser empregada para identificar um conjunto relativamente vasto de determinações dirigidas, pela Constituição, ao legislador penal. Dada a equivocidade (*ambiguidade e vagueza*) inerente à linguagem, esclarecer-se-á o sentido conferido a tal expressão nos limites deste estudo: trata-se de normas constitucionais que criam uma *obrigação*, na medida em que impõem a um determinado *sujeito* a adoção de certa conduta (*ação*).²⁴⁷ O sujeito em questão é o legislador; o comportamento devido, a expedição de uma norma penal criminalizadora.

Mais que um "dever de agir" típico das normas obrigacionais, o que se verifica é, em realidade, um dever de *legislar*.²⁴⁸ Assim, fala-se em "imposições legiferantes" (*Gesetzgebungsaufträge*) ou "ordens de legislação" constitucionais enquanto subespécies peculiares do largo conjunto das "imposições constitucionais" (*Verfassungsaufträge*) em

²⁴⁵ A provocação também é feita pelo IBCCRIM em seu Memorial: "Perceba-se, nessa linha de perspectiva: um candidato ou partido político que inclua em sua plataforma ou programa de governo a descriminalização de uma conduta delituosa está a fazer apologia ao crime?" (Intervenção do IBCCRIM como *amicus curia* na ADPF 187, p. 10. Disponível em <http://www.ibccrim.org.br/docs/amicus_curiae/ADPF_n_187_Violacoes_as_liberdades_de_expressao_e_reuni_ao-Memorial.pdf>)

²⁴⁶ Como bem refere Roxin, "a política não tem o direito de reprimir a crítica ou as opiniões discrepantes com a ajuda do Direito Penal" (ROXIN, Claus. Dependencia y independencia del Derecho Penal con respecto a la política, la filosofía, la moral y la religión, op. cit., p. 8 – trad. nossa). Ver ainda FELDENS, Luciano; ESTELLITA, Heloísa. O Supremo Tribunal Federal e a Liberdade de Manifestação, op. cit., p. 8.

²⁴⁷ Do ponto de vista da *obrigação*, pode-se dizer que obrigatório é todo o comportamento "cuya omisión no está permitida" (GUASTINI, Riccardo. Obligación. In: _____. *Distiguendo*. Estudios de teoría y metateoría del derecho. Barcelona: Gedisa, 1999, p. 118 e, do mesmo autor, Norma: una noción controvertida. In: _____. *Distiguendo*. Estudios de teoría y metateoría del derecho. Barcelona: Gedisa, 1999, p. 96).

²⁴⁸ Ver CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, op. cit., p. 294.

sentido geral.²⁴⁹ Ainda que todas obriguem o Estado à adoção de comportamentos dirigidos à promoção de fins com assento constitucional, apenas nas primeiras essa conduta significa um ato concreto de natureza *legislativa*.²⁵⁰

É importante observar, ainda, que tais mandados de criminalização se resolvem quando da própria promulgação da lei exigida. Feito isto, a autoridade legislativa terá, como regra, exaurido a obrigação constitucional a ela dirigida.²⁵¹ Não se trata, pois, de um fim cuja realização pareça requerer a progressiva adoção de *novos* comportamentos por parte do legislador. Num primeiro momento, impõe-se um dever de legislar que, ao ser cumprido, transforma-se no seu oposto: uma proibição de revogar a lei expedida, sempre que isso significar a *descriminalização* da conduta cuja *criminalização* está determinada pelas normas constitucionais.²⁵²

Pode-se perceber, assim, que as imposições legiferantes são a espécie de vinculação constitucional do legislador que mais se aproxima daquela verificada entre a administração pública (executor) e a lei.²⁵³ Isso porque, como antes referido, a diferença fundamental existente entre tais relações reside no fato de que o legislador, diversamente do administrador, ainda participa criativamente na eleição dos fins do Estado. Sua atuação vai além, como regra, da mera eleição de meios para a promoção de estados de coisas heteronomamente impostos.

No entanto, deve-se admitir com parcimônia uma efetiva convergência entre a atuação legislativa e a administrativa em duas específicas hipóteses: (i) quando a Constituição já determinou expressamente o fim a ser perseguido, cabendo ao legislador apenas a seleção de meios adequados e, com maior razão, (ii) quando a Constituição não apenas já fixou fins a serem realizados, como também já definiu meios para tanto.²⁵⁴ Este parece ser o caso dos mandados expressos de criminalização: fins e meios estão pré-fixados, cabendo ao legislador uma tarefa de exclusiva "concretização" ou mesmo de "execução" da norma superior.

²⁴⁹ O termo "Gesetzgebungsaufträge" foi empregado de forma inaugural por LERCHE, Peter. Das Bundesverfassungsgericht und die Verfassungsdirektiven. Zu den "nicht erfüllten Gesetzgebungsaufträgen". *Archiv des öffentlichen Rechts*, v. 90, pp. 341-372, 1965, p. 341 ss. Já a expressão "Verfassungsaufträge", consoante relata Canotilho, remonta a Hans Peter Ipsen (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, op. cit., p. 293). De fato, ele aparece na famosa conferência proferida por Ipsen na Universidade de Hamburgo, *Über das Grundgesetz*, logo após a promulgação da Lei Fundamental de Bonn (1949), a qual se encontra transcrita, junto a outros ensaios, em obra de mesmo título (ver IPSEN, Hans Peter. *Über das Grundgesetz*. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1988, p. 6).

²⁵⁰ Ver CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, op. cit., p. 294 e 303 ss e SOMMERMANN, Karl-Peter. *Staatsziele und Staatszielbestimmung*, op. cit., pp. 362-363.

²⁵¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, op. cit., p. 303.

²⁵² Conferir DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. *Constituição e escolha de bens jurídicos*, op. cit., p. 177 e FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal*, op. cit., p. 83.

²⁵³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, op. cit., pp. 221-2.

²⁵⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, op. cit., pp. 221-2.

Por conseguinte, seria adequado afirmar que, em relação às imposições legiferantes em geral, a autoridade legislativa atua como uma *executora* do mandado constitucional.²⁵⁵ Não desenvolve, pois, atividade propriamente autônoma nem de fixação de fins, nem de indicação de meios. É nesse preciso contexto que uma "aproximação crítica cuidadosa" entre exercício concretizador legislativo e exercício concretizador administrativo pode estar justificada.²⁵⁶

Todavia, alguns cuidados são necessários, visto que nunca haverá um perfeito paralelismo entre tais posições. Diversamente do que ocorre na esfera administrativa,²⁵⁷ o legislador preservará, mesmo nessa hipótese, uma liberdade criativa residual, em razão das características da Constituição. Por se tratar de um texto mais *sucinto, estável e geral* do que uma lei, cuja modificação ou é proibida (*cláusulas pétreas*) ou tem seu procedimento agravado (*rigidez*), nunca será capaz de se equiparar a ela em detalhamento ou em atualização.

Noutros termos, por mais exaustivo e cerrado que seja um texto constitucional, sua densidade não se aproxima àquela que a lei – ao menos em potencial – é capaz de atingir. Sendo assim, a intensidade da vinculação constitucional que a atividade legislativa pode sofrer é inferior à verificada entre lei e administração pública. Novamente, as imposições constitucionais de criminalização ajudam a ilustrar o afirmado: por mais específicas que sejam (e na Constituição brasileira efetivamente o são), não preenchem todo o espaço decisório necessário para a elaboração de um tipo penal.²⁵⁸ Qual será a redação do tipo? Qual a melhor técnica de tutela a ser utilizada (crime de dano, de perigo concreto, de perigo abstrato)? Quais as espécies e o *quantum* de pena? Haverá formas qualificadas? etc.

Pois bem, superada esta etapa inicial eminentemente *analítica e conceitual*, prossegue-se ao exame de algumas questões materiais. Num primeiro momento, promover-se-á uma reflexão dirigida a indagar qual a ressonância da previsão de mandados constitucionais de incriminação na relação entre Constituição e Direito Penal. Em um segundo momento,

²⁵⁵ Não parece ser mero acaso o fato de que a obediência a um mandado denomina-se, na linguagem jurídica, "execução" (GUASTINI, Riccardo. Norma: una noción controvertida, op. cit., p. 96).

²⁵⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, op. cit., p. 221.

²⁵⁷ Nas palavras de Bandeira de Mello, "[...] a Administração só pode fazer o que lhe é permitido. [...] a relação existente entre a Administração e a lei é não apenas uma relação de não contradição, mas é *também uma relação de subsunção*" (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*, op. cit., p. 13). Ver ainda CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, op. cit., p. 237.

²⁵⁸ É o que reconhecem DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. *Constituição e escolha de bens jurídicos*, op. cit., p. 171. No mesmo sentido, no direito brasileiro, conferir GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 114.

buscar-se-á compreender as razões que normalmente conduzem o Poder Constituinte a incluir tais espécies de dispositivos no texto constitucional.

Não há dúvida de que a positivação de imperativos de tutela penal pela Constituição provoca um giro de 180° na tradicional relação concebida entre ambos. De mero *limite*, as normas constitucionais tornam-se verdadeiro *fundamento* do Direito Penal.²⁵⁹ Nesse preciso contexto, parece encontrar perfeita recepção o pensamento de Bricola, para quem haveria um "rosto" (*volto*) constitucional do delito: a Constituição pré-fixava linhas gerais de um desenho que a lei ordinária deverá finalizar.²⁶⁰

De outro lado, importa compreender o porquê de tamanha antecipação das normas constitucionais, que claramente buscam, ao prever intensas imposições legiferantes, a "domesticação do legislador".²⁶¹ Idêntico problema encontra exata formulação em Dolcini e Marinucci: "por que razões as Constituições antecipam, algumas vezes, valorações *político-criminais*, normalmente remetidas às escolhas discricionárias do legislador ordinário"?²⁶²

Segundo tais penalistas italianos, trata-se tanto de uma modulação do presente pelo passado (legado da experiência histórica), quanto de uma modulação do futuro pelo presente (projetos a serem implementados a partir da nova Ordem Constitucional).²⁶³ Nesse sentido, não é difícil compreender a razão da inserção na Constituição brasileira de 1988 da criminalização da "prática da tortura" (art. 5º, inciso XLII, da Constituição brasileira), bem como da ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, inciso XLIV).²⁶⁴ Tendo a Carta Constitucional inaugurado um período democrático imediatamente posterior a anos de ditadura militar, é natural a sua quase neurótica preocupação de *não repetição*.

²⁵⁹ Ver DONINI, Massimo. Un derecho penal fundado en la carta constitucional: razones y límites, op. cit., p. 24; DONINI, Massimo. L'eredità di Bricola e il costituzionalismo penale come metodo, op. cit., p. 53 e FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal*, op. cit., p. 73 ss.

²⁶⁰ Nas palavras de Bricola, "[...] la Costituzione datta in materia penale a livello de sintesi, i connotati essenziali, ovvero il 'volto' dell'illecito penale nel sistema positivo italiano" (BRICOLA, Franco. *Teoria Generale del Reato*. In: *Novissimo Digesto Italiano*. Vol. XIX. Turim: UTET, 1977). Ver ainda DONINI, Massimo. L'eredità di Bricola e il costituzionalismo penale come metodo, op. cit., p. 53.

²⁶¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, op. cit., p. 330.

²⁶² DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. *Constituição e escolha de bens jurídicos*, op. cit., p. 173.

²⁶³ DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. *Constituição e escolha de bens jurídicos*, op. cit., p. 173.

²⁶⁴ Dolcini e Marinucci elencam uma série de exemplos nesse sentido: a Constituição alemã de 1949 determina a punição de atividades preparatórias de uma guerra de agressão (ressonância da experiência nazista); a Constituição espanhola de 1978 determina a criminalização de excessos estatais na repressão a atividades terroristas (resquícios do período franquista) e, finalmente, a Constituição italiana de 1947, tendo presente os arbítrios da Polícia durante o fascismo, preocupou-se sobremaneira em tutelar penalmente a violação da dignidade e da integridade física de indivíduos por algum motivo sujeitos a restrições de liberdade (prisão, detenção, internação etc.) (ver DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. *Constituição e escolha de bens jurídicos*, op. cit., pp. 173-4).

Entretanto, não apenas para o passado deve olhar uma Constituição. Muito pelo contrário. É justamente por esse motivo que ela, ao lado de tais cláusulas, também prevê outras que visam a indicar bens jurídicos que estão em movimento de ascendente relevância. A promoção desses bens, hoje importante, em curto prazo tornar-se-á absolutamente irrenunciável: trata-se de um projeto (nem sempre coerente, é verdade) de uma "política criminal constitucional".²⁶⁵ No contexto da Constituição brasileira cita-se, ilustrativamente, a norma que determina a criminalização de condutas lesivas ao meio ambiente (art. 225, § 3º).

Resta ainda uma derradeira indagação: por que o legislador constituinte teria se preocupado em *impor* a criminalização, por exemplo, da retenção dolosa do salário do trabalhador (art. 7º. inciso X), mas nada falado sobre crimes de muito mais elevado desvalor, tais como estupro, homicídio, latrocínio etc?²⁶⁶ É simples: sendo a Constituição um texto *historicamente condicionado* (um *entrecruzar de tempo e espaço*), o que no passado *não* foi violado, nem subtutelado, em regra não recebe *reafirmção* expressa.²⁶⁷ Parte-se da premissa de que são evidentes consensos. Conforme bem refere Faria Costa, a "história consolidou valores [...] que em liberdade vale a pena repetir".²⁶⁸ Acredita-se, pois, que o legislador assim fará, independentemente de qualquer imposição constitucional.

2.4.1.2.1 Definição e justificação dos critérios de controle da atuação do legislador

A presente seção vai dedicada ao exame dos critérios de controle tanto da *eleição* de fins quanto da sua *concretização*, pelo legislador penal, no contexto de imposições constitucionais de tutela penal. Nesse delimitado âmbito, parece claro que o legislador teve subtraída, ao menos em parte, sua liberdade de configuração, não lhe cabendo largos juízos críticos acerca da importância dos fins (ou, em linguagem penal, da "dignidade" dos bens jurídicos promovidos e tutelados), bem como da adequação ou mesmo da necessidade do emprego do meio penal para tanto ("necessidade penal").²⁶⁹

²⁶⁵ FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal*, op. cit., p. 74.

²⁶⁶ FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal*, op. cit., pp. 93-4.

²⁶⁷ DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e escolha de bens jurídicos, op. cit., p. 168.

²⁶⁸ FARIA COSTA, José Francisco de. *O perigo em direito penal*, op. cit., p. 317, nota 80.

²⁶⁹ Sobre os conceitos de "dignidade penal" (*Strafwürdigkeit*) e de "necessidade penal" (*Strafbedürfnis* ou *Strafbedürftigkeit*), ver ANTUNES, Maria João da Silva Baila Madeira. A problemática penal e o Tribunal Constitucional, op. cit., p. 102; COSTA ANDRADE, Manuel da. A "dignidade penal" e a "carência de tutela penal" como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime, op. cit., pp. 184-185; DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e escolha de bens jurídicos, op. cit., pp. 185; FARIA COSTA, José Francisco de. *Noções Fundamentais de Direito Penal*, op. cit., p. 182-3 e, por fim, FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal*. Parte Geral, op. cit., pp. 113-26, do mesmo autor, *Temas básicos da doutrina penal*, op. cit., p. 57 ss e ainda O "Direito penal do bem jurídico" como princípio jurídico-constitucional, op. cit., p. 42 ss.

Noutros termos, a ponderação acerca da necessidade de efetuar-se uma intervenção penal foi, de forma prévia, realizada, de tal modo que isso já está constitucionalmente *imposto*. A liberdade de configuração do legislador quanto à imperatividade da medida penal foi-lhe, pois, retirada. Ela, no entanto, remanesce em relação à formulação precisa dessa intervenção (redação do tipo penal, fixação das penas, eleição da técnica de tutela etc.), de tal modo que jamais haverá, mesmo no contexto de mandados expressos de criminalização, uma determinação "completa e acabada" por parte das normas constitucionais.

Pois bem, com quais critérios é possível, afinal, proceder a um controle da constitucionalidade da "execução" dos mandados de criminalização pelo Parlamento? *Em primeiro lugar*, devem-se identificar as normas constitucionais que dirigem ao legislador penal obrigações de criminalizar. *Em segundo lugar*, deve-se verificar se o legislador cumpriu tais imposições, promulgando a lei exigida (o *se* do controle), sob pena de inconstitucionalidade por omissão *total*. *Em terceiro e último lugar*, deve-se indagar o *modo* como ele concretizou tais mandados (o *como* do controle), investigando a eventual ocorrência de inconstitucionalidades quer por omissão *parcial*, quer por ação.

Em relação à primeira tarefa, adverte-se que eventuais polêmicas acerca da identificação das imposições expressas de criminalização pela Constituição brasileira não receberão, no presente estudo, grande atenção, por desbordarem o seu recorte. Ademais, constata-se um razoável consenso sobre quais dispositivos constitucionais preveem tais espécies de normas, razão pela qual não parece haver motivo para longas elucubrações.

Nesse sentido, enumeram-se os artigos constitucionais aos quais corresponderiam mandados de tutela penal.²⁷⁰

(a) art. 5º, inc. XLII: "a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei";

(b) art. 5º, inc. XLIII: "a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem";

(c) art. 5º, inc. XLIV: "constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático";

(d) art. 7º, inc. X: "proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa";

²⁷⁰ Também estes são os arrolados por FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal*, op. cit., pp. 73-81.

(e) art. 225, § 3º: "As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados";

(f) art. 227, § 4º: "A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente".²⁷¹

Até aqui, não há maiores dificuldades. Os problemas, todavia, surgem logo a seguir, tanto em razão do seu descumprimento legislativo (inconstitucionalidade por omissão total), quanto pelo seu cumprimento legislativo imperfeito (inconstitucionalidade por omissão parcial) ou equivocado (inconstitucionalidade por ação).

Em relação ao controle da *plena* omissão legislativa, não há muitos critérios a serem aplicados. A questão resume-se, fundamentalmente, a constatar a inércia, isto é, o não agir do legislador. O ponto primordial para tal exame é, no entanto, anterior: a inércia legislativa somente é constitucionalmente censurável quando havia um prévio *dever de agir* (de legislar). Nesse sentido, deverá o juiz constitucional (i) identificar o dever constitucional de legislar e (ii) verificar a concreta inércia legislativa.

Já na hipótese de o legislador ter promulgado uma lei penal, duas podem ser as situações: (a) ocorrência de inconstitucionalidade por omissão *parcial* ou (b) ocorrência de inconstitucionalidade *por ação*. Para o controle de ambas, devem ser empregados dois grandes grupos de critérios: (i) as regras constitucionais sobre "produção jurídica" (ou regras de segundo grau) e (ii) os "postulados normativos aplicativos" constitucionais de segundo grau.²⁷² Enquanto aquelas são normas que regulam a *criação* de outras normas (de hierarquia inferior), estes são normas que regulam especialmente a *aplicação* de outras normas (também de hierarquia inferior).²⁷³

Percebe-se, pois, que o próprio Direito disciplina sua criação e sua aplicação. No âmbito penal, as regras constitucionais sobre produção jurídica mais importantes, muitas delas

²⁷¹ Talvez este seja o dispositivo mais controvertido, na medida em que não há uma menção "incontestável" ao direito penal. Obriga-se o Estado apenas a *punir* "severamente". Punir severamente é o mesmo que criminalizar? Conquanto não se trate de sinônimos, entende-se possível concluir, sim, em favor de tal equiparação, na medida em que a sanção penal é, sem dúvida, a mais "severa". Também Dolcini e Marinucci observam, em variadas Constituições (italiana, espanhola e brasileira, por exemplo), o emprego do verbo "punir" ou do substantivo "punição" com o sentido de necessário recurso ao Direito Penal (ver DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e escolha de bens jurídicos, op. cit., p. 180).

²⁷² Sobre as normas sobre produção jurídica, ver GUASTINI, Riccardo. Acerca de las normas sobre producción jurídica. In: _____ *Distinguiendo*, op. cit., p. 308 ss; GUASTINI, Riccardo. La invalidez. In: _____ *Distinguiendo*, op. cit., p. 319 ss e, do mesmo autor, *La sintassi del Diritto*, op. cit., p. 109 ss. Sobre os postulados aplicativos normativos, ver nota 158.

²⁷³ GUASTINI, Riccardo. Acerca de las normas sobre producción jurídica. In: _____ *Distinguiendo*, op. cit., p. 308 ss; GUASTINI, Riccardo. La invalidez. In: _____ *Distinguiendo*, op. cit., p. 319 ss e, do mesmo autor, *La sintassi del Diritto*, op. cit., p. 109 ss. Conferir também ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 164.

chamadas, seja por tradição, seja pela adoção de diversa definição, de "princípios", seriam a regra da legalidade (lei escrita, estrita, prévia e certa), a regra da anterioridade, a regra da irretroatividade (salvo em *bonam partem*) e a regra da reserva de lei, todas decorrentes do art. 5º, inc. XXXIX, da Constituição.²⁷⁴ O descumprimento de qualquer dessas regras afeta a *validade constitucional* da norma emanada. Isso porque, como já referido, a *validade* é sempre um problema *relacional*, de modo que uma lei será válida se, e somente se, produzida em conformidade com *todas* as regras constitucionais que disciplinam sua criação.²⁷⁵

No que tange aos postulados, aqueles que apresentam maior relevância para as finalidades deste trabalho são: (i) postulados hermenêuticos (coerência); (ii) postulados aplicativos normativos "inespecíficos" (ponderação, concordância prática, proibição do excesso e proibição de insuficiência) e (iii) postulados aplicativos normativos "específicos" (razoabilidade, igualdade e proporcionalidade).²⁷⁶ A aplicação de tais postulados para o exame do *modo* como o legislador penal concretizou direitos fundamentais, especialmente aqueles *imbricados*, possibilita um eventual reconhecimento da inconstitucionalidade da lei. Inconstitucionalidade, essa, que decorrerá não da violação aos postulados, mas sim de indevida afetação de um dos direitos fundamentais envolvidos.²⁷⁷

Frente ao exposto, é importante salientar que em geral a doutrina penal brasileira sempre se preocupou apenas com o conteúdo normativo e a estrutura das *regras* sobre produção jurídica supramencionadas (chamando-as, no mais das vezes, de *princípios*).²⁷⁸ Em relação aos postulados elencados, vê-se raramente uma obra sobre Direito Penal tratar com a atenção merecida dos seus efeitos em relação ao exercício da liberdade de configuração do

²⁷⁴ Sobre esse ponto, com razão Virgílio Afonso da Silva afirma: "não há como querer [...] que expressões como 'princípio da anterioridade' ou 'princípio da legalidade' sejam abandonadas, pois, quando se trata de palavras de forte carga semântica, [...] qualquer tentativa de uniformidade terminológica está fadada ao fracasso" (SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 798, pP. 23-50, 2002, p. 26). Sobre o uso de tais expressões, ver, exemplificativamente, na doutrina italiana, FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale*, op. cit., p. 47 ss; FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*, op. cit., p. 343 ss e, na doutrina brasileira, BRANDÃO, Cláudio. *Curso de Direito Penal*. Parte Geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 57 ss; REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*. Parte Geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 35 ss e PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Parte Geral. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 58 ss.

²⁷⁵ GUASTINI, Riccardo. *La Sintassi del Diritto*, op. cit., p. 253 e ALEXY, Robert. *Conceito e validade do Direito*, op. cit., p. 104.

²⁷⁶ Postulados hermenêuticos são aqueles necessários à devida compreensão e interpretação do ordenamento. Já postulados aplicativos normativos específicos são aqueles cujos critérios de aplicação estão bem estruturados e definidos, o que inexistente em relação aos "inespecíficos" (ver ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, pp. 165-6 e 184-185).

²⁷⁷ Nesse sentido, ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, p. 176 e FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal*, op. cit., p. 133.

²⁷⁸ Exemplificativamente, BRANDÃO, Cláudio. *Curso de Direito Penal*, op. cit., p. 57 ss; REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*, op. cit., p. 35 ss e PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, op. cit., p. 58 ss.

legislador penal.²⁷⁹ Por tais motivos, o presente trabalho renunciará ao estudo das regras sobre produção jurídica em matéria penal, dirigindo seus esforços à resolução de problemas penais *concretos* mediante a aplicação de tais postulados.

Nesse sentido, eles serão, no momento da sua incidência, devidamente conceituados, de modo a conferir mais clareza e dinamismo ao exame. Salienta-se desde logo que, em relação ao controle da inconstitucionalidade por omissão *parcial*, especialmente pertinentes serão as exigências do postulado da *igualdade*.²⁸⁰ Já frente às eventuais inconstitucionalidades por ação quando do cumprimento do mandado explícito de tutela penal, a aplicação da *proporcionalidade* será muito pertinente em relação à forma e ao conteúdo da incriminação, mas pouco relevante (ainda que não absolutamente insignificante) no tocante à sua adequação e à sua necessidade. Ocorre que, nesse preciso contexto, há uma presunção constitucional tanto da importância da finalidade buscada quanto da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito do emprego da intervenção penal.

2.4.1.2.2 Aplicação "por amostragem" dos critérios a problemas concretos (Exames à luz dos postulados da igualdade e da coerência)

(a) Inconstitucionalidade por omissão total

Inaugura-se esta seção com a seguinte pergunta: quando a omissão legislativa criminalizadora – total ou parcial – é constitucionalmente relevante? Como bem se sabe, a ideia de omissão, em termos ontológicos, é um "nada". Sua natureza é, pois, exclusivamente *normativa*.²⁸¹ Por conseguinte, a inércia do *legislador* somente ganha relevância jurídica – e, portanto, consequências – quando precedida por um dever de agir (ou de *legislar*)

²⁷⁹ Exceções a essa realidade encontram-se, dentre outros, em FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal*, op. cit., p. 129 ss; em SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 47, pp. 60-122, mar./abr. 2004, p. 60 ss e, do mesmo autor, Direitos fundamentais e proporcionalidade: Notas a respeito dos limites e possibilidades de aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos*. Porto Alegre: EdIPUCRS, 2008, p. 207 ss; e, finalmente, em STRECK, Lenio Luiz. Da proibição do excesso à proibição da proteção deficiente: de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, n. 2, pp. 243-84, 2004, p. 243 ss.

²⁸⁰ Em sentido semelhante, ver, sobretudo, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, op. cit., p. 388 e DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e escolha de bens jurídicos, op. cit., pp. 175-8.

²⁸¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, op. cit., p. 332 ss. Assim também em relação à omissão penalmente relevante: D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios*. Contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 186 ss; FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale*, op. cit., p. 587 ss.

constitucionalmente imposto. Este, por sua vez, decorre de uma norma *mandamental*, que, ao exigir um concreto ato legiferante (no caso em estudo, a emissão de uma lei criminalizadora), torna censurável a inércia do legislador.²⁸²

A título de síntese, a omissão legislativa inválida surge da inação do legislador mesmo diante de um dever de atuar constitucionalmente previsto. Ausente tal determinação constitucional, cai por terra também a omissão, pois esta sempre pressupõe aquela. Isso estabelecido, parte-se para o problema seguinte: quais as consequências jurídicas possivelmente atribuíveis, no contexto do constitucionalismo brasileiro, a tal inércia? Noutras palavras, de uma ordem constitucional de legislar é possível derivar um correlato direito fundamental à legislação, isto é, à emanção da lei?²⁸³

A pergunta, deveras tormentosa no Direito em geral, ganha em simplicidade quando em questão o Direito Penal material. Isso porque, ainda que os atores legitimados a tanto se valham do controle concentrado e abstrato para declarar uma omissão inconstitucional, ao Supremo Tribunal Federal caberá, no máximo, a censura "verbal" da mora legislativa, com a eventual fixação de prazo para o Legislativo saná-la.²⁸⁴ Jamais poderá, no entanto, emitir uma norma criminalizadora mediante sentença aditiva.²⁸⁵ Se tal substituição ao Parlamento já é questionável em outros âmbitos, no Direito Penal ela é insustentável, haja vista a *regra* da reserva legal, com expresse assento constitucional (art. 5º, inc. XXXIX).

No contexto das imposições constitucionais de tutela penal, tem-se notícia de que apenas a do art. 5º, inciso XLIV ("constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático") e a do art. 7º, inciso X ("retenção dolosa do salário do trabalhador") não encontraram execução pelo legislador pós-1988. Em relação ao último mandado, também não há lei *anterior* que possa ter sido eventualmente recepcionada. Já quanto ao primeiro, muitos defendem que a Lei

²⁸² Ver CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, op. cit., p. 334.

²⁸³ A questão é lançada por CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, op. cit., p. 339 ss.

²⁸⁴ Nesse sentido, FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal*, op. cit., p. 83 e MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, p. 1238 ss.

²⁸⁵ A expressão "sentenças aditivas" (*sentenze additive*) provém da doutrina italiana. Conforme explica Guastini, trata-se de espécie de decisão em que uma Corte Constitucional não se limita a declarar a ilegitimidade de uma norma, mas modifica diretamente o ordenamento jurídico. Especificamente em relação às sentenças aditivas, ocorre o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma determinada disposição "na parte em que não expressa certa norma (que deveria expressar para ser conforme a Constituição). Tais sentenças são somente o resultado da aplicação do princípio da igualdade" (trad. nossa). Para corrigir tal ilegitimidade, a Corte, muitas vezes, agrega ao ordenamento uma nova norma (daí a ideia de *adição*), estendendo a norma emitida pelo Parlamento àqueles que foram indevidamente excluídos no suporte fático da regra (GUASTINI, Riccardo. *La sintassi del diritto*, op. cit., pp. 212-3).

nº 7.170/83, sobre os chamados "Crimes contra a Segurança Nacional", daria conta de tais deveres dirigidos ao legislador.

Todavia, concorda-se com Feldens, a quem causa desconfiança o fato de uma norma promulgada em *período autoritário* servir, supostamente, "à tutela de um Estado Democrático".²⁸⁶ Em se considerando tal lei *imprestável* a esse fim, pode-se reconhecer, nestas precisas hipóteses, um *déficit* legislativo.²⁸⁷ Importante salientar, contudo, já existirem Projetos de Lei instaurados com a finalidade de concretizar tais mandados constitucionais: (a) art. 5º, inciso XLIV – especialmente o Projeto de Lei n.º 6.674/2002 (Poder Executivo), apensado ao Projeto de Lei n.º 2.462/1991 do Poder Legislativo e (b) art. 7º, inciso X – Projeto de Lei do Senado 3.943/1989 (PLS 179/1989), ao qual estão apensados outros 34 Projetos com idêntica finalidade.

Nesse contexto, caso as questões chegassem ao Supremo Tribunal Federal mediante uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, é possível que não fosse reconhecida qualquer situação ilegítima. Ocorre que tal Corte, em certas ocasiões, afastou a suposta omissão do legislador, em razão de já haver processo legislativo desencadeado com intuito de realização dos comandos constitucionais, independentemente de promulgação de lei.²⁸⁸ O ponto, por certo, é controverso. Inequivoca, de outro lado, é a proibição de derivação, pelo Judiciário, de um tipo penal diretamente da Constituição brasileira, sem qualquer intermediação legislativa. Tratar-se-ia de algo não só altamente temerário, mas notoriamente inconstitucional.

(b) Inconstitucionalidade por omissão parcial

Superada a questão da inconstitucionalidade por omissão decorrente da inércia do legislador frente à criminalização constitucionalmente exigida (*o "se" do controle*), procede-

²⁸⁶ FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal*, op. cit., p. 79.

²⁸⁷ Assim também sustentam FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal*, op. cit., p. 79 e TANGERINO, Davi de Paiva Costa; D'AVILA, Fabio Roberto; CARVALHO, Salo de. O Direito Penal na "luta contra o terrorismo". Delineamentos teóricos a partir da criminalização dos movimentos sociais – o caso do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra. *Revista Penal e Violência*, Porto Alegre, vol. 04, nº 1, pp. 1-21, jan./jun. 2012, p. 08.

²⁸⁸ Ilustrativamente, ver os julgamentos da ADI 2.495, Rel. Ministro Ilmar Galvão, Plenário, DJ de 02.08.2002 e da ADI 3.682-3, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Plenário, DJ de 06.09.2007. Conforme Mendes, Coelho e Branco, o "Supremo Tribunal Federal tem considerado que, desencadeado o processo legislativo, não há que se cogitar de omissão inconstitucional do legislador [...]". Contudo, os próprios autores ressaltam que, em se verificando uma conduta desidiosa das Casas Legislativas, que apenas iniciam o processo, mas não prosseguem na deliberação, seria possível, *sim*, reconhecer uma inconstitucionalidade por omissão (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, p. 1238-39).

se agora ao exame de eventuais inconstitucionalidades decorrentes da *própria* criação legislativa (*o "como" do controle*). Ao menos neste primeiro momento, a análise estará dirigida especificamente às concretizações *imperfeitas* ou *incompletas* do mandado constitucional, aqui nominadas de "omissões parciais". Tais ocorrências podem ser verificadas, em especial, a partir do *postulado da igualdade*.

Com esse intuito, procede-se inicialmente à explicação do conteúdo normativo da igualdade. Trata-se de postulado que proíbe tanto o estabelecimento de tratamento desigual destituído de justificação, quanto a fixação de tratamento idêntico a sujeitos em situação de inequívoca desigualdade. Portanto, se *iguais* devem ser tratados igualmente, em razão justamente dessa paridade, os desiguais devem ser tratados *desigualmente*, na medida exata dessa diferença.²⁸⁹ Tais exigências se impõem não apenas quando da *aplicação* da lei pelo intérprete, mas especialmente no momento da sua *elaboração* ou *criação* pelo legislador (igualdade na lei): requer-se igualdade tanto *frente à lei* quanto *na lei*.²⁹⁰

Estabelecidas as premissas conceituais, deve-se agora apresentar o conteúdo normativo da igualdade de forma *densificada*, a fim de bem aplicá-la aos casos a seguir examinados. Os elementos estruturantes da igualdade seriam 04 (quatro): (i) "relação entre dois ou mais sujeitos"; (ii) a partir de uma "medida de comparação" ou critério de "discrímen"; (iii) atestado por "elementos indicativos"; (iv) com vista à promoção de um "fim" compatível com a Constituição.²⁹¹

Importante perceber que a "medida de comparação" é um dos elementos mais fundamentais. Ora, as pessoas, bens ou coisas são *iguais* ou *diferentes* em função do critério utilizado (ex: idade, peso, renda) para compará-las à luz de um objetivo.²⁹² Alterado o critério ou alterado o fim a que serve o critério, diversa poderá ser a conclusão, pois uma coisa é comparar homens e mulheres em relação ao exercício do voto; outra, frente ao dever de prestar serviço militar.²⁹³

²⁸⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3. ed. 17.^a Reimp. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 11-12. Ver ainda Peces-Barba Martínez, que trabalha tais categorias como igualdade como *equiparação* e igualdade como *diferenciação*, sustentando, *com razão*, que pequenas diferenças de baixo significado devem conduzir à equiparação dos sujeitos, ao passo que relevantes assimetrias, à diferenciação dos sujeitos (PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Lecciones de Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2004, p. 182).

²⁹⁰ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria da Igualdade Tributária*, op. cit., p. 77 e MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, op. cit., p. 09.

²⁹¹ Um exame de cada um dos elementos com riqueza de detalhes encontra-se em ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria da Igualdade Tributária*, op. cit., pp. 45-77 e, do mesmo autor, *Teoria dos Princípios*, op. cit., pp. 192-4. Ver ainda MICHELON, Cláudio Fortunato. *Princípios e coerência na argumentação jurídica*, op. cit., p. 13.

²⁹² Ver ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria da Igualdade Tributária*, op. cit., pp. 44-5 e MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, op. cit., pp. 13 e 23 ss.

²⁹³ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 193.

Ilustrativamente, o Direito Penal costuma valer-se de um critério etário para definir uma das hipóteses de inimizabilidade penal. Neste caso, os *sujeitos objetos da comparação* seriam agentes que cometeram fatos tipificados na Lei Penal como *crime*. Já a *medida de comparação* é a censurabilidade (culpabilidade)²⁹⁴ de cada agente em razão do fato realizado, aferida pela sua idade (*elemento indicativo da comparação*). A partir desse elemento, estabeleceu-se em muitos países que agentes maiores de 18 anos (inclusive) seriam culpáveis, de modo a merecerem censura penal, ao passo que os menores não.

A lei, por conseguinte, atribuiu a cada situação concreta consequências jurídicas *díspares*: enquanto aqueles são punidos *penalmente*, estes sofrem sanções *extrapenais*. No entanto, a verificação do respeito à igualdade não se resume à identificação de tais requisitos. É preciso prosseguir o exame a partir da seguinte questão: o critério eleito para a comparação (grau de censurabilidade) tem "correlação lógica abstrata"²⁹⁵ e "suporte empírico considerável"²⁹⁶ com o elemento material ou indicativo da comparação, no caso, idade inferior ou superior a 18 anos?²⁹⁷

Noutros termos, os menores de 18 anos, segundo juízos de racionalidade e máximas da experiência, costumam ter mais reduzida capacidade de compreensão e de discernimento em relação a seus atos do que os adultos? Se positiva a resposta, parcialmente justificado estaria o tratamento diferente conferido a cada grupo pelo ordenamento jurídico, faltando apenas uma última análise: o objetivo buscado com a desigualdade instituída é plenamente compatível com a Constituição?²⁹⁸ Em caso de nova resposta afirmativa, finalizado estaria o juízo exigido pela igualdade.

²⁹⁴ Exemplificativamente, acolhem a *censurabilidade* do agente pelo fato como expressão do conceito material de culpabilidade os seguintes penalistas: na doutrina portuguesa, FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal*. Parte geral, op. cit., p. 512; FARIA COSTA, José Francisco de. Uma ponte entre o direito penal e a filosofia penal: lugar de encontro sobre o sentido da pena. In: _____. *Linhas de Direito Penal e de Filosofia*. Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 22 ss; TAIPA DE CARVALHO, Américo. *Direito Penal*. Parte Geral. Questões fundamentais. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 489 ss. Na doutrina italiana, ver FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale*, op. cit., p. 320 ss. Já na doutrina brasileira, ver, BRANDÃO, Cláudio. *Curso de Direito Penal*, op. cit., pp. 223-4; REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*, op. cit., p. 189 e TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 5. ed. 12. reimp. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 242 ss.

²⁹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, op. cit., pp. 21 e 37 ss.

²⁹⁶ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria da Igualdade Tributária*, op. cit., p. 52.

²⁹⁷ Para um mesmo critério de diferenciação, vários podem ser os elementos indicativos (ver ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria da Igualdade Tributária*, op. cit., pp. 51 e 54 ss). Em relação à culpabilidade (censurabilidade), não apenas se utiliza o critério etário, como também o critério biopsicológico para aferi-la. Enquanto aquele distingue *maiores* e *menores* de 18 anos (sanções penais *versus* medidas socioeducativas), este distingue, dentre os *maiores*, os imputáveis e os inimputáveis (sanções penais *versus* medida de segurança).

²⁹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, op. cit., pp. 21 e 41 ss e ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria da Igualdade Tributária*, op. cit., p. 66 ss.

Todavia, nem sempre a diferenciação instituída pelo legislador em matéria penal se revelará acertada, bem como nem sempre um tratamento absolutamente idêntico proposto pela lei se mostrará válido. *Há casos e casos*. Se em alguns a diferenciação é proibida, noutros ela é obrigatória, sob pena, em qualquer das hipóteses, de violação ao conteúdo material da igualdade. É com tal assertiva em mente que se passa ao exame da inconstitucionalidade por omissão *parcial* do legislador em matéria penal.

Considerando as imposições constitucionais de legislar (de *criminalizar*) supraelencadas, em número de 06 (seis), não se constata cumprimentos "imperfeitos" ou "incompletos" à luz do postulado da igualdade. Ou tais mandados foram *no todo* executados, ou *em nada* executados (ilustrativamente, a situação do art. 5º, inc. XLIV, antes examinada²⁹⁹). Todavia, para que a presente análise não caia no vazio, se pega de empréstimo situação submetida à Corte Constitucional Italiana nos autos da *Sentenza* 508, de Relatoria do Juiz Constitucional Gustavo Zagrebelsky.³⁰⁰

Tratava-se de artigo do Código Penal italiano (art. 402) que punia o vilipêndio exclusivamente quando realizado contra a "religião do Estado" (no caso, Católica). Sustentou-se que tal diferenciação provocada pelo dispositivo em exame violava tanto a igualdade de crença quanto a liberdade de professar qualquer religião, ambas reconhecidas expressamente no texto constitucional italiano (art. 3º e 8º, respectivamente). Por tais razões, declarou-se a inconstitucionalidade do tipo penal em questão.³⁰¹

Imagine-se, contudo, a seguinte hipótese: e se houvesse um *mandado* de criminalização da *ofensa* insuportável ao exercício de "crenças religiosas" na Constituição italiana? Considere-se, ainda, que o art. 402 teria sido redigido com a intenção de concretizar tal imposição. Tenha, por fim, como premissa, que exigências de ofensividade e de identificação de um bem jurídico com dignidade constitucional estariam cumpridas pela nova lei.

O que se poderia constatar nesse hipotético contexto? Uma inconstitucionalidade por omissão *parcial*, na medida em que o mandado teria recebido execução apenas frente a uma espécie de religião – a católica –, excluindo-se a tutela penal das demais, mesmo diante da

²⁹⁹ Ver sobretudo FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal*, op. cit., p. 79 ss.

³⁰⁰ Corte Constitucional italiana, *Sentenza* 508/2000, *Massime* 25887 e 25894, Rel. Juiz Constitucional Gustavo Zagrebelsky, publicada em 29.11.2000. Disponível em <<http://www.cortecostituzionale.it/actionRicercaMassima.do>>.

³⁰¹ Ver Corte Constitucional italiana, *Sentenza* 508/2000, *Massime* 25887, Rel. Juiz Constitucional Gustavo Zagrebelsky, publicada em 29.11.2000. Disponível em <<http://www.cortecostituzionale.it/actionRicercaMassima.do>>.

generalidade da imposição constitucional. Portanto, pergunta-se: tal diferenciação introduzida pela lei estaria amparada pelo postulado da igualdade? A resposta é, por certo, *negativa*.

Proceda-se à aplicação dos quatro elementos estruturais da igualdade ao caso: (i) os objetos da comparação são religiões; (ii) a medida da comparação é a necessidade ou não de tutela penal; (iii) o elemento indicativo da medida da comparação é a importância da religião e (iv) a pretensão da diferenciação instituída é gerar maior proteção ao livre exercício de religiões (fim), conforme determinado pela própria Constituição.

Como se pode perceber, haveria a violação da igualdade em vários níveis. Em primeiro lugar, a "importância" da religião não pode justificar qualquer discriminação, na medida em que, no atual contexto de pluralismo no Estado Constitucional, não é possível apontar "a" religião constitucionalmente mais relevante. Tem-se, assim, um erro de premissa refletido no "elemento indicativo da medida de comparação". Se efetivamente não há religiões de maior ou menor importância, então a utilização de tal critério para verificar a necessidade ou não de tutela penal certamente conduzirá a conclusões equivocadas.

Sobre esse tema, a preocupação constitucional resume-se à criação de mecanismos que garantam aos cidadãos a liberdade necessária para professar suas crenças, sejam elas quais forem. E justamente nisso residiria a inconstitucionalidade da medida. Noutras palavras, nessa hipotética situação, o desrespeito à igualdade sinalizaria e anteciparia a verdadeira violação, a que ocorre contra o direito fundamental à liberdade de crença.³⁰²

Para a correção de tal problema, duas seriam as possíveis soluções: (i) a ampliação do tipo penal do art. 402, de modo a nele incluir as demais religiões indevidamente ignoradas ou (ii) a declaração da inconstitucionalidade do art. 402 do Código Penal italiano, pela violação à liberdade de crença (*primeiro plano*) e à igualdade (*segundo plano*), com a sua correlata expulsão do ordenamento jurídico pela via do controle abstrato e concentrado.

Consoante já referido, no ordenamento jurídico brasileiro, assim como no italiano, o *aumento* do poder punitivo, especificamente no âmbito de *novas criminalizações*, somente pode ser realizado por *lei*, nunca por "sentenças aditivas",³⁰³ haja vista a *regra da reserva legal*. Logo, a solução "i" estaria na dependência de uma atuação legislativa. A resolução "ii", por sua vez, poderia perfeitamente ser levada a cabo por juízes constitucionais, sendo exatamente esta a decisão tomada pela Corte italiana no caso referido.³⁰⁴

³⁰² Conforme Ávila, "a violação da igualdade implica a violação a algum princípio fundamental" (ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 193).

³⁰³ Sobre a expressão, ver GUASTINI, Riccardo. *La sintassi del diritto*, op. cit., pp. 212-3.

³⁰⁴ O problema da *reserva legal* constou expressamente do acórdão 508/2000, na *Massima* 25894: "In conformita' del principio della riserva di legge stabilita dalla Costituzione in materia di reati e pene (art. 25,

(c) Inconstitucionalidade por ação

É importante perceber que também inconstitucionalidades por ação podem ocorrer quando do cumprimento de uma ordem constitucional de legislar. Como já referido, as normas mandamentais em questão, por mais específicas que sejam, não o são suficientemente. Desse modo, determinadas decisões precisarão ser tomadas pelo legislador quando da concretização da imposição de criminalizar. É justamente nesse momento que certas invalidades podem configurar-se por violação aos mais diversos postulados, como igualdade, proporcionalidade, proibição do excesso, proibição da insuficiência, dentre outros.

(c.1) Postulado da Igualdade

Um primeiro exemplo concreto pode bem ilustrar a questão. A Constituição brasileira, em seu art. 5º, inc. XLIII, assim determinou: "a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem". O problema reside no modo como o legislador executou tal mandado em relação ao *delito de tortura*.

A Lei nº 9.455 de 1997 – Lei da Tortura – veio dar plena vigência ao art. 5º, inc. XLIII, da Constituição, uma vez que, até então, inexistia um delito *autônomo* de tortura, enquadrando-se a sua prática apenas como qualificadora ou agravante genérica.³⁰⁵ A partir da sua leitura, verifica-se que houve uma espécie de "equiparação", *de forma inédita*, da tortura *privada* (realizada por particular e, logo, crime comum) com a tortura *pública* (praticada por autoridade pública e, logo, crime próprio). As condutas típicas descritas nos incisos I e II do art. 1º da referida legislação seriam crimes comuns.³⁰⁶ A condição de funcionário público

secondo comma), secondo l'orientamento già espresso dalla Corte costituzionale, sono escluse nella materia le sentenze di incostituzionalità aventi valenze additive e, sebbene il principio di laicità dello Stato legittimi interventi legislativi a protezione della libertà di religione (secondo quanto già affermato dalla Corte), la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 402 del codice penale s'impone nella forma ablativa". Disponível em <<http://www.cortecostituzionale.it/actionRicercaMassima.do>>.

³⁰⁵ FRANCO, Alberto Silva. Tortura: Breves anotações sobre a Lei nº 9.455/97. *Revista Jurídica de Uniaraxá*, nº 2, vol. 2, pp. 98-123, 1998, p. 98 ss. Disponível em <<http://www.uniaraxa.edu.br/ojs/index.php/juridica/article/view/99/90>> e AZEVEDO, Tupinambá Pinto de. Breves observações sobre a tortura. *Revista da Ajuris*, n. 71, v. 24, pp. 224-257, nov. 1997, p. 230.

³⁰⁶ Lei nº 9.455/97 - Art. 1º Constitui crime de tortura: I - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental: a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa; b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa; c) em razão

configuraria, por sua vez, mera causa de aumento da pena (art. 1º, § 4º, inciso I).³⁰⁷ A todo e qualquer autor de tortura (*privada* ou *pública*) estaria suprimida a possibilidade de concessão de graça ou anistia, bem como a utilização de fiança.

Ademais, a questão da tortura também foi regulada pela Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90), embora ela não tenha sido incluída nesse rol diretamente, apenas por equiparação. Apesar disso, tanto as medidas repressivas quanto o regime de execução penal notoriamente agravado dirigidos aos crimes hediondos foram estendidos ao delito de tortura, como, por exemplo, (i) a obrigatoriedade de cumprimento da pena em regime inicialmente fechado (art. 2º, § 1º);³⁰⁸ (ii) a exigência de maior tempo de cumprimento da pena para progressão de regime (art. 2º, § 2º) e (iii) o prazo superior para manutenção da prisão temporária (art. 2º, § 4º).³⁰⁹

Do exposto, pode-se observar que o legislador, ao uniformizar o tratamento típico conferido às espécies pública e privada de tortura, acabou retirando também dos autores da tortura *privada* uma série de direitos na execução penal, bem como os submeteu a medidas agravadas de persecução penal (prisão temporária prolongada, por exemplo). Nesse contexto, o postulado da igualdade é fundamental para examinar a validade da equiparação empreendida pela lei. Lança-se, assim, a questão: tal *indistinção* violou a exigência de tratamento isonômico?

Para a análise, utilizar-se-ão os critérios estruturais da igualdade já mencionados e explicados.³¹⁰ Quanto ao “objeto da comparação”, trata-se de fatos enquadráveis como práticas do crime de “tortura”. Já a “medida de comparação” é a gravidade do crime, ao passo que seu elemento indicativo é o sujeito ativo do crime (*particular* ou *autoridade pública em*

de discriminação racial ou religiosa; II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo. Pena - reclusão, de dois a oito anos.

³⁰⁷ Lei nº 9.455/97 – Art. 1º, § 4º Aumenta-se a pena de um sexto até um terço: I - se o crime é cometido por agente público; [...].

³⁰⁸ Salienta-se que tal exigência é *flexibilizada* em decisões do Supremo Tribunal Federal. Ilustrativamente: (a) STF, HC 111.840, Relator Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, publicado em 17-12-2013, (b) STF, HC 119.167, Relator Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, publicado em 16-12-2013 e (c) STF, HC 106.153, Relator Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, publicado em 19-12-2011.

³⁰⁹ Está-se a considerar sempre a redação atual de tais artigos (nos termos da Lei nº 11.464/2007), uma vez que houve modificações importantes após reconhecimentos de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal (*Habeas Corpus* 82.959-7, Tribunal Pleno, por maioria, Rel. Ministro Marco Aurélio Mello, DJ 01.09.2006).

³¹⁰ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria da Igualdade Tributária*, op. cit., p. 45-77; do mesmo autor, *Teoria dos Princípios*, op. cit., pp. 192-4 e, ainda, MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, op. cit., p. 21 ss.

razão do ofício). O “objetivo da comparação” é atribuir consequências jurídicas *mais graves* a fatos mais censuráveis (intensidade da ofensa e relevâncias dos bens jurídicos).³¹¹

Pois bem, tem-se que a tortura praticada pelo Estado é muito mais grave que a privada, merecendo tipificação autônoma e sanções penais consideravelmente mais elevadas, pelos motivos que seguem. Em primeiro lugar, há uma posição *estrutural* de *desigualdade de poder*, uma quase necessária *relação de sujeição* entre o Estado e o cidadão torturado (relação vertical), a qual não se verifica da mesma maneira entre particulares (relação eminentemente horizontal).³¹² É profundamente vergonhoso e reprovável que o Estado se valha dessa situação de inferioridade de poder e de fragilidade para torturar *seu* cidadão.

Em segundo lugar, a tortura praticada pelo Estado é muito mais desvaliosa do que a de um particular, na medida em que ao Estado estão dirigidos deveres de proteção dos direitos fundamentais, o que não ocorre (ao menos não da mesma maneira) frente a particulares.³¹³ A realização de tortura pelo Estado significa, pois, a adoção de conduta *diametralmente oposta* à constitucionalmente exigida (violação *versus* tutela de direitos fundamentais).

Em terceiro lugar, a tortura, quando praticada pelo Estado, em regra sofre um processo de “institucionalização”, na medida em que serve a algo alegadamente “público” (manutenção da “ordem”, persecução de crimes graves como “terrorismo” etc.).³¹⁴ Esse discurso é

³¹¹ Este estudo encampa um conceito material de crime como *ofensa a bem jurídico*. Adverte-se, todavia, que se trata de ponto de grande *dissenso* na doutrina, que cada vez mais questiona a possibilidade de sobrevivência da teoria do bem jurídico ante o enfraquecimento do seu potencial crítico ou limitador. Nesse debate, alguns reafirmam ser a tutela subsidiária de bens jurídicos a função do Direito Penal (Roxin, Schünemann, Hassemer e Hefeldehl etc.). Trata-se da concepção deste trabalho. De outro lado, há aqueles que dela discordam frontalmente, atribuindo ao Direito Penal outra função (Jakobs, Stratenwerth, Hirsch e Wohlers etc.). Jakobs, por exemplo, aponta a confirmação de expectativas normativas como a tarefa do Direito Penal. Stratenwerth, por sua vez, sustenta que um tipo penal é criado não para tutelar um bem jurídico, mas porque a conduta é indesejada pela sociedade. Finalmente, Andrew von Hirsch nega que exista a categoria do bem jurídico como algo prévio e limitador da atuação do legislador. Para um aprofundamento da discussão, conferir sobretudo ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal? In: HEFENDEHL, Roland (Ed.) *La teoría del bien jurídico*. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 454 ss e HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. In: _____ (Ed.) *La teoría del bien jurídico*, op. cit., p. 463 ss. Na doutrina brasileira, consultar especialmente LUZ, Yuri Corrêa. *Entre bens jurídicos e deveres normativos*. Um estudo sobre os fundamentos do Direito Penal Contemporâneo. São Paulo: IBCCRIM (Monografia nº 64), 2013, p. 99 ss.

³¹² Sobre a exigência da relação de *sujeição* na configuração da tortura, ver FRANCO, Alberto Silva. Tortura: Breves anotações sobre a Lei nº 9.455/97, op. cit., p. 108. Há, inegavelmente, *desigualdade* também nas relações privadas, daí a defesa de uma eficácia “horizontal” dos direitos fundamentais perante particulares (a *Drittwirkung*) (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*, op. cit., 22 ss e UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 309 ss.

³¹³ Sobre a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, ver CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*, op. cit., p. 56 ss; NOVAES, Jorge Reis. *As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, op. cit., p. 86 ss e SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

³¹⁴ AZEVEDO, Tupinambá Pinto de. Breves observações sobre a tortura, op. cit., p. 230.

extremamente pernicioso e perigoso, justamente por essa lógica de “fins que justificam meios”. Trata-se de uma tortura "utilitária", dirigida à promoção de algum falso bem público como a "segurança".³¹⁵

Finalmente, a tortura pública ofende *mais* qualitativa (*intensidade de ofensa*) e quantitativamente (*grupo de bens jurídicos atingidos*). Não apenas bens jurídicos relacionados à liberdade, à integridade física e à dignidade do torturado são violados quando da sua realização, mas também o próprio dever de as autoridades públicas atuarem de forma honesta, íntegra e conforme os seus deveres públicos é desrespeitado de forma insuportável.

Diante do exposto, pode-se concluir que há diferenças fundamentais entre a tortura pública e a tortura privada, não sendo possível equipará-las, de modo algum, em gravidade, necessidade de censura e intensidade de ofensa frente aos bens jurídicos envolvidos. Por tudo isso, o legislador violou a igualdade (em segundo plano) e a liberdade pessoal (em primeiro plano)³¹⁶ quando equiparou tais espécies de tortura. Estendeu, indevidamente, o grave desvalor constitucional dirigido à tortura pública também à tortura privada. Todavia, o respeito à igualdade, como já antecipado, exige a atribuição de consequências jurídicas *diversas* a situações também diferentes entre si, justamente em razão e na medida dessa diferença.³¹⁷

Como argumento derradeiro, sustenta-se que, à falta de uma definição constitucional da tortura, se deve partir da premissa de que "o constituinte se remeteu ao sentido comum da expressão, isto é, ao prevalente ao lume dos padrões de cultura de uma época".³¹⁸ Ora, não há dúvida de que o sistema constitucional, quando empregou a palavra *tortura*, estava referindo-se àquela praticada por autoridade pública, valendo-se do desnível de poder existente frente ao cidadão subjugado. Inúmeros Tratados Internacionais sobre o tema, todos assinados pelo Brasil à época, foram explícitos em definir tortura como uma espécie de *prática institucional do Estado*.³¹⁹

³¹⁵ Ver AZEVEDO, Tupinambá Pinto de. Breves observações sobre a tortura, op. cit., p. 239 e MIRANDA, Jorge. Os Direitos Fundamentais e o Terrorismo: os fins nunca justificam os meios, nem para um lado, nem para outro. In: FARIA COSTA, José Francisco de; SILVA, Marco Antonio Marques da (Org.). *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais. Visão Luso-Brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 184.

³¹⁶ Recordar-se que a violação ao postulado da igualdade, em *segundo plano*, indica a violação de algum direito fundamental (dignidade, liberdade etc), em *primeiro plano* (ver ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 193).

³¹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, op. cit., pp. 11-12.

³¹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 686.

³¹⁹ FRANCO, Alberto Silva. Tortura: Breves anotações sobre a Lei nº 9.455/97, op. cit., p. 103 ss.

Ilustrativamente, a Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984 (ONU), ratificada pelo Brasil em 1989, fala em "dores ou sofrimentos [...] infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas" (art. 1º). Por sua vez, a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, de 1985 (OEA), ratificada pelo Brasil em 1989, afirma, em seu art. 3º, que os sujeitos ativos da tortura seriam (i) "empregados ou funcionários públicos que, atuando nesse caráter, ordenem sua execução ou instiguem ou induzam a ela, cometam-no diretamente ou, podendo impedi-lo, não o façam" ou (ii) "as pessoas que, por instigação dos funcionários ou empregados públicos a que se refere a alínea *a*, ordenem sua execução, instiguem ou induzam a ela, cometam-no diretamente ou nele sejam cúmplices".

Considerando o exposto, pode-se sustentar que o legislador, por causa do mandado constitucional, deveria subtrair dos autores "públicos" de tortura a possibilidade de concessão de graça ou anistia na execução penal, bem como a utilização da fiança. É claro que a tortura privada, como conduta grave que *também* é (embora em menor intensidade), merece e necessita tutela penal, mas jamais em idêntico patamar ao da tortura pública.³²⁰ Por tal razão, sustenta-se a inconstitucionalidade da equiparação das consequências jurídicas (sobretudo dos direitos na execução penal) atribuídas à tortura pública àquelas dirigidas à privada.

O legislador deveria, pois, proceder a uma reforma legislativa, tornando crime próprio a tortura "constitucionalmente censurada", a partir da exigência, para sua configuração, da qualidade de autoridade pública. Consequentemente, haveria a expulsão da tortura privada do microsistema dos delitos hediondos (que pouco tem de *sistema*), no qual jamais deveria ter ingressado. Caso o legislador assim não faça e na hipótese de a questão ser levada ao Supremo Tribunal Federal, dever-se-ia conferir interpretação conforme aos dispositivos que retiram direitos da execução penal dos autores de tortura, bem como que agravam as medidas persecutórias (prisão temporária), tornando inconstitucional a sua incidência frente à tortura privada.

Também o *quantum* abstrato (intervalo de pena) deveria sofrer alteração, *a menor*, uma vez que hoje é idêntico ao da tortura pública. Todavia, tal modificação não poderia ser realizada diretamente pela Corte Constitucional, com a introdução de limites mínimos e máximos não previstos no sistema penal, dada a sua natureza *aditiva*, o que violaria a regra da reserva de lei em matéria penal, expressamente reconhecida pela Constituição brasileira (art.

³²⁰ No mesmo sentido, FRANCO, Alberto Silva. Tortura: Breves anotações sobre a Lei nº 9.455/97, op. cit., p. 103 ss; AZEVEDO, Tupinambá Pinto de. Breves observações sobre a tortura, op. cit., p. 251 ss e FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal*, op. cit., p. 77.

5º, inc. XXXIX). Nessa hipótese, tem-se que a decisão mais acertada – embora complicada em seus efeitos – seria a declaração de inconstitucionalidade do preceito secundário do delito de tortura privada, obrigando o legislador a prever novos limites de sanção especificamente a essa subespécie de tortura.

Nesse interregno, sob pena de haver *crime sem sanção*, ou *preceito primário sem preceito secundário*, o Tribunal, conquanto proibido de "criar" *novos limites de sanção*, poderia determinar a incidência temporária do intervalo de penas pertencente a outro delito. Não um "qualquer" outro delito, é claro, mas somente aquele com o qual a tortura privada *mais guardasse similitude quanto à conduta realizada e aos bens jurídicos ofendidos*.³²¹ Uma opção *subsidiária* seria, ainda, desconstituir a tortura privada enquanto crime autônomo, reduzindo-o à já antiga condição de *qualificadora* de certos crimes ou *agravante genérica* prevista no Código Penal ("meio cruel").³²² Finalmente, é importante pontuar que tais conformações não deverão atingir sanções *já extintas*, sob pena de eventualmente se gerar situação *mais* inconstitucional.³²³

(c.2) Postulado da Coerência

Feita esta longa digressão, passa-se ao exame de um segundo exemplo concreto, à luz, novamente, do art. 5º, inc. XLIII, da Constituição brasileira: "a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem". Neste momento, o problema em análise diz respeito aos "crimes hediondos", os quais, por expressa delegação constitucional, deveriam ser "definidos" pelo legislador ordinário.

Dando cumprimento ao mandado supracitado, promulgou-se, já em 1990, a controversa Lei nº 8.072. Ela, em seu artigo 1º, apresentava o extenso rol dos delitos hediondos. Após sucessivas reformas, eis o seu atual panorama:

³²¹ Como bem refere Feldens, "considerando que o déficit penal não é suscetível de reparo pelo juiz, o único meio de reestabelecer a congruência é aquele que leve ao afastamento, do cenário jurídico, do preceito secundário mais gravoso. [...] A ressonância da decisão, nos ambientes social e jurídico, deve levar o legislador a proceder ao ajuste necessário" (FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal*, op. cit., p. 163).

³²² Sobre os inúmeros conflitos de normas existentes após a edição da Lei nº 9.455/97 e suas possíveis resoluções, ver AZEVEDO, Tupinambá Pinto de. Breves observações sobre a tortura, op. cit., p. 249 ss.

³²³ A modulação de efeitos justifica-se quando a manutenção dos efeitos gerar situação *mais constitucional* do que aquela que a não manutenção provocaria (ver ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria da Segurança Jurídica*, op. cit., p. 529 ss e, do mesmo autor, *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 171).

Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, consumados ou tentados:

I – homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV, V, VI e VII);

I-A – lesão corporal dolosa de natureza gravíssima (art. 129, § 2º) e lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º), quando praticadas contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição;

II – latrocínio (art. 157, § 3º, *in fine*);

III – extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º);

IV – extorsão mediante sequestro e na forma qualificada (art. 159, *caput*, e §§ 1º, 2º e 3º);

V – estupro (art. 213, *caput* e §§ 1º e 2º);

VI – estupro de vulnerável (art. 217-A, *caput* e §§ 1º, 2º, 3º e 4º);

VII – epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º);

VII-A – (VETADO)

VII-B – falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, *caput* e § 1º, § 1º-A e § 1º-B, com a redação dada pela Lei no 9.677, de 2 de julho de 1998);

VIII – favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável (art. 218-B, *caput*, e §§ 1º e 2º).

Parágrafo único. Considera-se também hediondo o crime de genocídio previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei no 2.889, de 1º de outubro de 1956, tentado ou consumado.

Ademais, tramita com notória velocidade ("regime de urgência") no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 5.900/2013,³²⁴ que propõe um severo aumento do rol dos delitos hediondos. Com sua aprovação, haveria o ingresso, no mencionado grupo, de uma série de "crimes contra a administração pública", a saber: *peculato, concussão, excesso de exação, corrupção passiva e corrupção ativa*. Também o preceito secundário de tais delitos sofreria importante alteração *a maior*, de modo a supostamente guardar harmonia com as elevadas sanções aplicadas aos demais crimes hediondos.

Dito isso, pergunta-se: o legislador, ao concretizar a referida imposição de criminalizar, manteve com ela relação de coerência? Noutros termos, o conteúdo da norma inferior (art. 1º da Lei 8.072/90) corresponde ao conteúdo da norma superior (art. 5º, inc.

³²⁴ Tal projeto tem origem no Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 204/2011, de autoria do Senador Pedro Taques-PDT/MT. Sua tramitação pode ser verificada em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=583945>>. Importante referir a incorporação do mencionado projeto no art. 54 do Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 236/2012 ("Novo Código Penal"), o qual apresenta, após emendas, a seguinte redação: "São considerados hediondos os seguintes crimes, consumados ou tentados: I – homicídio e suas formas qualificadas; II – latrocínio; III – extorsão qualificada pela morte; IV – extorsão mediante sequestro; V – estupro e manipulação ou introdução sexual de objetos; VII – epidemia com resultado morte; VIII – falsificação de medicamentos e produtos afins, com resultado morte ou lesão corporal de terceiro grau; IX – redução à condição análoga à de escravo; X – tortura; XI – terrorismo; XII – tráfico de drogas; XIII – financiamento ao tráfico de drogas; XIV – racismo; XV – tráfico de seres humanos, de órgão, tecido ou parte do corpo; XVI – corrupção ativa e passiva, peculato e excesso de exação; XVII – contra a humanidade. Parágrafo único. Os crimes hediondos são insuscetíveis de fiança, anistia e graça".

XLIII, da Constituição de 1988)? Ou ainda: o conteúdo da norma superior exterioriza-se no conteúdo da norma inferior?³²⁵ Será que o legislador, como determinava a Constituição, efetivamente "definiu" o sentido da expressão "crimes hediondos", ou apenas apontou os delitos que seriam, supostamente, hediondos? Em síntese: a autoridade legislativa cumpriu, de forma adequada, tal mandado? Sustenta-se que não, pelas razões que seguem.

Em primeiro lugar, emerge um problema conceitual. Embora a Constituição tenha determinado ao legislador que *definis*se os crimes hediondos, ele somente *criou uma lista* de crimes hediondos.³²⁶ Nesse contexto, tem-se, no máximo, uma definição circular e autorreferencial, sendo crimes hediondos *aqueles que integram a lista dos crimes hediondos*. Crimes hediondos são aqueles, portanto, que o legislador diz que o são. Simples assim. Ao que parece, tudo não passaria de um ato de vontade, que, como tal, dispensa motivação.

A ausência de uma definição formal e material do conceito de hediondez penal conduz, paralelamente, ao enfraquecimento do controle da atuação legislativa. Nesse sentido, o conceito funcionaria como um divisor de águas, mostrando o que necessariamente está dentro (zona de certeza positiva) e o que necessariamente está fora (zona de certeza negativa), ainda que sempre restasse uma zona de *incerteza* e, portanto, de maior liberdade do legislador.³²⁷ A inexistência de tal definição potencializa, no entanto, a irresponsabilidade legislativa: *onde faltam parâmetros, sobram arbitrariedades*.³²⁸

Tal constatação, em abstrato, é reforçada pela verificação em concreto de severas incompatibilidades no microsistema dos *crimes hediondos*. Nesse contexto, é importante a utilização do *postulado da coerência*. Com base nele, deve o intérprete relacionar as normas de um dado ordenamento jurídico, buscando torná-las harmônicas entre si a partir da indicação de princípios superiores comuns ou compartilhados.³²⁹ Um didático exemplo de *incoerência* normativa é apresentado por MacCormick, ao apontar que uma regra que proíbe carros amarelos de trafegar com velocidade superior a 20 km/h não apresenta antinomias

³²⁵ Tais questões são fundamentais para o exame da *coerência*, conforme sustenta Humberto Ávila (*Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 171).

³²⁶ Também contrário a tal conduta do legislador é Alberto Silva Franco (FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 95 ss). Favoravelmente, ver TORON, Alberto Zacharias. *Crimes Hediondos*. O mito da repressão penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 98.

³²⁷ Ver MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle judicial*, op. cit., p. 29.

³²⁸ Nesse tocante, muito lúcidas são as palavras de Alberto Silva Franco: a Constituição exigiu do legislador "uma definição, ou seja, uma declaração da essência-significado dos *crimes hediondos*, e ele respondeu com uma seleção arbitrária, uma rotulação sem método ou critério" (FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*, op. cit., p. 97).

³²⁹ Ver MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*, op. cit., p. 106 e 152; MICHELON, Cláudio Fortunato. Princípios e coerência na argumentação jurídica, op. cit., p. 07; GUASTINI, Riccardo. *La Sintassi del Diritto*, op. cit., p. 232 e, do mesmo autor, *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, op. cit., p. 25.

(contradição) diretas com outra regra que permite carros verdes e vermelhos a trafegarem com velocidade superior a 20 km/h.³³⁰ No entanto, quando conjugadas, *não fazem sentido algum*.

Portanto, mais que a mera não contradição (que gera a "consistência"), normas referentes ao mesmo problema jurídico devem comungar princípios, de modo a guardarem mútua implicação e referência ("coerência").³³¹ Todavia, não é isso o que se verifica em relação aos crimes constantes no rol dos hediondos (art. 1º da Lei nº 8.072/90), os quais, embora não contraditórios, são *incoerentes*. E atenção: caso seja aprovada a inserção de certos crimes contra a Administração Pública em tal lista (Projeto de Lei nº 5.900/2013, posteriormente incorporado no art. 54 do Projeto de Lei do Senado nº 236/2012 – “Novo Código Penal”³³²), o que é bastante provável, a incoerência tornar-se-á *superlativa*.

Vejamos: o constituinte não definiu critérios para qualificar crimes como hediondos, é bem verdade. Contudo, pode-se buscar o que a palavra utilizada na redação do dispositivo constitucional efetivamente significava à luz dos limites semânticos do contexto da sua aprovação (*interpretação genético-semântica*), isto é, das convenções linguísticas prevalecentes na época.³³³ "Hediondo", conforme diversos dicionários de Língua Portuguesa, tem o sentido de "repugnante", "horrorosamente feio", "nojento" ou de algo que "provoca repulsa".³³⁴ Assim, embora a Constituição não tenha definido o conceito em si, o emprego da palavra "hediondo" – em detrimento de tantas outras possíveis – já restringe a liberdade do legislador. Um crime, para ser hediondo, precisa guardar forte correspondência com o sentido de tais adjetivações.

Portanto, cada um dos delitos inseridos no rol do art. 1º da Lei 8.072/90, antes de qualquer exame de coerência, deveria ser submetido a esse questionamento: o fato abstratamente descrito no tipo penal é passível de ser, em concreto, *repugnante*, *nojento*, *horrorosamente feio*? Controvérsias poderão surgir em relação a vários dos delitos ali

³³⁰ MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*, op. cit., p. 106.

³³¹ MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*, op. cit., p. 106; MICHELON, Cláudio Fortunato. Princípios e coerência na argumentação jurídica, op. cit., p. 07; GUASTINI, Riccardo. *La Sintassi del Diritto*, op. cit., p. 233 e, do mesmo autor, *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, op. cit., pp. 26-7. Ávila, por sua vez, fala em coerência em sentido formal (não contradição ou consistência) (ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., pp. 169-170).

³³² Interessante, no ponto, conferir manifestação crítica do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, por meio de sua Comissão de Código Penal, em relatório de análise do Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 236/12 endereçado ao Senado Federal. O documento, na íntegra, está disponível em <http://www.ibccrim.org.br/docs/codigo_penal.pdf>

³³³ RAZ, Joseph. *Between Authority and Interpretation*, op. cit., p. 288. Ver ainda GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e Argomentare*, op. cit., p. 100.

³³⁴ Consultaram-se os seguintes dicionários on-line: Dicionário Aurélio (<http://www.dicionarioaurelio.com/Hediondo>) e Dicionário Michaelis (<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=hediondo>).

constantes. Todavia, parece claro que um, em especial, gerará maiores problemas: o art. 1º, inc. VII-B – falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais. Por mais grave que sejam os fatos descritos, é bastante questionável a sua *hediondez*.³³⁵ Mais complicada ainda é a situação em relação a delitos contra a Administração Pública. Na hipótese da aprovação do Projeto de Lei supramencionado, dificilmente seria possível conferir tal condição *substancial* a esses crimes.

As conclusões deste breve exame, feito *crime a crime*, reforçam-se quando *conjugadas*. Uma coisa é discutir a qualidade de hediondo do crime de corrupção de forma isolada; outra, discuti-la com a ciência de que crimes como *genocídio* já integram tal grupo. Ora, genocídio e corrupção podem ser, ao mesmo tempo, hediondos? E latrocínio e falsificação de medicamentos? E estupro e excesso de exação (espécie de cobrança dolosa de tributos indevidos)? Há sentido e coerência na atribuição de tratamento uniforme a fatos tão díspares? Entende-se que não.

Por conseguinte, para que haja coerência, é necessário: (i) encontrar princípios superiores compartilhados;³³⁶ (ii) identificar relações de mútua implicação entre os crimes³³⁷ e (iii) constatar elementos comuns.³³⁸ Em relação ao critério "i", apesar do grande dissenso doutrinário que ronda o tema, este estudo sustenta que os princípios comuns para avaliação da gravidade de um crime devem ser (a) relevância do bem jurídico e (b) intensidade da ofensa.³³⁹

Partindo da premissa de que a *pessoa humana* e sua *dignidade* são valores estruturantes do sistema normativo constitucional brasileiro,³⁴⁰ hediondos podem ser somente aqueles delitos cujos bens jurídicos se revelem concretizações *diretas* dos referidos valores. À luz de tal afirmação, pode-se novamente concluir que crimes de falsificação, adulteração, corrupção e alteração de medicamentos, bem como crimes contra a Administração Pública devem ser *expulsos* (ou jamais ingressar) do microssistema da Lei nº 8.072/90.

³³⁵ Sobre o contexto da inclusão de tais tipos penais no rol do art. 1º da Lei nº 8.072/90, ver D'AVILA, Fabio Roberto; SCALCON, Raquel Lima. Corruption of Drugs and the Responsibilization of Management for Omission in the Pharmaceutical Sector. Challenges in light of the Brazilian reality. *The Sixth Session of the International Forum on Crime and Criminal Law in the Global Era. Paper Collection*, Pequim, p. 01-12, out. 2014, p. 2 ss.

³³⁶ Ver MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*, op. cit., pp. 106 e 152; GUASTINI, Riccardo. *La Sintassi del Diritto*, op. cit., p. 232 e, do mesmo autor, *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, op. cit., p. 25.

³³⁷ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 170.

³³⁸ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 170.

³³⁹ Mais detalhes sobre a discussão acerca da teoria do bem jurídico, ver notas 128 e 311.

³⁴⁰ Nesse sentido, FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e Direito penal*, op. cit., p. 78. Ávila coloca a dignidade humana como fundamento inclusive do princípio da segurança jurídica (ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria da Segurança Jurídica*, op. cit., p. 239 ss).

Quanto aos critérios "ii" e "iii", verificam-se claramente elementos comuns entre vários dos delitos constantes do art. 1º da Lei dos Crimes Hediondos: (a) muitos são reconduzíveis à tutela de bens jurídicos intimamente ligados à pessoa humana (vida, liberdade individual ou sexual e integridade física);³⁴¹ (b) alguns pressupõem, para sua consumação, a ocorrência de *morte* da(s) vítima(s);³⁴² (c) quase todos integram o que se convencionou chamar de "núcleo essencial" do Direito Penal.³⁴³ Ademais, são delitos que, mesmo antes do advento da Lei 8.072/90, apresentavam os mais elevados intervalos de pena dentro do sistema jurídico, a indicar que tanto sua gravidade quanto sua necessária censura já eram reconhecidas pelo ordenamento jurídico.

Tais características, todavia, não são verificadas no delito do art. 1º, inc. VII-B (falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de medicamentos). Logo, por exigências do *postulado da coerência*, deveria ele ser excluído do rol dos crimes hediondos. A *inconstitucionalidade* da sua inserção decorre da violação à coerência, haja vista se tratar de delito cujas características são completamente destoantes das dos demais. A pretensa inclusão de crimes contra a Administração Pública na lista dos hediondos merece, de igual forma, repulsão já à partida, pois também eles não guardam qualquer coesão axiológica com aqueles presentes no rol do art. 1º da Lei 8.072/90.

Se assim agir, estará o legislador a exceder sua margem de configuração. Por razões de coerência, tanto no momento da criação da Lei 8.072/90, quanto no da sua alteração, ele está obrigado a verificar, em tais delitos, elevados patamares de intensidade da ofensa e de relevância do bem jurídico tutelado. Somente assim será sempre respeitado o nível de gravidade exigido para a atribuição do adjetivo *hediondo*.³⁴⁴ Logo, apenas crimes muito severos, que atentem de forma intolerável contra bens jurídicos que concretizam valores da pessoa humana e sua dignidade, poderão ser assim qualificados.³⁴⁵

Um último comentário diz respeito à inclusão, pela Lei 13.142/2015, do inciso I-A no artigo 1º da Lei dos Crimes Hediondos. Tal dispositivo, embora não viole de plano a

³⁴¹ São eles: genocídio, homicídio (qualificado ou enquanto ato de extermínio), lesão corporal gravíssima ou seguida de morte, latrocínio, epidemia com resultado morte, estupro, estupro de vulnerável, favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável, extorsão mediante sequestro e extorsão qualificada pela morte.

³⁴² São eles: genocídio, homicídio (qualificado ou enquanto ato de extermínio), lesão corporal seguida de morte, latrocínio, epidemia com resultado morte e extorsão qualificada pela morte.

³⁴³ Por núcleo essencial do Direito Penal ou "Direito Penal Clássico ou de Justiça" entende-se o conjunto de criminalização de ofensas dirigidas a "direitos, liberdades e garantias das pessoas", buscando-se a tutela de uma dimensão eminentemente pessoal e individual do homem (ver FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Temas básicos da doutrina penal*, op. cit., p. 48-9).

³⁴⁴ No mesmo sentido, FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e Direito penal*, op. cit., p. 78.

³⁴⁵ FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e Direito penal*, op. cit., p. 78.

coerência, parece atentar contra o postulado da *igualdade*. Ocorre que não se verificam razões a justificar um tratamento tão desigual dispensado às vítimas do delito em questão. Logo, ou a hediondez é estendida, deixando-se de estar limitada a delitos cometidos em relação a um conjunto tão específico de pessoas, ou o inciso deve ser revogado. Face à controversa hediondez do crime em questão, bem como ao progressivo inchamento do rol do artigo 1º, a última hipótese é a que se apresenta como solução mais ponderada.

Por fim, é importante salientar que esforços de harmonização devem ser exigidos não apenas do intérprete na *aplicação do Direito*, mas especialmente do legislador na *criação do Direito*. A elaboração, pelo aplicador, de um ordenamento jurídico com normas conjuntamente coerentes pressupõe a promulgação, pelo legislador, de textos normativos passíveis de harmonização entre si.³⁴⁶ Sobre o *absurdo* nunca será possível construir racionalidades.

A própria autoridade de uma legislação incoerente é passível de discussão. Nesse contexto, a análise de Michelin é lúcida e precisa:³⁴⁷

"se [...] pensamos em argumentos substanciais de justificação da autoridade política, devemos concluir que a autoridade política que cria um direito incoerente dificilmente poderia ser considerada como uma autoridade legítima do ponto de vista moral. [...] Se a autoridade é justificada pela maior probabilidade que eu tenho de fazer a coisa certa seguindo as suas diretivas (do que seguindo minha opinião), o fato de que a autoridade edita diretivas incoerentes seria uma boa razão para concluir que a probabilidade de eu fazer a coisa certa [...] não é provavelmente muito alta".

Sem dúvida, há traços utópicos na concreta figura – hoje rara – do “legislador-coerente”. É alarmante perceber ser ideia corrente a de que, na metáfora de Mia Couto, "a coerência não lhe vai alimentar no futuro".³⁴⁸ Não por acaso, motivações eleitoreiras e oportunistas, destituídas de preocupação com direitos fundamentais, por vezes estão na origem de inúmeros atos do Parlamento. Tal constatação, em lugar de enfraquecer, reforça a indispensabilidade da exigência de coerência legislativa, sob pena, inclusive, de inconstitucionalidade.

2.4.2 Controle *fraco* (presença de liberdade de configuração quanto à decisão criminalizadora)

³⁴⁶ Nesse sentido, ver DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La Racionalidad de las leyes penales*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 78 e ATIENZA, Manuel. *Contribución a una teoría de la legislación*. Madrid: Civitas, 1997, p. 95 ss.

³⁴⁷ MICHELON, Cláudio Fortunato. Princípios e coerência na argumentação jurídica, op. cit., pp. 29-30.

³⁴⁸ COUTO, Mia. *Terra Sonâmbula*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 169.

As espécies de relações entre Constituição e legislador penal antes estudadas se referiam a situações nas quais a decisão acerca da atribuição de tutela penal à determinada conduta já estava constitucionalmente tomada. A criminalização era (i) proibida ou (ii) exigida. Frente a uma Constituição que predeterminava a conduta do legislador, não havia oportunidade de “autogoverno”. Muito já se lhe impunha heteronomamente.

O que se irá agora examinar destoa muito das situações anteriores. Trata-se de espaços de decisão constitucionalmente delegados ao legislador. Sua atuação será, pois, eminentemente *criativa*, não se resumindo a “obedecer” proibições ou a “executar” mandados constitucionais.³⁴⁹ Uma advertência, no entanto, é necessária: quanto maior o espaço de liberdade de conformação do legislador, tanto maior o risco de irracionalidade. Não é por outro motivo que âmbitos nos quais a margem de atuação do legislador é ampla exigem cuidados redobrados, a partir da indicação de critérios seguros e precisos para o seu adequado controle.

O processo legislativo de tomada de decisão *a favor* da criminalização de condutas deve ser controlado em *três* momentos: (i) quando da *eleição* dos fins a serem promovidos (fomentar a tutela de bens jurídicos?);³⁵⁰ (ii) quando da *seleção* do meio utilizado para tanto (por que o meio penal e não outro?);³⁵¹ e (iii) quando da *concretização* ou *tradução* dessas intencionalidades em textos legais.

Em contextos de *proibições* de recurso à tutela penal, tais perguntas não têm razão de ser, pois ao legislador cabe apenas um *não agir*. Já no âmbito de *mandados* de criminalização, tanto os fins quanto os meios já estão, por imposição constitucional, pré-determinados. Assim, exames de proporcionalidade, utilizados para questionar a adequação e a necessidade do recurso à pena, pouco têm a contribuir. Nesse preciso ponto, há uma presunção constitucional de que a tutela penal é o meio adequado e necessário pra promover o fim em questão.

³⁴⁹ Ver CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, op. cit., p. 218.

³⁵⁰ Trata-se de exame que muito se aproxima do que se convencionou chamar “dignidade penal” (*Strafwürdigkeit*). Para maiores precisões conceituais, ver COSTA ANDRADE, Manuel da. A “dignidade penal” e a “carência de tutela penal” como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime, op. cit., p. 184; FARIA COSTA, José Francisco de. *Noções Fundamentais de Direito Penal*, op. cit., pp. 182-3 e DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e escolha de bens jurídicos, op. cit., p. 185.

³⁵¹ Trata-se de exame que em muito se aproxima do que se convencionou chamar “necessidade penal” (*Strafbedürfnis* ou *Strafbedürftigkeit*). Para maiores precisões conceituais, ver COSTA ANDRADE, Manuel da. A “dignidade penal” e a “carência de tutela penal” como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime, op. cit., 185; FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal*. Parte Geral, op. cit., pp. 113-26 e, do mesmo autor, FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Temas básicos da doutrina penal*, op. cit., p. 57 ss; FARIA COSTA, José Francisco de. *Noções Fundamentais de Direito Penal*, op. cit., pp. 182-3 e DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e escolha de bens jurídicos, op. cit., p. 185.

Problemas podem surgir, contudo, no momento da tradução do conteúdo normativo da determinação da Constituição em tipos penais. Tanto é assim que anteriormente se examinou, de forma exemplificativa, violações à igualdade e à coerência em relação a leis que concretizaram imposições constitucionais de criminalizar (questão da tortura e do rol dos delitos hediondos). Tais situações reforçam, portanto, o que já se advertiu: nos âmbitos dos mandados de criminalização, a Constituição pré-determina apenas a *adequação* e a *necessidade* da intervenção penal, mas não antecipa, em minúcias, nem qual deve ser a sua exata *forma*, nem qual deve ser o seu preciso *conteúdo*.

Já nesta seção, no entanto, as perguntas antes formuladas serão verdadeiramente essenciais, servindo de norte ao exame a ser empreendido. Por razões analíticas, realiza-se uma divisão entre (a) criminalizações nas quais os bens jurídicos tutelados são manifestações concretas de fins constitucionalmente previstos e (b) criminalizações nas quais os bens jurídicos tutelados não encontram fundamento *expresso* ou *positivado* no texto constitucional. A distinção, portanto, ocorre em relação ao primeiro momento (“eleição de fins”) e justifica-se na medida em que, frente a situações *desuniformes*, também diversos devem ser os critérios de controle.

2.4.2.1 Fins constitucionalmente previstos (fins *expressos*)

Quando do exame da validade da criminalização em âmbitos de *liberdade* de configuração do legislador, a primeira pergunta a ser feita é: a tutela pretendida é manifestação concreta de fins constitucionalmente previstos e reconhecidos? Nesse sentido, deverá o interprete procurar, no sistema constitucional, norma expressa que ampare o objetivo para o qual a proteção penal foi empregada.

Em caso positivo, o problema da legitimidade do bem jurídico selecionado, no sentido de possuir suficiente relevância a justificar o recurso ao Direito Penal, está solvido. Conforme bem esclarecem Dolcini e Marinucci, “o relevo constitucional de um bem jurídico é índice seguro da sua importância [...]”.³⁵² Noutros termos, quanto mais inequívoco for o reconhecimento constitucional do objeto da tutela penal, mais difícil será acusar-lhe de ilegítima.³⁵³

³⁵² DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e escolha de bens jurídicos, op. cit., p. 191.

³⁵³ FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal*, op. cit., p. 72 e FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penal*. Parte generale, op. cit., p. 32.

É, pois, indubitável o valor fundamental daquilo que a Constituição expressamente positiva.³⁵⁴ Dúvidas surgem, todavia, quando do exame da *indispensabilidade* do recurso ao Direito Penal para sua eficaz promoção. É preciso ter cuidado para não tomar o meramente necessário por suficiente. O reconhecimento da sobressaliente importância da proteção de um dado bem jurídico é apenas condição necessária, mas não suficiente, para que a tutela penal seja, do ponto de vista constitucional, realmente legítima.³⁵⁵ Deve-se ainda questionar a existência de outros meios menos gravosos e igualmente eficazes a tanto, os quais, caso existentes, têm preferência.

2.4.2.1.1 Definição e justificação dos critérios de controle da atuação do legislador

A continuação do exame tem como premissa a presença de um bem jurídico com dignidade constitucional, isto é, suficientemente importante para se cogitar o recurso à pena criminal como forma de promover a sua tutela. Isto estabelecido, imagine-se que o legislador criou um tipo penal com a intenção de conferir eficaz proteção a tal objeto. A quais valorações deverá tal inovação legislativa ser submetida, de modo a se verificar sua conformidade constitucional?

Como referido quando do exame da concretização dos mandados de criminalização (*item 2.4.1.2*), a lei penal deverá ser analisada à luz de dois grandes grupos de critérios: (i) as regras constitucionais sobre "produção jurídica" (ou regras de segundo grau) e (ii) os "postulados normativos aplicativos" constitucionais de segundo grau. Num primeiro momento, deve-se verificar se as regras que regulam a *produção* das normas penais foram respeitadas.³⁵⁶

Trata-se, sobretudo, das exigências de legalidade (lei escrita, estrita, prévia e certa), anterioridade, irretroatividade (salvo em *bonam partem*) e regra da reserva de lei,³⁵⁷ todas decorrentes do art. 5º, inc. XXXIX da Constituição. Caso sejam violadas, a *validade* da norma penal estará, em definitivo, fulminada por vício de inconstitucionalidade. Apesar da relevância de tais normas, não são elas, todavia, objeto deste trabalho.

³⁵⁴ Ver ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria da Igualdade Tributária*, op. cit., p. 59.

³⁵⁵ Nas palavras de Dolcini e Marinucci, trata-se de um "pressuposto necessário, mas nunca suficiente para legitimar o recurso à pena" (DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. *Constituição e escolha de bens jurídicos*, op. cit., p. 195).

³⁵⁶ Acerca do ponto, conferir GUASTINI, Riccardo. *La Sintassi del Diritto*, op. cit., p. 253 e ALEXY, Robert. *Conceito e validade do Direito*, op. cit., p. 104.

³⁵⁷ Sobre o conteúdo normativo das regras sobre produção jurídica citadas, ver ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*, op. cit., p. 248 ss.

Importa, pois, descrever o segundo momento de exame, fundamental ao presente estudo. É preciso ter claro que, até aqui, apenas a primeira das três perguntas lançadas na seção "2.4.2" já foi respondida. Noutras palavras, deu-se conta, por ora, apenas da questão referente à eleição de fins a serem promovidos pelo Direito Penal (o que a doutrina penal nomina de "dignidade penal" ou "merecimento de pena"). Resta ainda indicar parâmetros para o exame da imprescindibilidade do recurso à tutela penal (o que a doutrina penal nomina de "necessidade penal") (pergunta "ii"), bem como critérios para o controle da adequada *concretização* ou *tradução* dessas intencionalidades em textos legais (pergunta "iii").

A resposta a estas últimas duas indagações demandará do intérprete a aplicação da categoria dos postulados, os quais, se reitera, poderão ser (i) postulados hermenêuticos (coerência); (ii) postulados aplicativos normativos "inespecíficos" (ponderação, concordância prática, proibição do excesso e proibição de insuficiência) e (iii) postulados aplicativos normativos "específicos" (razoabilidade, igualdade e proporcionalidade).³⁵⁸

Há prioridade ou ordem pré-definida para a sua utilização? Sim, mas em relação a apenas *um* *postulado*, o qual necessariamente deve ser o *primeiro* a incidir: o postulado da proporcionalidade. Tal precedência em nada é aleatória. Ocorre que, justamente a partir desse exame, se poderá constatar se o meio empregado (no caso, o *penal*) para a promoção do fim eleito (isto é, a ambicionada proteção a um dado bem jurídico) é constitucionalmente válido. Logo, com o recurso ao postulado da proporcionalidade, estará respondida a questão "ii" antes lançada.

Somente no caso de o exame anterior ser *positivo*, com o reconhecimento do acerto do emprego do meio penal, é que se deverá passar à aplicação dos demais postulados. Todos servirão para verificar o *modo* como o legislador penal concretizou e traduziu tantas intencionalidades em textos legais, a fim de certificar a inoportunidade de indevidas afetações aos direitos fundamentais envolvidos e imbricados.

2.4.2.1.2 Aplicação "por amostragem" dos critérios a problemas concretos (Exame à luz dos postulados da proporcionalidade e da proibição do excesso)

(a) Postulado da proporcionalidade

³⁵⁸ Ver ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, p. 184 ss.

O postulado da proporcionalidade é um dos mais relevantes, se não o mais, para o exame de problemas cernes do presente estudo, na medida em que atua como critério de controle da constitucionalidade da ação estatal quando em questão: (i) um fim concreto a ser fomentado pelo Estado,³⁵⁹ (ii) um meio selecionado para tanto e (iii) um ou mais direitos fundamentais afetados ou restringidos em razão do meio eleito.³⁶⁰

Trata-se, pois, de um postulado que pressupõe, para sua aplicação, um claro contexto fático, qual seja, um fim *externo* suficientemente definido, para cujo fomento ou promoção o Estado elegeu, dentre muitos possíveis, um exato *meio*.³⁶¹ A decisão ampara-se na premissa de que haveria, entre o meio e o fim, uma "relação de causalidade".³⁶² Supõe-se que o *meio* empregado irá, concretamente, promover o fim intencionado. No entanto, como os valores constitucionais se imbricam, é possível que a medida selecionada, de um lado, auxilie na realização do objetivo estatal, mas, de outro, gere restrições a direitos fundamentais contrapostos (proteção à honra *versus* restrição à liberdade de expressão, por exemplo).

Identificados os pressupostos fáticos para a aplicação da *proporcionalidade*, deve-se agora apresentar seu conteúdo. Trata-se de um exame estruturado analiticamente em três subcritérios: (1º) *adequação* do meio; (2º) *necessidade* do meio e (3º) *proporcionalidade em sentido estrito*.³⁶³ Importante advertir que tais subelementos são independentes e devem ser aplicados de forma sucessiva e subsidiária, sempre respeitando a rígida sequência em que estão colocados.³⁶⁴ Noutros termos, a passagem para o critério seguinte pressupõe que o exame anterior tenha sido positivo. Em sendo negativo, a questão já estará solvida, podendo-

³⁵⁹ Consoante adverte Afonso da Silva, o verbo normalmente empregado pela doutrina alemã é "fordern", o qual encontraria correspondência com o verbo *fomentar* ou *promover* em língua portuguesa. Nesse sentido, o autor defende que a adequação não exige que o meio gere o pleno *alcance* do fim, mas sim que, de algum modo, ele *promova-o* ou *fomente-o* (SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável, op. cit., p. 36).

³⁶⁰ Nesse sentido, ver, na doutrina alemã, ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traduzido por Carlos Bernal Pulido. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 91 ss. Tradução de: Theorie der Grundrechte e KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *The Constitutional Structure of Proportionality*, op. cit., p. 08. Klatt e Meister incluem um quarto elemento ainda, qual seja, a *legitimidade dos fins perseguidos*. Já na doutrina brasileira, ver ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 205; GUERRA FILHO, Willis Santiago. Noções fundamentais sobre o Princípio Constitucional da Proporcionalidade. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). *Leituras complementares de Direito Constitucional*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2007, p. 101 e SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável, op. cit., p. 24.

³⁶¹ Sobre o conceito de fim *externo*, visitar o item "1.2.1.2" deste estudo.

³⁶² ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 205.

³⁶³ Ver, na doutrina alemã, ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 91-2 e KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *The Constitutional Structure of Proportionality*, op. cit., pp. 8-9 e, na doutrina brasileira, ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 206 e SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável, op. cit., p. 33. Já Guerra Filho fala em "exigibilidade" (*Erforderlichkeit*) do meio, em vez de "necessidade" do meio (GUERRA FILHO, Willis Santiago. Noções fundamentais sobre o Princípio Constitucional da Proporcionalidade, op. cit., p. 100).

³⁶⁴ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável, op. cit., p. 34.

se concluir pela violação de algum direito fundamental à luz do postulado da proporcionalidade.³⁶⁵

É preciso, contudo, adensar as categorias lançadas: quais elementos devem ser considerados quando dos subexames da *adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito*? Em relação à adequação, deve-se indagar se o meio eleito conduz "à promoção gradual" do fim *externo* cujo alcance é almejado.³⁶⁶ Já o requisito da *necessidade* exige que a medida empregada seja, dentre as disponíveis e *igualmente* eficazes, a que menos gera "efeitos colaterais", isto é, a que restringe em menor medida direitos fundamentais contrapostos.³⁶⁷ Finalmente, a *proporcionalidade em sentido estrito* fecha o ciclo iniciado, questionando se a importância da realização do fim justifica o grau de restrição paralelamente causado a outros direitos fundamentais.³⁶⁸ Como se pode perceber, tem-se, no último caso, um juízo de ponderação.³⁶⁹

As definições lançadas, à primeira vista, parecem suficientes para solver as questões a serem analisadas. Trata-se, no entanto, de juízo simples somente em aparência. Inúmeros problemas surgirão nos momentos da sua aplicação, sendo que muitos tocarão questões de fundo deste estudo, cujo exame em detalhes, todavia, ocorrerá apenas nos capítulos seguintes, dedicados ao problema da *eficaz* realização de fins almejados pelo legislador penal.

Seria interessante, entretanto, desde logo introduzir algumas perguntas, ainda que restem, *por ora*, em aberto. É preciso convir que, no âmbito penal, o exame de adequação revela-se extremamente complexo, especialmente à luz das seguintes indagações: (i) é necessário constatar a existência de uma efetiva relação de causalidade entre o tipo penal

³⁶⁵ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável, op. cit., p. 34.

³⁶⁶ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 208. Em sentido semelhante, ver FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal*, op. cit., p. 151; SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável, op. cit., p. 36. Já Guerra Filho fala em "prestabilidade" do meio para atingir o fim (*Zwecktauglichkeit*) (GUERRA FILHO, Willis Santiago. Noções fundamentais sobre o Princípio Constitucional da Proporcionalidade, op. cit., p. 101).

³⁶⁷ De modo similar: ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 214; GUERRA FILHO, Willis Santiago. Noções fundamentais sobre o Princípio Constitucional da Proporcionalidade, op. cit., p. 101 e SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável, op. cit., p. 38.

³⁶⁸ Assim também em ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 216; FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal*, op. cit., p. 158; GUERRA FILHO, Willis Santiago. Noções fundamentais sobre o Princípio Constitucional da Proporcionalidade, op. cit., p. 101 e SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável, op. cit., p. 40.

³⁶⁹ Conforme relata Virgílio Afonso da Silva, alguns doutrinadores alemães como Böckenförde e Schlink, excluem este último subcritério, na medida em que são críticos ao sopesamento enquanto método *racional* de aplicação do Direito (SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável, op. cit., p. 35). No mesmo sentido, MICHELON, Cláudio Fortunato. Princípios e coerência na argumentação jurídica, op. cit. p. 19. Já para uma *defesa* da ponderação, ver PULIDO, Carlos Bernal. Presentación. In: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traduzido por Carlos Bernal Pulido. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. XXXVIII. Tradução de: Theorie der Grundrechte; KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *The Constitutional Structure of Proportionality*, op. cit., p. 45 ss.

criado pelo legislador e a tutela do bem jurídico objeto da norma penal? (ii) tal constatação pode basear-se em meras presunções sobre o que *normalmente* ocorre (recurso a experiências passadas e estrangeiras) ou deve utilizar dados empíricos concretos e atuais coletados da realidade social brasileira? (iii) caso o intérprete valore a constitucionalidade da decisão do legislador pela criminalização da conduta, o exame de proporcionalidade deverá avaliar a adequação da medida *quando* da sua emanção (exame "genético") ou no presente momento, com as informações atuais (exame "evolutivo")?

Percebendo as múltiplas possibilidades de *adequação*, Ávila sugere que, em se tratando de *atos normativos gerais (leis)*, tal subcritério seja aplicado de maneira *abstrata e a priori* (antecedência).³⁷⁰ Nesse sentido, sustenta que basta "exigir a adoção de uma medida que seja abstratamente adequada para promover o fim. [...] Se o fim for, de fato, realizado, é impertinente".³⁷¹ Além disso, o autor defende que a medida deve ser "adequada no momento em que foi adotada. [...] Se a avaliação do administrador revelou-se equivocada em momento posterior, e com informações somente disponíveis mais tarde, é impertinente".³⁷²

A posição de Ávila, absolutamente plausível e defensável em inúmeros ramos do Direito, merece ressalvas no contexto do Direito Penal. Não é possível aceitar, nesse âmbito, que o meio seja adequado apenas *em abstrato*, isto é, hipoteticamente. É preciso que ele o seja *in concreto*, realmente.³⁷³ Do contrário, estar-se-ia legitimando criminalizações que, de um lado, são ineficazes para aquilo a que se propõem (proteção de bens jurídicos) e, de outro, punem *sem contrapartida alguma*. Por conseguinte, o bem jurídico em questão estaria tutelado somente no plano discursivo ou normativo, mas *desprotegido* na realidade.³⁷⁴

Da mesma forma, não parece correto que o exame de adequação deva se limitar, no plano temporal, ao momento da decisão do legislador e da emanção da norma. Imagine-se uma discussão, levada ao Supremo Tribunal Federal, acerca da legitimidade da criminalização do aborto no Brasil. Deverão os Ministros limitar temporalmente seu exame, valorando a decisão *no momento em que ela foi tomada*? Noutras palavras, deverão eles ignorar dados

³⁷⁰ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., pp. 210-11.

³⁷¹ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 210.

³⁷² ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 211.

³⁷³ Manifestando-se em sentido similar, assim indaga Delley: "como escolher entre as diferentes medidas inventariadas, ou seja, entre os cenários de intervenção possíveis? O primeiro critério a levar-se em conta é certamente o da adequação das medidas aos objetivos visados, ou seja, sua eficácia. *Mas a eficácia não é um critério abstrato*. A realização dos objetivos implica um processo concreto [...]" (DELLEY, Jean-Daniel. *Pensar a Lei*. Introdução a um procedimento metódico, op; cit., p. 139).

³⁷⁴ Donini refere, criticamente, que uma *práxis* legislativa eleitoreira e uma ciência penal ultranormativa, por vezes intencionalmente ignorantes do saber criminológico e dos efeitos das normas penais na realidade social, formam um matrimônio logicamente coerente (DONINI, Massimo. *La relación entre derecho penal y política: método democrático y método científico*. Traduzido por Cristina Méndez Rodríguez. *Revista de Estudios de la Justicia*, Santiago do Chile, n.º 4, pp. 27-50, 2002, p. 28).

empíricos *atuais*, levados a juízo e provenientes de inúmeras pesquisas sociológicas acerca dos efeitos dessa criminalização?

Poderão negar a existência, por exemplo, de comprovações empíricas seguras acerca dos efeitos extremamente criminógenos de tal proibição penal?³⁷⁵ Será legítimo que fechem os olhos para as inúmeras consequências *secundárias* gravíssimas do recurso à tutela penal, tal como a alta letalidade de mulheres *humildes* que recorrem a clínicas clandestinas para a realização do aborto?³⁷⁶ O legislador naturalmente não tem acesso a esses dados quando da sua tomada de decisão, na medida em que eles, por vezes, somente são aferíveis *a posteriori*, quando a lei penal já estiver atuando sobre a realidade social.

Todavia, não faz qualquer sentido que os julgadores, cientes de tal realidade quando do exame de proporcionalidade, simplesmente a ignorem, sob o argumento de que o legislador não teve acesso aos mesmos dados no momento em que recorreu ao Direito Penal. Não há dúvida de que a decisão tomada pode ter sido a mais correta *naquele momento*. Isso não faz com que assim se mantenha *ad eternum*. É importante ter claro que o reconhecimento da inconstitucionalidade não é *sanção*, nem se está examinando as "boas intenções" do legislador.

Trata-se apenas de um necessário efeito da violação de norma superior (no caso, direitos fundamentais), a qual, à luz da proporcionalidade, deverá ser examinada, *sim*, a partir de *dados concretos e atuais* sobre a adequação do meio à promoção do fim. Conforme Donini, para que se construa um Direito Penal realmente preocupado com a realidade "social e humana" que regula, é necessário atribuir um papel distinto também a quem o aplica. Urge

³⁷⁵ Nesse ponto, é importante fazer referência à jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão acerca da constitucionalidade da descriminalização do aborto realizado até a 12ª semana de gravidez. Na decisão Aborto I (39 *BVerfGE* 1, 1975), o Tribunal, por maioria, entendeu inconstitucional tal medida estabelecida na Reforma do Código Penal de 1974. A Juíza Rupp-von Brünneck und Simon, todavia, divergiu, dizendo que o Parlamento não estava impedido pela Constituição de dispensar o recurso à tutela penal, a qual, na visão do legislador, era inefetiva, inadequada e causadora de graves danos. Após a unificação, aprovou-se uma nova legislação sobre o aborto e a assistência às mulheres grávidas, a qual foi imediatamente submetida a controle abstrato junto ao Tribunal Constitucional alemão ("Aborto II" – 88 *BVerfGE* 203, 1992). A Corte reafirmou princípios já defendidos na *Aborto I*, mas admitiu não ser vedado ao legislador descriminalizar o aborto até a 12ª semana de gestação, desde que a proteção à vida seja promovida ou fomentada de outra maneira, através, por exemplo, do aconselhamento da gestante, do suporte financeiro, bem como da possibilidade de responsabilização criminal dos que a incentivarem ao aborto. Em razão da rejeição da lei nos termos em que se encontrava, o Parlamento alemão realizou todas as emendas necessárias, em conformidade às exigências do Tribunal Constitucional. Os trechos mais importantes de ambas as decisões podem ser encontrados em KOMMERS, Donald P.; MILLER, Russel A. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. 3. ed. Londres: Duke University Press, 2012, pp. 374-94.

³⁷⁶ Nesse sentido, FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal*, op. cit., p. 156 e COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção Penal Ambiental*. Viabilidade, efetividade, tutela por outros meios. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 127.

conscientizar a "Judicatura" para que também se ocupe da *efetividade* dos programas de fins.³⁷⁷

No que tange ao subexame da *necessidade*, relevantes dificuldades, também aqui, poderão surgir. Ao contrário do que ocorre em relação ao critério da adequação, tem-se agora uma análise *comparativa*.³⁷⁸ Em um primeiro momento, é preciso identificar as medidas capazes de fomentar o fim ambicionado.³⁷⁹ A seguir, deve-se cotejá-las com o meio selecionado pelo Estado, analisando prognosticamente se alguma promoveria o fim *tanto quanto* a medida estatal e, ao mesmo tempo, geraria um menor efeito colateral. Em termos mais claros, a questão é saber se não haveria outro meio *igualmente eficaz* ao utilizado, mas menos restritivo a direitos fundamentais contrapostos.³⁸⁰

Tem-se, aqui, exame comparativo muito semelhante ao empreendido no *postulado da igualdade*, para o qual são utilizadas duas *medidas de comparação*, quais sejam, (i) o grau de promoção do fim estatal e (ii) o grau de restrição a direitos fundamentais contrapostos.³⁸¹ Uma vez que o exame é *duplo*, os resultados verificados, por uma questão de análise combinatória, podem ser: (a) o meio promove mais do que o selecionado pelo Estado, mas restringe mais; (b) o meio promove mais do que o selecionado pelo Estado e restringe menos; (c) o meio promove menos, mas também restringe menos e, finalmente, (d) o meio, além de promover menos, restringe mais.

Como se pode perceber, há inúmeras nuances em tal exame. Estaria o Estado obrigado a eleger, dentre as medidas disponíveis, aquela que *mais* promove o fim objetivado?³⁸² Poderia ele, em vez disso, selecionar um meio que, conquanto promova menos do que outros disponíveis, causa restrições bem mais suaves a direitos fundamentais contrapostos? Há, pois, um dever de *máximo* fomento ou apenas de *fomento*? Neste estudo, defende-se que a atuação

³⁷⁷ DONINI, Massimo. La relación entre derecho penal y política: método democrático y método científico, op. cit., p. 49. Noutra oportunidade o autor já havia feito um "apelo" à Corte constitucional para que tenha uma jurisprudência não apenas baseadas em valores, mas também em "critérios de verificação empírica" (trad. nossa) (DONINI, Massimo. Un derecho penal fundado en la carta constitucional: razones y límites, op. cit., p. 38).

³⁷⁸ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável, op. cit., p. 38.

³⁷⁹ FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal*, op. cit., p. 153.

³⁸⁰ De modo similar: ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 214; FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal*, op. cit., p. 153; SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável, op. cit., p. 38.

³⁸¹ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 214.

³⁸² Tal indagação também encontra formulação em ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 214; FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal*, op. cit., p. 153; SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável, op. cit., p. 38.

estatal deve escolher o meio considerando conjuntamente *ambas as questões* (promoção e restrição).³⁸³

Noutras palavras, não basta olhar isoladamente para a capacidade de a medida realizar o objetivo almejado. Deve-se sempre verificar a proporção existente entre *grau de promoção* e *grau de restrição*. O meio escolhido deverá ser o melhor em termos de "ganhos e perdas", isto é, aquele que gera a maior *concordância prática* entre valores constitucionais que se imbricam. Por conseguinte, sustenta-se que a medida aplicada não precisa ser a mais *eficaz*, mas sim a *mais harmônica* com a Constituição. Isso poderá significar, em certos casos, abrir mão da *máxima eficácia* em favor da *máxima concordância*, valendo-se do meio mais coerente com a ordem constitucional como um *todo*.

A discussão até aqui realizada tem como premissa que tanto os efeitos concretos das medidas quanto o grau de restrição a direitos fundamentais contrapostos são circunstâncias plenamente conhecidas. Todavia, sabe-se que, *no mais das vezes*, tais dados não estão facilmente acessíveis ou nem mesmo estabelecidos. Logo, a regra é haver *dúvidas* acerca da eficácia dos meios disponíveis, bem como *incertezas* sobre seus efeitos colaterais.³⁸⁴ Nessas situações, como avaliar a escolha estatal, especialmente quando em exame o recurso à tutela penal, sob o argumento de ser *possivelmente* a mais eficaz?

Frente a tal questão, tanto Ávila quanto Feldens se posicionam no sentido de que a decisão do legislador deve ser respeitada, cindindo-a unicamente quando o meio por ele eleito for *manifestamente* equivocado.³⁸⁵ Nas palavras de Feldens, a inconstitucionalidade da norma somente poderá ser reconhecida caso resulte "evidente a *suficiência* de um meio alternativo menos restritivo dos direitos para a consecução igualmente eficaz das finalidades desejadas pelo legislador".³⁸⁶ Nesse sentido, o autor conclui ser indevida a supressão da liberdade do legislador "quando, operando sobre uma zona limítrofe, decida-se por uma sanção de tal ou qual natureza".³⁸⁷

Entretanto, tem-se que, frente às peculiaridades do âmbito penal, tais conclusões demandam algumas ressalvas. Isso porque, diversamente de todos os outros ramos do Direito,

³⁸³ Em sentido similar, sustentando a *inexistência* de um dever de eleição da medida *mais eficaz*, mas apenas suficientemente eficaz a *fomentar* a finalidade ambicionada, estão ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., pp. 214-5; FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal*, op. cit., p. 154; SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável, op. cit., p. 38.

³⁸⁴ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., pp. 214-5; FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal*, op. cit., pp. 153-4.

³⁸⁵ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 215; FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal*, op. cit., pp. 153-4.

³⁸⁶ FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal*, op. cit., p. 153.

³⁸⁷ FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal*, op. cit., p. 154.

neste vigora, como *exigência fundante*, a ideia de *ultima ratio*.³⁸⁸ Portanto, somente é permitido ao Estado recorrer à tutela penal quando qualquer outro meio se mostrar incapaz de adequadamente proteger o bem jurídico em questão. Aqui reside justamente o nódulo problemático: a quem cabe o ônus de demonstrar a insuficiência dos demais meios *extrapenais*? A existência de dúvidas relevantes sobre a real necessidade do recurso ao Direito Penal confere plena liberdade ao legislador, autorizando-o a decidir como bem entender? Ou conduz justamente à conclusão contrária?

Nesse contexto, sustenta-se que a existência de *fundadas dúvidas* sobre a suficiência do emprego de medidas extrapenais não impede o recurso *imediato* ao Direito Penal pelo legislador. Todavia, tal opção estará sujeita, à luz da proporcionalidade, a questionamentos acerca da sua constitucionalidade.³⁸⁹ Noutros termos, em razão da exigência de *ultima ratio*, a utilização do Direito Penal será tanto *mais discutível* quanto *mais frágeis forem as evidências* sobre a *insuficiência* de medidas não penais na promoção do fim buscado.³⁹⁰ Logo, em um cenário de forte incerteza ("zonas limítrofes"), a inversão dessa ordem (medidas extrapenais *previamente* a medidas penais), ainda que não seja constitucionalmente *vedada*, também não parece constitucionalmente *recomendada*. A *dúvida empírica relevante* vem não para *legitimar*, mas para *limitar* o legislador: quanto *maior* ela for, *menor* será a possibilidade de validamente restringir direitos fundamentais contrapostos.³⁹¹

³⁸⁸ Por *ultima ratio* ou subsidiariedade entende-se, nos limites deste estudo, a ideia de que o recurso à pena somente está justificado quando resultar *necessário* – no sentido de que os outros instrumentos de tutela de natureza jurídica ou extrajurídica são *insuficientes* (FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale*. Parte Generale, op. cit., p. 29). Para definições similares, ver, na doutrina alemã, ROXIN, Claus. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, op. cit., p. 45 e, do mesmo autor, Dependencia y independencia del Derecho Penal con respecto a la política, la filosofía, la moral y la religión, op. cit., p. 8; na doutrina portuguesa, FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Temas básicos da doutrina penal*, op. cit., p. 42 ss e, na doutrina brasileira, REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*, op. cit., p. 25. Contrariamente à necessária *ultima ratio* da intervenção penal posiciona-se JAKOBS, Günther. *Derecho Penal*. Parte General. 2. ed. Traduzido por Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzales de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997, tomo I, pp. 60-1. Tradução de: *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*.

³⁸⁹ Esta conclusão ampara-se, também, na *segunda Lei da Ponderação* (ou da proporcionalidade em sentido estrito) proposta por Alexy: "quanto mais intensa for a intervenção em um direito fundamental, tanto maior deve ser a *certeza* das premissas que sustentam a intervenção" (trad. nossa) (ALEXY, Robert. *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*. Traduzido por Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2004, p. 93). Tal Lei foi reformulada por Klatt e Meister, para os quais o crescimento da incerteza conduz, paralelamente, a uma redução na legitimidade da intervenção no princípio ou no direito contraposto (KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *The Constitutional Structure of Proportionality*, op. cit., pp. 81 ss e 110).

³⁹⁰ Em sentido similar, DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La Racionalidad de las Leyes Penales*, op. cit., pp. 63-64; DONINI, Massimo. Un derecho penal fundado en la carta constitucional: razones y límites, op. cit., p. 36 e FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale*. Parte Generale, op. cit., p. 29.

³⁹¹ Conforme noticia Alexy, o Tribunal Constitucional Alemão já referiu, quando da decisão sobre a participação ou cogestão dos trabalhadores nas empresas (*Mitbestimmungsurteil*), que "a falta de certeza, por si mesma, não pode ser suficiente para fundamentar a existência de uma margem legislativa para fazer prognósticos, a qual não estaria sujeita ao controle de constitucionalidade" (trad. nossa) (BVerfGE 50, 290, p. 332) (ver ALEXY, Robert. *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*, op. cit., p. 92). Sobre a decisão, ver ainda KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *The Constitutional Structure of Proportionality*, op. cit., p. 81.

Nesse exato contexto, uma solução possível seria empregar a tutela penal apenas em último caso. O Estado deveria recorrer, pois, primeiramente a medidas extrapenais e, somente na hipótese de constatar o seu fracasso, dirigir-se à sanção criminal. Similar compreensão já foi manifestada por Donini, para quem "o legislador estaria obrigado, antes de introduzir novos tipos penais, a estabelecer procedimentos de tutela extrapenal ou a verificar [...] a inutilidade ou impossibilidade técnica da tutela penal" (trad. nossa).³⁹²

É importante advertir, contudo, que a proposição do penalista italiano não coincide plenamente com a aqui defendida. Nos limites deste estudo, sustenta-se que o legislador deveria estabelecer procedimentos de tutela extrapenal previamente à introdução de novos tipos penais *unicamente quando houver intensa dúvida sobre a necessidade do recurso ao Direito Penal*, isto é, *no caso de forte incerteza sobre as medidas extrapenais serem, ou não, suficientemente eficazes ao objetivo pretendido*. Não seria o caso, por exemplo, de delitos como homicídio, estupro ou tortura (e de tantos outros), nos quais inexistem as peculiares condições suprarreferidas.

No ponto, indaga-se sobre a vasta gama de condutas cuja eficácia da prevenção por outros meios jurídicos/sociais nunca foi testada pelo Estado, que simplesmente realizou de imediato a sua criminalização? Seriam tais tipos penais inconstitucionais por violação à proporcionalidade (no subcritério da necessidade)? Como regra, *não*. Somente seria plausível reconhecer a invalidade da criminalização, por violação à proporcionalidade, na peculiar hipótese de o legislador ter ignorado um cenário de *fortíssima incerteza empírica*, realizando a tipificação à revelia de quaisquer questionamentos aprofundados sobre a suficiência de meios *não penais* para o fomento do fim pretendido³⁹³.

Analisada a elevada complexidade do subcritério da necessidade, passa-se agora ao exame da *proporcionalidade em sentido estrito*. Também aqui o juízo de ponderação pretendido encontrará entraves teóricos importantes. Ponderar é atribuir *peso*, de modo a poder-se afirmar que uma coisa (um bem, um direito fundamental) *vale* mais do que outra.³⁹⁴ O problema reside justamente na dificuldade de indicar parâmetros materiais para a realização

³⁹² DONINI, Massimo. Un derecho penal fundado en la carta constitucional: razones y límites, op. cit., p. 25. No original: "el legislador estaría además obligado, antes de introducir nuevos tipos penales, a establecer procedimientos de tutela extrapenal o a verificar, en todo caso, la inutilidad o imposibilidad de técnicas de tutela extrapenal".

³⁹³ Como bem adverte Roxin, nos casos de dúvida sobre os limites da *ultima ratio* e da subsidiariedade, a política do Estado não deve decidir arbitrariamente acerca da criminalização, mas deve "acessorar-se cientificamente e observar os standards culturais" (ROXIN, Claus. Dependencia y independencia del Derecho Penal con respecto a la política, la filosofía, la moral y la religión, op. cit., p. 11 – trad. nossa).

³⁹⁴ Ver ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 185 e MICHELON, Cláudio Fortunato. Princípios e coerência na argumentação jurídica, op. cit. p. 13.

de tal juízo.³⁹⁵ Como sustentar que a promoção de determinado fim constitucional *justifica* a restrição intensa gerada a direitos fundamentais contrapostos, também com assento constitucional? Tais grandezas seriam comensuráveis ou, no mínimo, comparáveis?³⁹⁶

Trata-se, pois, de ônus argumentativos que não podem ser simplesmente desprezados. Ademais, corre-se o risco de reproduzir pensamentos consequencialistas,³⁹⁷ excessivamente preocupados com o alcance dos fins ambicionados, mesmo que em detrimento de inúmeros valores constitucionais. Deve-se evitar, no ponto, justamente essa perigosa lógica de *fins* que autorizam quaisquer *meios*. No Estado de Direito, são os *meios* utilizados que legitimam a persecução dos *fins* desejados, *jamaís o contrário*. Tais questões, bastante complexas, não serão aqui exauridas, recebendo pleno desenvolvimento apenas nos capítulos seguintes.

(b) Postulado da proibição do excesso

Feitas essas considerações, procede-se agora ao exame da *proibição de excesso*. Tal postulado veda que restrições atinjam o núcleo essencial de um determinado direito fundamental, retirando-lhe uma mínima eficácia.³⁹⁸ Adverte-se que não se trata de uma aplicação do postulado da proporcionalidade, pois a sua aplicação independe de uma relação concreta entre meios e fins, que pode ou não estar presente. O juízo de proibição de excesso – diverso e independente do de proporcionalidade³⁹⁹ – verifica apenas a intensidade da restrição de um direito fundamental, impondo a ela um limite intransponível, *independentemente* de eventuais fins agregados à intervenção restritiva.

Em outras palavras, enquanto a proporcionalidade proíbe uma desproporção na restrição de um direito fundamental em nome de um objetivo cujo alcance é pretendido, a

³⁹⁵ Tal crítica é verificada em ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 185 e em MICHELON, Cláudio Fortunato. *Princípios e coerência na argumentação jurídica*, op. cit. p. 13.

³⁹⁶ De acordo com Klatt e Meister, a ponderação realizada nesta etapa do exame de proporcionalidade requer não um ranking *cardinal*, garantidor da comensurabilidade, o qual atribuiria valores numéricos absolutos a princípios e direitos, mas sim um ranking *ordinal*, capaz de torná-los comparáveis entre si e, assim, de indicar qual prevalece no caso concreto (KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *The Constitutional Structure of Proportionality*, op. cit., p. 63).

³⁹⁷ O consequencialismo pode ser conceituado como uma corrente filosófica para a qual "o valor moral de qualquer ação sempre reside nas suas consequências, sendo por meio da referência às suas consequências que ações, e inclusive categorias como instituições, leis e práticas, são justificadas" (trad. nossa) (WILLIAMS, Bernard. *A critique of utilitarianism*. In: SMART, John Jamieson Carswell; WILLIAMS, Bernard. *Utilitarianism*. For and against. 25. reimpr. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2007, p. 79. No original: "[...] the moral value of any action always lies in its consequences, and that it is by reference to their consequences that actions, and indeed such things as institutions, laws and practices, are to be justified").

³⁹⁸ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 188. Ver ainda ADAMY, Pedro Guilherme Augustin. *Renúncia a Direito Fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 182-5.

³⁹⁹ Conferir ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 208.

proibição de excesso veda que essa restrição seja de tal monta que acabe por retirar todo o conteúdo útil do direito fundamental. Ela afirma ao legislador a existência de um âmbito irrenunciável e intransponível, o qual não pode ser violado *por razão alguma (por fim algum)*. Um campo que não está sujeito a negociações, que não assimila ponderações típicas do exame de proporcionalidade. Em síntese: um âmbito *intangível*. Por ostentar a condição de direito fundamental, também o direito à liberdade possui essa esfera intocável. Também ele, portanto, está protegido de restrições *superlativas* pelo postulado da proibição de excesso.

Nesse contexto, a *ofensividade* vem à cena, exercendo um papel imprescindível para a legitimação de um ato legislativo criminalizatório. Isso porque ela representa a densificação e a transposição, para o campo jurídico-penal, da inviolabilidade do núcleo essencial ou do âmbito de garantia efetiva (*proibição de excesso*) do direito fundamental à liberdade. Dito de outro modo, criminalizações de condutas inofensivas aos respectivos bens jurídicos supostamente protegidos pelas normas penais, além de significarem uma contradição performativa, ensejam o atingimento do “âmbito de garantia efetiva” (núcleo essencial) do direito fundamental à liberdade, o que é vedado pela proibição de excesso.⁴⁰⁰

Isto porque, em nome da proteção de bens jurídicos, se estaria a limitar a fruição do direito de liberdade pelo meio mais intenso de que dispõe o Estado (o Direito Penal), sem que o seu exercício, contudo, chegasse a ofender tais bens jurídicos. O direito de liberdade estaria nulificado, na medida em que mesmo um *inofensivo* agir (do ponto de vista penal) seria passível de criminalização. Por conseguinte, a ausência de ofensa surpreendida em determinado ilícito penal torna-o materialmente inconstitucional, por violação imediata ao núcleo essencial do direito fundamental à liberdade.⁴⁰¹ Daí ser a ofensividade uma exigência constitucional decorrente da proibição de excessiva restrição (proibição de excesso) do direito fundamental à liberdade, expressamente previsto no *caput* do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.⁴⁰²

⁴⁰⁰ Conforme Faria Costa, o argumento de que “precisamente em nome da proteção de bens jurídicos que se devem ou têm de punir condutas elas mesmas não violadoras de bens jurídicos” é notoriamente falacioso e metodologicamente equivocado (FARIA COSTA, José Francisco de. *O perigo em direito penal*, op. cit., p. 621, nota 130).

⁴⁰¹ Compreensões semelhantes à deste estudo, embora pontualmente diversas, podem ser verificadas em D’AVILA. Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios*, op. cit., pp. 70-3 e, do mesmo autor, Teoria do crime e ofensividade, op. cit., pp. 69-71 e FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal*, op. cit., p. 67.

⁴⁰² Assim também para D’AVILA. Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios*, op. cit., p. 70 ss. e, do mesmo autor, Teoria do crime e ofensividade, op. cit., p. 69; DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e escolha dos bens jurídicos, op. cit., pp. 151-2 e FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal*, op. cit., p. 67.

2.4.2.2 Fins constitucionalmente “coerentes” (fins *implícitos*)

O presente exame diz respeito àqueles delitos cujo bem jurídico subjacente *não* se apresenta, ao menos de forma direta, como concretização de princípios ou fins constitucionalmente previstos. Como já se referiu em inúmeros momentos ao longo do estudo, não há dúvida que o legislador penal não está obrigado a selecionar apenas bens jurídicos dentre aqueles ofertados pelo “cardápio” constitucional. A sua atividade é também *inovadora*, podendo ele próprio indicar inéditos objetos de tutela.

Tem-se, pois, duas premissas fundamentais: (i) o legislador não está preso ao rol de bens e de fins constitucionais e (ii) sua atuação é também autônoma e criativa. Muitos, de forma apressada, poderão dizer que, nesse exato âmbito, a atividade do legislador escapa de eventuais controles, pela ausência de parâmetros a tanto. Tal conclusão, no entanto, é incorreta. A situação verificada é justamente a *oposta*, pois quando o objeto da tutela penal não tiver assento expresso na Constituição, *maior* será o ônus argumentativo para validar a criminalização e *menor* será sua presunção de constitucionalidade.

À luz de qual *ratio*, então, deve-se proceder ao controle do produto legislativo neste preciso âmbito? Sustenta-se que a partir da noção de *coerência* (ou *coesão substancial*).⁴⁰³ Quanto mais a criminalização realizada for *coerente* (harmônica) com o sistema normativo constitucional, mais ela se mostrará válida e acima de dúvidas; quanto menos *coerente* for, mais difícil será sustentar a sua validade. Como se vê, trata-se de uma questão de *graduação*, ou seja, tipos penais serão *mais* ou *menos* coerentes com a Constituição.⁴⁰⁴ A excessiva *incoerência* deverá conduzir, portanto, à superação do juízo legislativo, com o reconhecimento da invalidade (inconstitucionalidade) da tutela penal.

Quais critérios devem ser usados para averiguar o grau ou nível de coerência entre o bem jurídico subjacente à incriminação e as normas constitucionais? Pois bem, MacCormick e Michelon definem a coerência como uma *relação de justificação*; Ávila, como uma *relação de fundamentação*.⁴⁰⁵ Essa relação não é apenas *lógica* (dedutiva ou indutiva), mas

⁴⁰³ Sobre o ponto, consultar MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*, op. cit., p. 152). Em semelhante sentido, GUASTINI, Riccardo. *La Sintassi del Diritto*, op. cit., pp. 232-3 e ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 170 ss.

⁴⁰⁴ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 170.

⁴⁰⁵ MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*, op. cit., p. 152 e MICHELON, Cláudio Fortunato. Princípios e coerência na Argumentação Jurídica, op. cit., pp. 7-8. Tal fundamentação poderá ser, segundo Ávila, *empírica, analítica* ou *normativa* (ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., pp. 174-5).

especialmente *argumentativa*. Noutros termos, entre sobreprincípios⁴⁰⁶ (princípios constitucionais e princípios subjacentes a regras constitucionais) e normas inferiores (regras ou princípios) a vinculação deve ser tal "que os primeiros sejam capazes de justificar as últimas".⁴⁰⁷

Dada a abstração do raciocínio proposto, o seguinte exemplo pode auxiliar na sua adequada compreensão. Como justificar constitucionalmente uma hipotética lei que venha a obrigar aeroportos brasileiros a oferecer acessibilidade a pessoas portadoras de necessidades especiais, sob pena de multas administrativas? Tal mandado é *coerente* com o sistema normativo constitucional? Para responder a essa indagação, devem ser lidos os dispositivos constitucionais, buscando-se aqueles que, direta ou indiretamente, possam servir de *fundamento* ou *justificação* para tal inovação legislativa.⁴⁰⁸

Nesse sentido, vários são os dispositivos que se enlaçam de modo a configurar um verdadeiro dever constitucional de "amparo aos deficientes"⁴⁰⁹, dirigido tanto ao Estado quanto a particulares (doutrina da eficácia dos direitos fundamentais perante terceiros ou *Drittwirkung*⁴¹⁰). São eles: art. 7º, inc. XXXI; art. 23, inc. II; art. 24, inc. XIV; art. 37, inc. VIII; art. 203, incisos IV e V; art. 227, §2º, e art. 244⁴¹¹.

⁴⁰⁶ Sobreprincípios são normas que, embora situadas em igual nível hierárquico formal que outras, são axiologicamente *superiores*, por atuarem como seu fundamento (ver ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 164). Exemplificativamente, pode-se dizer que a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III) é um sobreprincípio constitucional, fundamentando e conferindo sentido a uma série de outros dispositivos também constitucionais, como o art. 7º, inc. XIII - "duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais [...]".

⁴⁰⁷ MICHELON, Cláudio Fortunato. Princípios e coerência na Argumentação Jurídica, op. cit., p. 8. Similar compreensão em ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 174.

⁴⁰⁸ Nesse sentido, MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*, op. cit., p. 152 e MICHELON, Cláudio Fortunato. Princípios e coerência na Argumentação Jurídica, op. cit., p. 7 ss. Ver também ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 172-5.

⁴⁰⁹ O exemplo utilizado, que sofreu pequenos acréscimos e alterações, foi retirado de MICHELON, Cláudio Fortunato. Princípios e coerência na Argumentação Jurídica, op. cit., p. 09 ss.

⁴¹⁰ Sobre a temática, ver CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*, op. cit., 22 ss e UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?, op. cit., p. 309 ss.

⁴¹¹ Eis o inteiro teor de cada um deles: (i) art. 7º, inc. XXXI - "proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência"; (ii) "art. 23 - É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência"; (iii) art. 24 - "Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] inc. XIV - proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência"; (iv) art. 37, inc. VIII - "a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão"; (v) art. 203 - A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: [...] inc. IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; inc. V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei; (vi) art. 227, §2º - "A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência" e, finalmente, (vii) art. 244 - "A lei disporá sobre a

Como se denota, tais normas constitucionais, ao se reforçarem mutuamente, formam um todo *coerente*, voltado à realização de valores comuns: o amparo ou a tutela aos portadores de necessidades especiais. Nesse contexto, a lei em questão revela-se altamente coerente com inúmeras normas do sistema constitucional e, ao menos à luz desse critério, a obrigação por ela estabelecida é legítima.

É claro que, no exemplo apresentado, a Constituição fazia expressa menção a "deficientes físicos" ou a "portadores de deficiências", o que inegavelmente facilitou o exame de coerência. Quando não houver tal positividade, a verificação da coerência será *ainda mais* necessária, embora também mais complexa. Ela exigirá do intérprete um exercício argumentativo bem mais denso e sofisticado.

Transferindo-se a questão para o âmbito do Direito Penal, as ponderações realizadas mantêm-se na sua íntegra. Por conseguinte, o recurso à pena criminal para a tutela de um dado bem jurídico será mais coerente com a Constituição quanto mais a realização desse estado de coisas (*concreta tutela de um bem jurídico*) encontrar suporte e fundamentação nas normas constitucionais. De que modo essa relação de justificação pode ser constatada? Pelos seguintes critérios: (i) o número de princípios constitucionais com os quais ele é capaz de dialogar e, (ii) em sendo um único princípio constitucional, o número de normas constitucionais que positivam esse princípio.

Ilustrativamente, um dado bem jurídico pode dialogar com os princípios da *dignidade humana, da vida, da liberdade, do livre desenvolvimento* etc., enquanto outro pode dialogar apenas com o da *proteção aos portadores de necessidades especiais* e o da *igualdade material*. Ainda que o objeto da tutela penal guarde pertinência apenas com um único princípio constitucional, é possível que tal princípio esteja amparado por uma gama verdadeiramente enorme de normas constitucionais, o que indica sua sobressaliência no interior da ordem normativa.

Em síntese, no contexto do emprego do Direito Penal para fomentar a tutela de bens jurídicos *sem* assento expresso na Constituição, as ideias acima desenvolvidas podem ser assim *reformuladas*:

(i) a criminalização será tanto mais legítima quanto mais *coerente* (ou harmônica) for com o sistema normativo constitucional;

adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo atualmente existentes a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência, conforme o disposto no art. 227, § 2º".

(ii) sendo a *coerência* uma relação de justificação ou suporte, a criminalização será tanto mais *coerente* quanto mais argumentos existirem em favor da sua *fundamentação* em princípios constitucionais;⁴¹²

(iii) os argumentos devem ser construídos à luz de dois critérios-bases: (a) número de princípios constitucionais com os quais o bem jurídico dialoga e, (b) em sendo um único princípio constitucional, o número de dispositivos constitucionais que estão dirigidos à realização desse princípio, a indicar sua sobressaliência na ordem constitucional;

(iv) quanto maior for o número de princípios com os quais o objeto da tutela penal é capaz de dialogar e de estar por eles justificado, *maior* será também a sua coerência com a Constituição;

(v) na hipótese de o objeto da tutela penal ser passível de relacionamento unicamente com *um* princípio, quanto mais importante for esse princípio dentro do sistema normativo constitucional (o que é passível de verificação pela quantidade de dispositivos que o mencionam ou o reconhecem), também mais coerente será a criminalização frente aos valores da ordem constitucional.

2.4.2.2.1 Definição e justificação dos critérios de controle da atuação do legislador

No presente item, remete-se o leitor ao conteúdo da seção "2.4.2.1.1", na medida em que se trata de idênticos critérios de controle, amparados também em iguais justificativas. Como já se advertiu, a diferença fundamental existente no âmbito da *liberdade de conformação* do legislador quanto à decisão criminalizadora reside no fato de o estado de coisas pretendido (tutela de bem jurídico) ter, ou não, *expressa* previsão no catálogo constitucional.⁴¹³ Como ambas as hipóteses já foram devidamente analisadas à luz de suas peculiaridades, estando superadas, pois, as fontes de desigualdades, não há mais razão para que o exame prossiga de modo desuniforme.

2.4.2.2.2 Aplicação "por amostragem" dos critérios a problemas concretos

⁴¹² Tal assertiva sustenta-se na própria *cláusula de abertura* dos direitos fundamentais prevista no art. 5º, §2º da Constituição brasileira, especialmente em sua *primeira parte*: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados [...]".

⁴¹³ Nesse sentido, dividiu-se a análise em *fins constitucionalmente previstos* (ou expressos) e *fins coerentes com a Constituição* (ou implícitos).

A fim de que o trabalho não tome proporções superlativas, não parece haver razão para renovar a presente análise. A esta seção aplica-se tudo o que já foi desenvolvido nas seções "simétricas"⁴¹⁴. Como insistentemente mencionado, este item revela-se quase que inteiramente uniforme no plano dos *mandados expressos de criminalização*, bem como no campo da *liberdade de conformação do legislador* frente à criminalização de bens jurídicos com *expresso* assento constitucional.

A única diferença, também já exaustivamente apontada, reside no fato de que, frente a obrigações de incriminação, o exame de *proporcionalidade* tem sua incidência reduzida, na medida em que a Constituição já decidiu que alguma forma de intervenção penal deverá ocorrer. Todavia, mesmo neste preciso âmbito, ele serve de critério orientador das características da incriminação *não* pré-definidas constitucionalmente (redação do preceito primário, definição do preceito secundário, técnica de tutela etc.)⁴¹⁵.

Noutras palavras, todos os demais postulados já referidos, sejam *hermenêuticos*, sejam *aplicativos*, preservam suas qualidades independentemente do *locus* sobre o qual incidem. Logo, estão plenamente íntegros em relação a esta seção os argumentos desenvolvidos quando da aplicação dos postulados da *igualdade* e da *coerência* em relação às concretizações legislativas de imposições constitucionais de tutela penal. Da mesma forma, seguem firmes as ponderações lançadas quando do exame de *proporcionalidade* e de *proibição do excesso* no âmbito da criminalização de bens jurídicos com expressa previsão ou recepção constitucional.

⁴¹⁴ Trata-se das seções "2.4.1.2.2" – Aplicação "por amostragem" dos critérios a problemas concretos (Exames à luz dos postulados da igualdade e da coerência) e "2.4.2.1.2" – Aplicação "por amostragem" dos critérios a problemas concretos (Exame à luz dos postulados da *proporcionalidade* e da *proibição do excesso*).

⁴¹⁵ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*, op. cit., p. 114.

3 REALIZAÇÃO DE FINS E PROGNOSE DO LEGISLADOR PENAL: CONCEITUAÇÃO, AVALIAÇÃO E REPROVAÇÃO

No capítulo antecedente, este trabalho se dedicou ao exame do problema da *eleição* de fins no Direito Penal, indicando critérios para o seu controle constitucional. O presente capítulo, por sua vez, terá por objetivo fundamental a análise da *realização* ou da *promoção* dos fins anteriormente selecionados. Quer-se investigar, pois, as condições e os critérios para avaliar – tanto *prospectivamente* (durante o processo legislativo) quanto *retrospectivamente* (com a lei já em vigor) – se a promoção *intencionada* pelo legislador é capaz de converter-se em promoção *concretizada* (em um específico estado de coisas). No fundo, o ato de legislar é sempre uma "conjectura sobre o futuro que pode ser desmentida pelos fatos".⁴¹⁶

Invariavelmente, há uma enorme complexidade no juízo *hipotético* e *prospectivo* de causalidade entre inovação legislativa e alteração de comportamentos ou de fatos sociais.⁴¹⁷ Nesse contexto, é bastante possível que o legislador penal, ao avaliar determinada medida como *adequada e necessária* à promoção de um dado objetivo (por exemplo, *criminalização* do enriquecimento ilícito – *meio* – para o eficaz combate à corrupção – *fim*), simplesmente se equivoque. Noutras palavras, a sua previsão acerca do fomento dos fins almejados pode revelar-se um *erro*. Tanto o estado de coisas perseguido pode não se concretizar, quanto pode concretizar-se em diferentes graus, mas vir acompanhado de efeitos colaterais ou secundários não desejados – e talvez sequer previstos.⁴¹⁸

Diante do exposto, percebe-se haver uma vinculação fundamental entre *eleição* de meios e *realização* de fins. De nada adianta os fins selecionados pelo legislador serem constitucionalmente relevantes se eles não forem, *in concreto*, promovidos. Conforme bem sustenta Ulrich Karpen, *direitos fundamentais* não podem ser meramente "ilusórios, mas práticos e efetivos" (*illusory, but rather practical and effective*).⁴¹⁹ O presente capítulo pretende justamente elucidar as razões dessa fratura entre "objetivos legislativos" (*legislative*

⁴¹⁶ DELLEY, Jean-Daniel. Pensar a Lei. Introdução a um procedimento metódico, op. cit., p. 142.

⁴¹⁷ MADER, Luzius. Evaluation of Legislation. Contribution to the quality of legislation, op. cit., item 2 e, do mesmo autor, Improving legislation by evaluating its effects: the Swiss experience. In: PITARCH, Ismael E. (Org.) *Legislador i tècnica legislativa*. Barcelona: Publicacions del Parlament de Catalunya, 2003, p. 95.

⁴¹⁸ Ver KIRCHHOF, Paul. *Verwalten durch "mittelbares" Einwirken*, op. cit., p. 26; MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*, op. cit., p. 141 e MADER, Luzius. Paine 2. Legística: história e objeto, fronteiras e perspectivas (conferência reduzida a termo). In: COELHO, Alberto Pinto (Org.). *Congresso Internacional de Legística: Qualidade da Lei e Desenvolvimento*. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2009, p. 46.

⁴¹⁹ KARPEN, Ulrich. The evaluation of legislation. In: PITARCH, Ismael E. (Org.) *Legislador i tècnica legislativa*, op. cit., p. 26.

goals) e "resultados realmente obtidos" (*results really achieved*).⁴²⁰ Investigar-se-á ainda maneiras de (re)aproximá-los, a partir sobretudo do relato da experiência de países que adaptaram seu processo legislativo com o intuito de obter uma mais eficaz (*e real*) geração dos efeitos concretos ambicionados.

A ressonância de todas essas complexas questões no âmbito do controle de constitucionalidade será examinada no capítulo seguinte, fechando-se o ciclo. Uma vez que os problemas atinentes à seleção de fins são *diversos* e *anteriores* aos problemas referentes a sua promoção, também o objeto, a justificativa, os limites e os critérios deste *segundo* juízo de constitucionalidade não poderão ser idênticos àqueles, mas *próprios*. Por ora, basta essa advertência. Posterga-se o exame do controle, em pormenores, para o capítulo seguinte.

3.1 CONCEITUAÇÃO DA PROGNOSE LEGISLATIVA

As normas jurídicas podem ser analisadas a partir de um "esquema se-então" (*Wenn-Dann-Schema*) ou de um "esquema meio-fim" (*Zweck-Mittel-Schema*).⁴²¹ Ao passo que aquele é mais estático, por corresponder a uma aplicação silogística do Direito, este se caracteriza pela sua dinamicidade, a partir de uma incidência *projetada ao futuro*. Tais esquemas representam, assim, duas espécies de *juízos*. O primeiro deles, de *subsunção*, liga uma "situação de facto, presente ou passada, de existência constatada, com o *Tatbestand* abstracto da lei".⁴²² O segundo, de *prognose*, ampara-se em fatos existentes e conhecidos para emitir uma assertiva, *no presente*, sobre a provável ocorrência de um fato, *no futuro*.⁴²³ Noutras palavras: trata-se, exatamente, da "antecipação" de um hipotético acontecer vindouro.

Tais planos são obviamente *ideais*, devendo-se utilizar com parcimônia a distinção referida. Como regra, as normas não corresponderão, de forma pura, a apenas um modelo.⁴²⁴ Muito antes pelo contrário: elas costumam corporificar uma combinação variável de ambos os juízos (subsunção e *prognose*), com a predominância, em cada uma, de um deles. Feita essa advertência, pontua-se que o problema de pesquisa está situado sobretudo no *segundo* plano apresentado. Trabalha-se com a faceta *instrumental* das normas penais, as quais não apenas pretendem regular comportamentos, como também servem de meios à persecução de fins.

⁴²⁰ MADER, Luzius. Evaluation of Legislation. Contribution to the quality of legislation, op. cit., item 8.

⁴²¹ SOMMERMANN, Karl-Peter. *Staatsziele und Staatszielbestimmung*, op. cit., pp. 359 e 364 ss e SOUSA, António Francisco de. "Conceitos Indeterminados" no *Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994, p. 113.

⁴²² SOUSA, António Francisco de. "Conceitos Indeterminados" no *Direito Administrativo*, op. cit., p. 118.

⁴²³ SOUSA, António Francisco de. "Conceitos Indeterminados" no *Direito Administrativo*, op. cit., p. 118.

⁴²⁴ SOMMERMANN, Karl-Peter. *Staatsziele und Staatszielbestimmung*, op. cit., p. 359. Sobre o ponto, ver exemplos à luz dos fins sociais da Constituição brasileira em ÁVILA, Humberto Bergmann. Os vínculos sociais na Constituição brasileira, op. cit., p. 222 ss.

Nesse contexto, a atividade de criação legislativa ganha peculiar relevo. O legislador, ao elaborar novos atos normativos na área penal, realizaria o seguinte raciocínio: quer-se atingir um dado objetivo eleito ("F"), sendo o meio penal ("M") o mais adequado, bem como o necessário a sua devida promoção (postulado da proporcionalidade). Indiretamente, portanto, o legislador justificaria ou ampararia a inovação legislativa em um juízo *afirmativo* de probabilidade acerca da ocorrência de um fato (acontecimento) futuro. Para ele, a aplicação da norma penal na realidade social *conduzirá* à promoção dos fins buscados.

Tem-se, assim, uma *prognose*, isto é, uma previsão da ocorrência de um *evento futuro*.⁴²⁵ Ilustrativamente, dentre os juízos de *prognose*, um dos mais cotidianos é, sem dúvida, o da meteorologia. Para os objetivos deste estudo, todavia, tal conceito será reduzido à ideia de *juízo hipotético-causal sobre a ocorrência de um fato futuro que, no caso, é a promoção de fins externos a partir de uma lei penal*.⁴²⁶ Não há certeza nesse campo, mas meros graus de possibilidade. Como bem refere o físico e filósofo alemão Weizsäcker, a *prognose* é a "arte do provável" (*Kunst des Wahrscheinlichen*).⁴²⁷ Ademais, quando o legislador é o sujeito de tal raciocínio, costuma-se falar em *prognose legislativa*.

Analicamente, a *prognose* pode ser decomposta em três elementos: (a) *base* da *prognose* ou diagnóstico; (b) *método* da *prognose* e (c) *resultado* da *prognose* ou prognóstico. Aquela representa os dados recolhidos acerca do problema concreto objeto de exame; já o método diz respeito ao procedimento que será utilizado para a elaboração do prognóstico.⁴²⁸ Finalmente, o resultado constitui um juízo *probabilístico* e *afirmativo* acerca de um acontecimento futuro (a realização do estado de coisas pretendido), estruturado sobre o diagnóstico e proferido em concordância aos critérios do método empregado.⁴²⁹

⁴²⁵ Do grego: *pro* é "antes" e *gnonai* é "reconhecer". Logo, *prognose* é reconhecer ou conhecer *antes* (ver SOUSA, António Francisco de. "*Conceitos Indeterminados*" no *Direito Administrativo*, op. cit., p. 115). Para similar conceito de *prognose* ver, no Direito brasileiro, MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de Constitucionalidade: Hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 88, vol. 766, pp. 11-28, ago. 1999, pp. 20-21 e MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 1999, p. 165 ss. Na doutrina alemã, ver as clássicas obras de OSSENBÜHL, Fritz. Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht. In: STARCK, Christian (Org.). *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*. Festgabe aus Anlass des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts. Vol. 1 (Verfassungsgerichtsbarkeit). Tübingen: Mohr, 1976, p. 461 ss e PHILIPPI, Klaus Jürgen. *Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts*. Ein Beitrag zur rational-empirischen Fundierung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen. Colônia: Carl Heymanns Verlag, 1971, p. 28 ss.

⁴²⁶ Sobre o conceito de fim *externo*, ver seção "1.2.1.2".

⁴²⁷ WEIZSÄCKER, Carl-Friedrich von. *Über die Kunst der Prognose*. Vortrag anlässlich der Jahresversammlung 1968 des Stifterverbandes für die Deutsche Wissenschaft. Bonn: Privatdruck Stifterverband für die Deutsche Wissenschaft, 1968, p. 11.

⁴²⁸ SOUSA, António Francisco de. "*Conceitos Indeterminados*" no *Direito Administrativo*, op. cit., p. 117.

⁴²⁹ SOUSA, António Francisco de. "*Conceitos Indeterminados*" no *Direito Administrativo*, op. cit., p. 117.

Para ilustrar, retoma-se o exemplo apresentado no primeiro capítulo, acerca das inovações trazidas pela Lei nº 12.683/2012, a qual alterou dispositivos da Lei de Lavagem de Capitais (Lei nº 9.613/98). O fim buscado a partir da nova lei é tão claro que está inclusive *positivado* em seu artigo 1º: “esta Lei altera a Lei nº 9.613/98 [...] para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro”.

Nesse preciso caso, a lógica legislativa pode ser assim reconstruída: (a) a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro é ineficiente (diagnóstico); (b) deseja-se tornar a persecução mais eficiente, com aumento na prevenção de novos delitos e uma maior recuperação de ativos (fins externos); (c) para tanto, alteram-se artigos da Lei nº 9.613/98, promovendo mudanças importantes, tais como a eliminação do rol dos crimes antecedentes (art. 1º) e a ampliação do grupo de pessoas sujeitas às obrigações de prevenção e controle (art. 9º) (meio) e (d) tais reformas tornarão mais eficiente a persecução penal dos crimes em questão (prognóstico).

Não há dúvida que essa visão *instrumental* da legislação, já examinada no primeiro capítulo, tem seus limites. Em primeiro lugar, ela demanda um prévio e inafastável juízo de validade, na medida em que fins e meios devem ser constitucionais⁴³⁰ (especialmente à luz da exigência de *proporcionalidade*). Em segundo lugar, nem sempre é possível conceber o ato legislativo como produto de uma *atividade racional* que visa à promoção de fins.⁴³¹ De um lado, trata-se de uma compreensão mais coerente com o Direito *Público*; de outro, tem-se normas sem caráter propriamente instrumental (como as *constitutivas*⁴³²) e normas destituídas de qualquer pretensão real de produzir os resultados prometidos (leis *puramente* simbólicas).

Nesse contexto, é importante advertir que toda e qualquer lei tem uma dimensão simbólica. Contudo, quando se fala em “lei simbólica” (*Symbolisches Gesetz*), está-se a designar uma precisa e distinta situação. É *exclusivamente* ou *puramente simbólica* aquela lei concebida como *resposta* do legislador a um crescente medo do crime ou de outras questões (preservação ambiental, por exemplo) que possui baixo ou nulo potencial de solucionar o problema, servindo apenas para acalmar a população.⁴³³ Em similar sentido, Luzius Mader refere que lei simbólica é aquela sem qualquer ambição de produzir resultados efetivos, tendo

⁴³⁰ DORBECK-JUNG, Bärbel. *Conceptualizing Legisprudence*. From legislation to responsive regulation. Paper for the Annual Conference of EGPA, 1995, p. 3.

⁴³¹ MADER, Luzius. Evaluation of Legislation. Contribution to the quality of legislation, op. cit., item 2.

⁴³² Sobre o conceito de regra constitutiva ou sobre produção jurídica, ver GUASTINI, Riccardo. Acerca de las normas sobre producción jurídica, op. cit., p. 308.

⁴³³ SIEHR, Angelika. “Objektivität” in der Gesetzgebung? Symbolische Gesetzgebung zwischen Rationalitätsanspruch des Gesetzes und demokratischem Mehrheitprinzip. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Stuttgart, vol. 91, caderno 04, pp. 535-557, 2005, p. 546 ss. Em similar sentido, no âmbito do direito penal brasileiro, conferir COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção Penal Ambiental*, op. cit., p. 110.

por função apenas informar a população de que as autoridades políticas conhecem o problema e que ele estaria "sob controle" (*under control*).⁴³⁴

Este estudo não desconhece as ambivalências presentes no plano da elaboração normativa. Apesar disso, sustenta-se que uma mínima capacidade de geração dos efeitos fáticos prometidos (eficácia) deve estar presente no ato legislativo, razão pela qual a validade constitucional de uma lei *puramente* ou *majoritariamente* simbólica é bastante duvidosa. Nesse contexto, torna-se fundamental examinar a justificativa do legislador para a emissão da nova lei penal, a fim de, em um primeiro plano, identificar se há, de fato, uma prognose e, em um segundo plano, submetê-la à avaliação.

A prognose tem de ser plausível; o legislador, responsável. Ele não pode simplesmente criar infundáveis atos normativos destituídos de qualquer possibilidade de gerar os efeitos concretos para os quais *afirmadamente* foram elaborados. Do contrário, além de defraudar expectativas sociais, inúmeras restrições a direitos fundamentais ocorrerão à revelia de qualquer fundamentação no plano *real*, sendo justificadas apenas no campo da *fantasia*. Trata-se, nas palavras de Hassemer, de um "golpe no vazio", à custa, entretanto, de muitas liberdades.⁴³⁵ Por isso é imperiosa a necessidade de avaliação da prognose legislativa.

3.2 AVALIAÇÃO DA PROGNOSE LEGISLATIVA

3.2.1 Relevância do exame

3.2.1.1 Desenvolvimento da *Legisprudence*: causas históricas e consequências jurídicas

As relevantes questões que perpassam a *prognose legislativa* se inserem no contexto problemático mais amplo da racionalidade do processo legislativo. Vive-se um tempo de desenfreada proliferação normativa, uma "enchente de normas".⁴³⁶ Descrevendo a realidade

⁴³⁴ MADER, Luzius. Evaluation of Legislation. Contribution to the quality of legislation, op. cit., item 2. No mesmo sentido, ver LORENTE, José Muñoz. Obligaciones constitucionales de incriminación y derecho penal simbólico. *Revista de Derecho y Proceso Penal*. Madrid, vol. 6, pp. 103-131, 2001, p. 121.

⁴³⁵ HASSEMER, Winfried. Derecho Penal simbólico e protección de bienes jurídicos. Santiago do Chile, 1995, p. 5. Disponível em <http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20130708_01.pdf>. No original: "un golpe en el vacío". Assim também para LORENTE, José Muñoz. Obligaciones constitucionales de incriminación y derecho penal simbólico, op. cit., p. 119, no âmbito espanhol, SUMMERS, Robert Samuel. *Instrumentalism and American Legal Theory*, op. cit., p. 258, no âmbito norte-americano, e COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção Penal Ambiental*, op. cit., p. 116 ss, no âmbito brasileiro.

⁴³⁶ VOERMANS, Wim. Quality of EU Legislation under Scrutiny: what kind of Problem, by what kind of Standards? In: MADER, Luzius; TAVARES DE ALMEIDA, Marta (Orgs.). *Quality of Legislation*. Principles

alemã, Ulrich Karpen refere que um cidadão daquele país está submetido, apenas no âmbito federal, a mais de 6.000 leis.⁴³⁷ Nesse sentido, é de plano inviável buscar informar-se sobre as condutas que o Direito lhe proíbe, permite ou exige. Ademais, esse notório aumento quantitativo de leis tem conduzido, paralelamente, a um forte decréscimo da sua qualidade formal e material.

Situação ainda mais grave vive o Brasil, país em que sequer é possível afirmar quantos e quais dispositivos estão em vigor. A confusão aumenta caso se recorde a larga competência normativa do Poder Executivo, bem como a existência de três esferas de produção legislativa (federal, estadual e municipal). Segundo Fabiana Soares, haveria mais de "5 mil entes legiferantes em três ordens normativas distintas – União, Estados e Municípios –, muitas vezes com competências concorrentes"⁴³⁸. Trata-se, em termos metafóricos, de uma verdadeira *Babel*, pois os produtos legislativos “não dialogam” entre si, são incoerentes, além de absolutamente incompreensíveis para o cidadão comum.

É importante ressaltar, todavia, que tal inchaço legislativo não é um drama pontual, verificado em poucos ordenamentos do *Civil Law*, mas um problema compartilhado por vários deles, o que se revela com mais agudez em países como o Brasil, por sua peculiar divisão de competências. Ademais, conquanto essa realidade comum seja em parte fruto do surgimento de novas áreas de intervenção do Direito (e das próprias tarefas do *Welfare State*), deve-se convir que ela também foi estimulada pela ausência de controle sobre o processo de tomada de decisão pelo legislador.

Em tal contexto, é natural que o *processo legislativo* tenha se tornado um campo de crescente interesse científico ao longo das últimas décadas.⁴³⁹ E a razão é muito singela:

and Instruments. Proceedings of the Ninth Congress of the International Association of Legislation (IAL). Baden-Baden: Nomos, 2011, p. 47.

⁴³⁷ KARPEN, Ulrich. The evaluation of legislation, op. cit., p. 42. Sobre o problema da "inflação legislativa" (*legislative inflation*) ver também MIRANDA, Jorge. Law, Rule of Law and quality of Law. In: MADER, Luzius; TAVARES DE ALMEIDA, Marta (Orgs.). *Quality of Legislation*. Principles and Instruments. Proceedings of the Ninth Congress of the International Association of Legislation (IAL). Baden-Baden: Nomos, 2011, pp. 23-4.

⁴³⁸ SOARES, Fabiana de Menezes. Paine 2. Legística: história e objeto, fronteiras e perspectivas (conferência reduzida a termo). In: COELHO, Alberto Pinto (Org.). *Congresso Internacional de Legística: Qualidade da Lei e Desenvolvimento*. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2009, p. 57. Ver ainda, da mesma autora, Learning to divide the law's contents: the lobby as a strategy for clearer Brazilian legislation. In: MADER, Luzius; MOLL, Chris (Coords.). *The Learning Legislator*. Proceedings of the Seventh Congress of the European Association of Legislation (EAL). Baden-Baden: Nomos, 2009, p. 109 e Legística e desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro da otimização de uma legislação melhor. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, vol. 50, pp. 124-142, jan./jun. 2007, p. 138.

⁴³⁹ Foi o criminalista suíço Peter Noll quem, na década de 70 do século XX, de forma pioneira, deu tratamento sistemático à "Teoria da Legislação" (*Gesetzgebungslehre*), concebendo-a como "disciplina jurídica" (*als juristische Disziplin*) (ver NOLL, Peter. *Gesetzgebungslehre*. Hamburg: Rowohlt-Taschenbuch-Verlag, 1973, p. 9 ss).

desejava-se construir um caminho de *racionalização* do “padrão e do ritmo” da atividade legiferante.⁴⁴⁰ Assim, convencionou-se que o conjunto de saberes desenvolvido para tal objetivo seria denominado de *Legisprudence* ou *Legistics* – em português, “Legística”.⁴⁴¹ A Legística, portanto, pretende produzir recomendações cientificamente fundadas sobre como *bem legislar*.⁴⁴² Ela intenta melhorar a qualidade do ato legislativo em termos materiais (reforço na produção dos efeitos pretendidos) e em termos formais (compreensibilidade do comando normativo, técnica adequada etc.).⁴⁴³

Aqui se reacomoda o problema da *prognose* do legislador, pois indiscutivelmente a *Legística* se ocupa dos *resultados concretos* da aplicação de uma lei em um dado contexto social. Ela quer antecipar (avaliar preventivamente) ou elucidar (avaliar retrospectivamente) as possíveis razões de um *déficit* de realização dos fins intencionados, ou seja, da não confirmação da *prognose*. Noutras palavras, objetiva analisar os atos legislativos à luz da sua capacidade de produzir ambicionadas mudanças na realidade concreta (gerar novos estados de coisas), uma vez que elas teriam servido de justificativa para a própria emanção da lei.

Preocupa-se, ainda, em adaptar o processo legislativo de modo a reduzir essa quebra tão recorrente entre efeitos esperados (*prognose* do legislador) e efeitos obtidos com a aplicação da lei.⁴⁴⁴ Para tanto, foram desenvolvidos variados métodos orientadores da produção e da avaliação da lei (Metódica Legislativa ou Legística Material), os quais são unânimes em exigir, previamente ao impulso legislativo, no mínimo (i) a identificação clara do problema sobre o qual se pretende atuar (diagnose), (ii) a formulação precisa do objetivo que se deseja alcançar e (iii) a seleção ampla de meios possíveis a tanto (jurídicos ou não).⁴⁴⁵

Nesse contexto, a avaliação legislativa (do Projeto de Lei) desenvolvida e recomendada pela Legística tornaria a deliberação do Parlamento mais complexa e responsável, aumentando seu grau de fundamentação acerca da medida tomada, bem como de

⁴⁴⁰ SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e desenvolvimento, op. cit., p. 124.

⁴⁴¹ Opta-se pelo emprego do termo "Legística", já consagrado na doutrina brasileira especializada. Todavia, é possível encontrar outros termos empregados em idêntico sentido, tais como *Teoria da Legislação*, *Ciência da Legislação* e *Legisprudência* (ver SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e desenvolvimento, op. cit., p. 127).

⁴⁴² DORBECK-JUNG, Bärbel. *Conceptualizing Legisprudence*. From legislation to responsive regulation, op. cit., p. 1; MADER, Luzius. Evaluation of Legislation. Contribution to the quality of legislation, op. cit., item 1 e SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e desenvolvimento, op. cit., p. 125 ss.

⁴⁴³ Sobre a distinção entre legística formal e material, ver FLÜCKIGER, Alexandre. Can better regulation be achieved by guiding Parliaments and Governments?, op. cit., pp. 215-16; MADER, Luzius. Evaluation of Legislation. Contribution to the quality of legislation, op. cit., item 1 e SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e desenvolvimento, op. cit., p. 125 ss.

⁴⁴⁴ MADER, Luzius. Evaluation of Legislation. Contribution to the quality of legislation, op. cit., item 1.

⁴⁴⁵ KARPEN, Ulrich. The evaluation of legislation, op. cit., p. 44; MADER, Luzius. Evaluation of Legislation. Contribution to the quality of legislation, op. cit., item 2; SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e desenvolvimento, op. cit., p. 125 e, da mesma autora, Notas introdutórias sobre elaboração legislativa: raízes e boas práticas entre Brasil e Canadá. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Número Especial: Jornadas Jurídicas Brasil-Canadá, Belo Horizonte, vol. 50, p. 153-168, 2013, p. 166.

clareza sobre o problema verificado. Ademais, tanto o legislador quanto a população em geral estariam devidamente cientes das reais possibilidades de o ato normativo produzir os resultados práticos desejados. Evitar-se-ia, assim, não apenas a criação de falsas expectativas, mas também o manejo de medidas jurídicas graves (penais, por exemplo) claramente inócuas em relação ao problema identificado.

Não há dúvida de que todo o instrumental da Legística pode, se aceito e bem empregado, gerar consequências *fundamentais* no plano da aplicação e da interpretação do Direito. Consoante defende Mader, sob o ponto de vista jurídico, a produção de conhecimento acerca dos efeitos concretos da legislação poderia conferir um novo sentido "a princípios gerais legais ou constitucionais, tais como o princípio da igualdade perante a lei, a proteção contra a arbitrariedade e, em particular, o princípio da proporcionalidade" (trad. nossa)⁴⁴⁶. Se os direitos fundamentais reconhecidos não podem ser ilusórios, devendo ser efetivos (e efetivados), então a justificação do impulso legislativo, antes excluída de um controle constitucional, passa a ressoar na própria *validade* do Direito produzido.⁴⁴⁷

3.2.1.2 *Legisprudence* na experiência estrangeira

No plano estrangeiro, pode-se afirmar com segurança que a Confederação Suíça é o país no qual as recomendações da *Legisprudence* apresentam maior grau de institucionalização e juridicidade. Não por acaso, a primeira obra sistemática sobre a "Teoria da Legislação" pertence a um advogado criminalista dessa nacionalidade, Peter Noll (*Gesetzgebungslehre*, 1973).⁴⁴⁸ Desde então, tais pesquisas não mais cessaram. Tamanho desenvolvimento acadêmico, acompanhado do seu reconhecimento pelos agentes políticos, fez com que o problema da avaliação legislativa – e da sua eficácia – ganhasse assento *constitucional*.

No ano de 1999, a Constituição da Suíça sofreu um amplo processo de reforma, momento em que se optou por inserir, no artigo 170, a exigência de avaliação da eficácia

⁴⁴⁶ MADER, Luzius. Evaluation of Legislation. Contribution to the quality of legislation, op. cit., item 8. No original: "a new sense and a new importance to general legal or constitutional principles such as the principle of equality before the law, protection against arbitrariness and, in particular, the principle of proportionality".

⁴⁴⁷ Em similar sentido, ver, no Brasil, SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e desenvolvimento, op. cit., p. 129 e, na doutrina estrangeira, FLÜCKIGER, Alexandre. Effectiveness: a new Constitutional principle, op. cit., pp. 188-189 e MADER, Luzius. Evaluation of Legislation. Contribution to the quality of legislation, op. cit., item 8.

⁴⁴⁸ NOLL, Peter. *Gesetzgebungslehre*. Hamburg: Rowohlt-Taschenbuch-Verlag, 1973, p. 9 ss. Disponível em <<https://www.helveticaarchives.ch/detail.aspx?ID=184855>>.

(*Wirksamkeit*)⁴⁴⁹ das medidas estatais. Eis a redação do dispositivo: "o Parlamento Federal deve assegurar que a eficácia das medidas tomadas pela Confederação seja avaliada" (*Die Bundesversammlung sorgt dafür, dass die Massnahmen des Bundes auf ihre Wirksamkeit überprüft werden*).⁴⁵⁰

Conforme relata Mader, trata-se de norma que obriga o Parlamento a averiguar a eficácia das *medidas estatais*, o que inclui, por razões lógicas, também o exame das suas próprias medidas (leis).⁴⁵¹ Ademais, costuma-se interpretar tal dispositivo da maneira mais *ampla* possível, englobando não apenas a obrigatoriedade de avaliações *ex ante* (prospectivas), como também de avaliações *ex post* (retrospectivas). Finalmente, é interessante ressaltar que são pouquíssimas as leis suíças aprovadas sem um cuidadoso processo de avaliação (no caso, *prospectiva*). Tamanho rigor justifica-se, em parte, pelas grandes limitações existentes à possibilidade de controle constitucional material de leis federais e de atos normativos.⁴⁵²

No plano supranacional, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (*Organization for Economic Cooperation and Development*, OECD) tem se ocupado do problema da avaliação da qualidade da lei, bem como do seu aprimoramento. Foi ela quem publicou, ainda na década de 90 do séc. XX, as primeiras recomendações internacionais sobre avaliação da qualidade da lei.⁴⁵³ Essas normativas ressoaram intensamente na União Europeia, que buscava, então, definir uma política de regulação legislativa clara.

Com esse desiderato, criou-se o "Grupo de Alto Nível para a Melhoria da Qualidade Legislativa" (*Grupo Mandelkern*). As pesquisas realizadas foram indiscutivelmente

⁴⁴⁹ Considera-se que o termo *eficácia* é o que mais corresponde à expressão, em língua alemã, *Wirksamkeit*. Ademais, um dos principais autores suíços da área da *Legisprudence*, Luzius Mader, emprega o termo *efficacy* em seus escritos em língua inglesa como sinônimo de *Wirksamkeit* (ver MADER, Luzius. *Improving legislation by evaluating its effects: the Swiss experience*, op. cit., p. 82).

⁴⁵⁰ A Constituição da Confederação Suíça pode ser encontrada, na íntegra, em língua alemã, inglesa, francesa e italiana no seguinte sítio oficial: <<http://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19995395/index.html>>.

⁴⁵¹ MADER, Luzius. *Improving legislation by evaluating its effects: the Swiss experience*, op. cit., p. 83. Em similar sentido, ver FLÜCKIGER, Alexandre. *Effectiveness: a new Constitutional principle*, op. cit., p. 187.

⁴⁵² Ver AESCHLIMANN, Arthur. *O sistema de Controle de Constitucionalidade na Suíça*. Discurso proferido no Supremo Tribunal Federal do Brasil em 22 de fevereiro de 2008, p. 9. Disponível em <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfSobreCorte_pt_br/anexo/O_sistema_de_c_ontrole_de_constitucionalidade_na_Suica.pdf> e MADER, Luzius. *The Drafting Procedure for Laws and Ordinances in Switzerland*. In: MADER, Luzius; MOLL, Chris (Coords.). *The Learning Legislator*. Proceedings of the Seventh Congress of the European Association of Legislation (EAL). Baden-Baden: Nomos, 2009, p. 188.

⁴⁵³ Trata-se dos seguintes relatórios: (i) *The 1995 Recommendation of the Council of the OECD on Improving the Quality of Government Regulation* (Disponível em <<http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?doclanguage=en&cote=OCDE/GD%2895%2995>>) e (ii) *The 1997 OECD Report to Ministers (Plan for Action on Regulatory Quality and Performance)* (Disponível em <<http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/2391768.pdf>>).

impulsionadas pelo ingresso de países do Leste na União Europeia, cujas legislações necessitavam de ampla adaptação e de melhoria em termos de legitimidade democrática e eficácia.⁴⁵⁴ Suas recomendações, dirigidas à Comissão, ao Conselho e ao Parlamento da União Europeia, restaram publicadas no conhecido "Relatório Mandelkern" (*Mandelkern Group, Final Report*, 2001).⁴⁵⁵ A partir delas, firmou-se ainda o Acordo Interinstitucional "Legislar Melhor" (*Interinstitutional Agreement Better Lawmaking*, 2003/C 321/01),⁴⁵⁶ cuja tarefa era a de *reformular* práticas legislativas anacrônicas de Estados-Membros.⁴⁵⁷

No âmbito interno, inúmeros países europeus também apresentam práticas importantes em prol do controle da qualidade e da eficácia da legislação. Ilustrativamente, variadas leis alemãs, especialmente as de grande impacto, foram submetidas a diversas técnicas de avaliação *prospectiva* e inclusive *retrospectiva* (monitoramento sistemático dos efeitos).⁴⁵⁸ Ademais, o preenchimento de *checklist* referente à identificação do problema, à seleção das medidas cabíveis e aos objetivos da norma é requisito plenamente institucionalizado na referida nação.

Em países de múltiplas línguas oficiais, como Bélgica, Suíça e Canadá, as avaliações (especialmente prospectivas) também são etapas necessárias do processo legislativo. Todavia, nesse específico contexto, elas estão incumbidas de uma tarefa a mais: a reprodução de comandos normativos em línguas diferentes.⁴⁵⁹ Em tais nações, houve um franco desenvolvimento de técnicas para assegurar que o teor dos dispositivos seja sempre o mais similar possível, superando-se tal dificuldade linguística.

⁴⁵⁴ SOARES, Fabiana de Menezes. *Legística e desenvolvimento*, op. cit., p. 139.

⁴⁵⁵ O relatório está publicado, em língua inglesa, em <http://ec.europa.eu/smart-regulation/better_regulation/documents/mandelkern_report.pdf>. Houve uma tradução para a língua portuguesa, publicada na Revista *Legislação: Cadernos de Ciência da Legislação*, Oeiras, nº 29. out./dez. 2000.

⁴⁵⁶ O conteúdo do Acordo *Better Lawmaking* pode ser encontrado, em língua inglesa, em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2003:321:0001:0005:EN:PDF>>. É importante salientar que um novo pacote de recomendações no âmbito do programa foi recentemente publicado (maio de 2015), com a denominação *Better Regulation Package*. Disponível em <http://ec.europa.eu/smart-regulation/better_regulation/key_docs_en.htm>.

⁴⁵⁷ Sobre o contexto histórico do Acordo *Better Lawmaking*, ver, na doutrina estrangeira, VOERMANS, Wim. Quality of EU Legislation under Scrutiny: what kind of Problem, by what kind of Standards? In: MADER, Luzius; TAVARES DE ALMEIDA, Marta (Orgs.). *Quality of Legislation*, op. cit., p. 52 ss e TAVARES DE ALMEIDA, Marta. Painel 3. A contribuição da Legística para uma política de legislação: concepções, métodos e técnicas (conferência reduzida a termo). In: COELHO, Alberto Pinto (Org.). *Congresso Internacional de Legística: Qualidade da Lei e Desenvolvimento*. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2009, pp. 95-6 ss. Na doutrina brasileira, conferir CORRÊA, Eduardo Pitrez de Aguiar. *Abertura, inserção e relacionamento da política criminal transnacional na sociedade em rede*. Tese (Doutorado), 466 f. Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, 2015, p. 257 ss.

⁴⁵⁸ KARPEN, Ulrich. The evaluation of legislation, op. cit., pp. 44-47.

⁴⁵⁹ Sobre as técnicas utilizadas no Canadá, ver BERGESON, Robert. The Bilingual and Bijural Learning in Canada. In: MADER, Luzius; MOLL, Chris (Coords.). *The Learning Legislator*. Proceedings of the Seventh Congress of the European Association of Legislation (EAL). Baden-Baden: Nomos, 2009, p. 88 ss e SOARES, Fabiana de Menezes. *Legística e desenvolvimento*, op. cit., pp. 138 e 141.

Com o exposto nesta breve seção, intentou-se descrever alguns exemplos estrangeiros de institucionalização e juridicização de recomendações oriundas de estudos no campo da Ciência da Legislação ou *Legisprudence*. Exemplos concretos de avaliações legislativas (*ex ante* e *ex post*) em inúmeros países serão referidos, com mais detalhes, durante o desenvolvimento do ponto "critérios de exame" (3.2.4).

3.2.1.3 *Legisprudence* na experiência brasileira

Ingressa-se no exame do grau de *institucionalização*, na realidade jurídica brasileira, dos ideais da Legística. Costuma-se apontar o final da década de 90 do século XX como o marco inicial do processo de desenvolvimento desse campo do saber no país.⁴⁶⁰ Dessa época são tanto a Lei Complementar 95/1998, que cumpre o comando do art. 59, P. único, da Constituição,⁴⁶¹ como sua norma regulamentadora (trata-se do Decreto n.º 2.954/1999, depois integralmente substituído pelo Decreto n.º 4.176/2002).

Quando das discussões parlamentares acerca do conteúdo da Lei Complementar 95/1998, havia certo consenso sobre a necessidade de racionalizar o ordenamento jurídico brasileiro. Intencionava-se promover uma consolidação dos atos normativos, de modo a diminuir o número de textos em circulação. Todavia, a redação final dos dispositivos da lei em questão revelou-se bastante tímida frente a tal objetivo. Timidez, essa, que, no entanto, não foi reproduzida no Decreto n.º 4.176/2002, o qual veio a regulamentá-la.

Tal Decreto, elaborado durante o segundo Mandato do ex-Presidente da República Fernando Henrique Cardoso, teve sua redação *decididamente* influenciada pelo à época Advogado-Geral da União – hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal – Gilmar Ferreira Mendes. Ressalta-se que o Decreto se limita a disciplinar a elaboração de projetos de atos normativos de competência do Poder Executivo Federal (Medidas Provisórias e Decretos) ou, ao menos, projetos por ele elaborados para posterior envio ao Congresso Nacional (Projetos de Lei).

Da sua leitura atenta, pode-se afirmar, *com segurança*, que o Decreto n.º 4.176/2002 introduziu, no ordenamento brasileiro, uma série de questões próprias da Legística Formal e

⁴⁶⁰ SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e desenvolvimento, op. cit., p. 139. A questão da técnica legislativa passou a receber maiores atenções do executivo federal desde o início da década de 90 do séc. XX. Em 1991, foi publicado o *Manual de redação da Presidência da República*; em 1992, o Decreto n.º 468, sobre a redação de atos normativos do Poder Executivo, o qual foi substituído, integralmente, pelo Decreto n.º 2.954/1999 e, este, pelo de n.º 4.176/2002.

⁴⁶¹ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, art. 59, Parágrafo único – "Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis".

Material. Nesse sentido, seus Anexos I e II apresentam um longo e analítico formulário de preenchimento "obrigatório" para toda proposta de ato normativo, conforme determina o seu art. 37.⁴⁶² Tal questionário nada mais é do que um *s sofisticado* modelo de avaliação legislativa *ex ante* ou *prospectiva*. Com ele, pretende-se tanto identificar o problema concreto objeto da lei (diagnose), quanto as medidas eleitas (meio) supostamente capazes de solvê-lo (prognose) e, ainda, os objetivos almejados (fins).

Dentre as perguntas da avaliação legislativa (Anexo I), destacam-se as seguintes, a título meramente ilustrativo:

ANEXO I - QUESTÕES QUE DEVEM SER ANALISADAS NA ELABORAÇÃO DE ATOS NORMATIVOS NO ÂMBITO DO PODER EXECUTIVO

1. Deve ser tomada alguma providência? 1.1. Qual o objetivo pretendido? [...] 2. Quais as alternativas disponíveis? [...] 9. As regras propostas afetam direitos fundamentais? As regras propostas afetam garantias constitucionais? 9.1. Os direitos de liberdade podem ser afetados? Qual é o âmbito de proteção do direito fundamental afetado? O âmbito de proteção sofre restrição? A proposta preserva o núcleo essencial dos direitos fundamentais afetados? [...] 9.4. Trata-se de norma de caráter penal? A pena proposta é compatível com outras figuras penais existentes no ordenamento jurídico? Tem-se agravamento ou melhoria da situação do destinatário da norma? Trata-se de pena mais grave? Trata-se de norma que propicia a despenalização da conduta? Eleva-se o prazo de prescrição do crime? A proposta ressalva expressamente a aplicação da lei nova somente aos fatos supervenientes a partir de sua entrada em vigor?

Não restam dúvidas de que o devido cumprimento das exigências previstas em tal instrumento de avaliação legislativa demandaria uma profunda mudança de postura por parte do Poder Executivo.⁴⁶³ Não por acaso, até o presente momento, ele vem sendo solenemente ignorado na prática cotidiana, inclusive sob o argumento de que não haveria obrigatoriedade em seu preenchimento.⁴⁶⁴ Trata-se, pois, de uma “conduta não internalizada pela

⁴⁶² Eis a íntegra do art. 37 (Decreto nº 4.276/2002): “As propostas de projetos de ato normativo serão encaminhadas à Casa Civil por meio eletrônico, *com observância do disposto no Anexo I*, mediante exposição de motivos do titular do órgão proponente, à qual se anexarão: I - as notas explicativas e justificativas da proposição, em consonância com o Anexo II; [...]” (grifo nosso).

⁴⁶³ Consoante diagnosticam Felipe de Paula e Guilherme de Almeida, “não é possível derivar da previsão normativa uma prática efetiva ou um programa de avaliação de impacto legislativo” (PAULA, Felipe de; ALMEIDA, Guilherme Alberto Almeida de. *Avaliação Legislativa e Projeto Pensando o Direito: uma afortunada aproximação*. In: *O papel da pesquisa na política legislativa: metodologia e relato de experiências do Projeto Pensando o Direito*. Série Pensando o Direito, n. 50. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos, 2013, p. 31).

⁴⁶⁴ Nesse sentido, o advogado da União, Jandyr Maya Faillace Neto, então assessor especial da Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República, sustentou que “o envio das propostas ‘com observância do disposto no Anexo I’; não é e nunca foi necessário – não seria sequer viável [...]” (FAILLACE NETO, Jandyr Maya. Painel 5. Lei e políticas públicas: mecanismos de avaliação (conferência reduzida a termo). COELHO, Alberto Pinto (Org.). *Congresso Internacional de Legística: Qualidade da Lei e Desenvolvimento*. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2009, p. 204).

Administração Pública”⁴⁶⁵, realidade que, por ironia, representa exatamente aquilo que a Legística pretende evitar.

Apesar dessa resistência, a temática vem ganhando, de forma lenta, maior institucionalização noutros campos. Nesse sentido, muito significativa são as recentes Resoluções 44/2013 e 6/2016 do Senado Federal, as quais alteraram o Regimento Interno de tal Casa Legislativa, criando um procedimento de avaliação sistemática e periódica de políticas públicas desenvolvidas no âmbito do Poder Executivo.⁴⁶⁶ Nesse sentido, as Comissões Permanentes do Senado deverão selecionar, até o mês de março de cada ano, políticas de sua área de competência, monitorando-as ao longo da sessão legislativa, para, ao final, apresentar relatório avaliativo de seus resultados. Importante salientar que, embora tal Resolução tenha entrado em vigor na data da sua publicação, apenas a Comissão de Ciência, Tecnologia, Inovação, Comunicação e Informática cumpriu-a em 2014, ao investigar os impactos do “Programa Nacional de Banda Larga”.⁴⁶⁷ Em 2015, no entanto, inúmeras outras comissões passaram a executar o art. 96-B do Regimento Interno do Senado Federal.

Ademais, verifica-se que também o Executivo Federal seleciona determinadas políticas por ele gestadas e as submete a (auto)avaliações retrospectivas, atribuição conferida à Subchefia de Articulação e Monitoramento da Casa Civil.⁴⁶⁸ No âmbito de tal poder, merece menção, ainda, uma iniciativa inovadora da Secretaria de Assuntos Legislativos, órgão do Ministério da Justiça. Trata-se do Projeto “Pensando o Direito”, elaborado com o intuito de promover a “democratização do processo legislativo no Brasil”.⁴⁶⁹ Sua funcionalidade é simples: lançam-se editais convocatórios da comunidade acadêmica para a realização de pesquisa em tema de interesse da Secretaria em questão, cujos resultados são posteriormente publicados.⁴⁷⁰ A investigação deve ser eminentemente *aplicada*, isto é, de caráter empírico (quali-quantitativo), uma vez que a intenção é, justamente, a de “conferir maior efetividade às

⁴⁶⁵ SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e desenvolvimento, op. cit., p. 141.

⁴⁶⁶ O conteúdo integral da Resolução 44/2013 do Senado Federal está disponível em <<http://legis.senado.leg.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=267040>>.

⁴⁶⁷ O relatório avaliativo, na íntegra, está disponível em <http://www.senado.gov.br/comissoes/CCT/REL/REL_SEMESTRAL_2014.pdf>.

⁴⁶⁸ Nos termos do art. 17 do Anexo I do Decreto 5.135/2004, “À Subchefia de Articulação e Monitoramento compete: [...] II - coordenar, monitorar e avaliar os resultados dos programas e projetos considerados prioritários pelo Presidente da República; [...]”.

⁴⁶⁹ Ver Projeto Pensando o Direito. Secretaria de Assuntos Legislativos. Ministério da Justiça. Disponível em <<http://participacao.mj.gov.br/pensandoodireito/o-que-e/>>.

⁴⁷⁰ As publicações já realizadas então disponíveis em <<http://participacao.mj.gov.br/pensandoodireito/publicacoes/>>. Pode-se observar que muitas delas examinam temas eminentemente penais, dentre as quais se destacam: *Habeas Corpus* nos Tribunais Superiores (vol. 55), Excesso de prisão provisória no Brasil (vol. 54), Violência contra a mulher e as práticas institucionais (vol. 52), Crime de cartel e a reparação de danos no Poder Judiciário brasileiro (vol. 47), Lei de Execução Penal (vol. 44), Medidas de Segurança (vol. 35), Análise das justificativas para a produção de normas penais (vol. 32), Responsabilidade penal da pessoa jurídica (vol. 18) e Pena Mínima (vol. 17).

normas perante a realidade social".⁴⁷¹ As conclusões apresentadas pelos pesquisadores serão, assim, utilizadas para informar e qualificar a elaboração normativa no país.

Interessante ainda mencionar a tramitação de Projeto de Lei da Câmara (PL 4.373/2016), a partir do qual se propõe uma *Lei de Responsabilidade Político Criminal*. Segundo o projeto apresentado, toda proposta de legislação penal que significar um novo tipo incriminador, o aumento das sanções relativamente a delitos já existentes ou, ainda, o agravamento da execução penal deverá ser submetida a prévio exame de *impacto social e orçamentário*. Segundo o artigo 3º do PL 4.373/16, o impacto social teria por 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". Na hipótese de sua aprovação, tratar-se-á de um relevantíssimo instrumento de *legística*, a fomentar *responsável* elaboração normativa pelo Congresso Nacional.

Diante do exposto, verifica-se que, de forma tímida, o problema do aprimoramento do processo legislativo em sentido amplo, bem como do acertamento da prognose do legislador, tornou-se objeto de interesse por parte de pesquisadores e dos Poderes da República no Brasil. São, contudo, iniciativas difusas que sequer integram o procedimento legislativo brasileiro. Nesse contexto, é fundamental desenvolver um *modelo* de avaliação que, uma vez adequado *às peculiaridades deste país*, seja inserido como elemento obrigatório para a elaboração normativa nacional.⁴⁷² De qualquer sorte, acredita-se que a falta de uma maior vinculação entre *avaliação da qualidade da lei* e *controle da validade da lei* ainda comprometa bastante a repercussão prática de estudos e de iniciativas já realizados. Por tal motivo, serão dedicados intensos esforços nessa precisa direção ao longo deste capítulo e do seguinte.

3.2.2 Características do exame

3.2.2.1 Aspectos materiais

Inegavelmente, a *Legística*, quando teoriza um método de exame da lei, está profundamente preocupada em averiguar a sua capacidade de produzir os efeitos desejados (e prometidos) pelo legislador. Logo, ocupa-se primordialmente (mas não só) da *eficácia* do ato

⁴⁷¹ Ver Projeto Pensando o Direito. Secretaria de Assuntos Legislativos. Ministério da Justiça. Disponível em <<http://participacao.mj.gov.br/pensandoodireito/o-que-e/>>.

⁴⁷² No mesmo sentido, ver SOARES, Fabiana de Menezes. Paineis 2. Legística: história e objeto, fronteiras e perspectivas (conferência reduzida a termo), op. cit., p. 62.

legislativo. Todavia, deve-se bem situar esta questão no contexto da ordem constitucional. Em primeiro lugar, é evidente que atribuir validade a um ato estatal com base apenas na sua capacidade de fomento de um dado objetivo seria algo constitucionalmente vedado.⁴⁷³ Basta pensar no exame de proporcionalidade para concluir, já à partida, que determinados meios, por mais eficazes que sejam em relação ao fim ambicionado, estão excluídos do raio de ação legítima do Estado.

Em realidade, a avaliação da eficácia da lei, seja *ex ante* (avaliação da prognose), seja *ex post* (constatação dos seus efeitos concretos), poderia ser concebida como um critério subsidiário para fins de exame da constitucionalidade – um requisito *a mais* para além dos já tradicionalmente aplicados (proporcionalidade, igualdade, proibição do excesso, proibição de insuficiência, razoabilidade etc.)⁴⁷⁴. Logo, haveria um *agravamento* de tal juízo, o qual ganharia em *rigor*, uma vez que mais um elemento passaria a integrá-lo.

Nesse sentido, alguns autores trabalham a avaliação da qualidade da lei, tal qual preconizada pela *Legística*, sob duas perspectivas ou dois momentos: (a) um exame eminentemente normativo acerca da sua *validade constitucional* e (b) um exame eminentemente empírico acerca do seu *desempenho* (sobretudo *eficácia* da lei).⁴⁷⁵ Naturalmente, este último critério também teria implicações no plano da validade constitucional da norma.

A averiguação da eficácia do ato legislativo seria, pois, um importante complemento à primeira investigação. Ela revelaria os limites daqueles critérios, apontando quando a sua pura aplicação acaba por conduzir a uma apenas *ilusória* validade.⁴⁷⁶ Atuaria de modo a deslegitimar medidas que somente à *primeira vista* parecem adequadas, uma vez que não atingem concretamente os fins aos quais estão dirigidas.⁴⁷⁷

Essa separação sugerida entre exame de validade constitucional e exame de eficácia do ato legislativo não é, ao menos nesses exatos termos, encampada por este estudo. Tal distinção pode revelar-se, de certo modo, até desnecessária, a depender do conteúdo normativo atribuído ao postulado da proporcionalidade, sobretudo ao subcritério da *adequação*. Consoante já referido no segundo capítulo, a adequação da medida é passível de valoração com base nas informações disponíveis quando da edição da lei (exame *a priori* ou

⁴⁷³ FLÜCKIGER, Alexandre. Effectiveness: a new Constitutional principle, op. cit., p. 185. Em semelhante sentido, DORBECK-JUNG, Bärbel. *Conceptualizing Legisprudence*, op. cit., p. 3.

⁴⁷⁴ FLÜCKIGER, Alexandre. Effectiveness: a new Constitutional principle, op. cit., p. 190.

⁴⁷⁵ DORBECK-JUNG, Bärbel. *Conceptualizing Legisprudence*, op. cit., p. 03. Ver ainda FLÜCKIGER, Alexandre. Effectiveness: a new Constitutional principle, op. cit., p. 190.

⁴⁷⁶ FLÜCKIGER, Alexandre. Effectiveness: a new Constitutional principle, op. cit., p. 190.

⁴⁷⁷ FLÜCKIGER, Alexandre. Effectiveness: a new Constitutional principle, op. cit., p. 190. Ver ainda MADER, Luzius. Evaluation of Legislation. Contribution to the quality of legislation, op. cit., item 8.

ex ante) ou quando do julgamento da sua constitucionalidade pelo Poder Judiciário (exame *a posteriori* ou *ex post*).⁴⁷⁸

Da mesma forma, a adequação pode ser analisada de forma meramente *abstracta*, à luz da sua plausibilidade, ou de forma *concreta*, questionando-se os efeitos reais gerados pela medida estatal.⁴⁷⁹ Àquela altura, defendeu-se que o postulado da proporcionalidade, no seu subelemento adequação, não poderia restringir-se a uma investigação *a priori* e *abstracta*, devendo também valer-se de informações atuais sobre os seus efeitos concretos verificados até aquele momento.

Por conseguinte, caso se tenha como premissa um exame *alargado* de adequação, o qual será tanto *a priori* e *em abstracto*, quanto *a posteriori* e *em concreto*, a exigência de avaliação da eficácia da lei não será elemento estranho ao conjunto de postulados que hoje se entrelaçam no juízo constitucional. Tratar-se-á, antes, de análise passível de dedução do próprio conteúdo normativo da *proporcionalidade*, especialmente no âmbito da *adequação* do meio ao fim. Nesse sentido, concorda-se com Mader, para quem as avaliações da prognose legislativas, ao iluminarem o problema dos efeitos concretos da lei, acabaram por conferir *novos sentidos* a normas constitucionais, especialmente ao postulado da proporcionalidade.⁴⁸⁰

Após esse esclarecimento, procede-se a uma necessária precisão conceitual. Ao longo do capítulo, empregou-se variadas vezes a expressão "avaliação da eficácia da lei". De que *eficácia*, contudo, se está a falar? Por certo não se trata do tradicional conceito de eficácia *jurídica*, o qual forma uma tríade juntamente às noções de existência e de validade jurídica.⁴⁸¹ Está-se a empregar o termo com um sentido muito preciso e particular, o qual resta assim formulado: eficácia é a "natureza de algo que produz o efeito esperado" (trad. nossa).⁴⁸² No plano legislativo, uma lei pode ser considerada *eficaz* sempre que os efeitos de sua aplicação representarem uma suficiente promoção dos fins concretos objetivados pelo legislador.⁴⁸³

⁴⁷⁸ Conferir ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 210.

⁴⁷⁹ Conferir ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 211.

⁴⁸⁰ MADER, Luzius. *Evaluation of Legislation. Contribution to the quality of legislation*, op. cit., item 8.

⁴⁸¹ Consoante Guastini, na linguagem jurídica, o vocábulo *eficácia* é utilizado em dois sentidos principais: "(a) em um primeiro sentido, 'eficácia' significa capacidade de produzir efeitos jurídicos [...]; (b) em um segundo sentido, 'eficácia' significa aplicabilidade" (ver GUASTINI, Riccardo. *La Sintassi del Diritto*, op. cit., pp. 257-8).

⁴⁸² FLÜCKIGER, Alexandre. *Effectiveness: a new Constitutional principle*, op. cit., p. 186. No original: "the nature of that which produces the expected effect". Nesse ponto, uma advertência é necessária. Ao longo do artigo de Alexandre Flückiger, há um equívoco de tradução do francês para o inglês: traduziu-se o termo "efficacité" como *effectiveness*, quando o correto seria *efficacy*. Em síntese, no referido ensaio, a expressão "effectiveness" deve ser compreendida como "efficacy" e vice versa. Tal equívoco aparece inclusive no título, o qual seria assim reformulado: "Efficacy: a new Constitutional principle".

⁴⁸³ FLÜCKIGER, Alexandre. *Effectiveness: a new Constitutional principle*, op. cit., p. 186. Em sentido similar, MADER, Luzius. *Evaluation of Legislation. Contribution to the quality of legislation*, op. cit., item 5 e KARPEN, Ulrich. *The evaluation of legislation*, op. cit., pp. 34-5.

Tal termo costuma ser usado em conjunto a outros dois *efetividade* e *eficiência*. A efetividade da lei será definida, nos limites deste estudo, como o grau de congruência entre o comando normativo e o comportamento dos seus destinatários.⁴⁸⁴ Ilustrativamente, pode-se questionar o quanto uma proibição é respeitada ou cumprida, um mandado é executado e uma permissão (um direito) é utilizada.

É importante perceber, nesse contexto, a *inexistência* de uma relação necessária entre *efetividade* e *eficácia* da lei. Noutras palavras, é possível que um comando normativo seja plenamente respeitado pelos destinatários, mas os objetivos concretos do legislador não sejam promovidos. Isso porque, conforme Mader, "a efetividade é uma condição, mas não necessariamente uma garantia para a eficácia da legislação" (trad. nossa).⁴⁸⁵ O cumprimento da norma somente gerará *também* sua eficácia quando, de fato, houver uma relação causal entre o seu comando e o objetivo buscado.

Ainda em relação à efetividade, nem sempre é possível afirmar, com segurança, que os comportamentos examinados são decorrência do dispositivo que os determina.⁴⁸⁶ Como exemplo, cita-se o uso do cinto de segurança, que é obrigatório por lei. É bem possível que, durante um período inicial, a adoção da conduta devida (utilização do cinto) tenha sido influenciada pelo mandado jurídico. Todavia, caso tal lei fosse revogada, é plausível pensar que esse comportamento não sofreria grande mudança, uma vez que foi incorporado à prática social. Se assim ocorresse, poder-se-ia afirmar que os cidadãos usavam o cinto por motivos já independentes da norma que os obrigava a tanto. Trata-se, no entanto, de situação fática de difícil aferição ou demonstração. Como identificar, dentre as variáveis envolvidas, as responsáveis pelos efeitos observados?⁴⁸⁷

Por fim, o critério da eficiência trata da relação entre os *custos* e os *benefícios* do ato legislativo.⁴⁸⁸ Com ele, examina-se a proporção entre os recursos investidos em uma lei ou

⁴⁸⁴ FLÜCKIGER, Alexandre. Effectiveness: a new Constitutional principle, op. cit., p. 186. Em sentido similar, MADER, Luzius. Evaluation of Legislation. Contribution to the quality of legislation, op. cit., item 5 e KARPEN, Ulrich. The evaluation of legislation, op. cit., pp. 34-5.

⁴⁸⁵ MADER, Luzius. Evaluation of Legislation. Contribution to the quality of legislation, op. cit., item 5. No original: "Effectiveness is a condition, but not necessarily a guarantee for the efficacy of legislation". No mesmo sentido, ver Díez Ripollés, José Luis. *La Racionalidad de la Leyes Penales*, op. cit., p. 95.

⁴⁸⁶ MADER, Luzius. Evaluation of Legislation. Contribution to the quality of legislation, op. cit., item 5 e WESTERMAN, Pauline. Governing by Goals. Governance as a legal style. *Legisprudence: International Journal for the Study of Legislation*. Hart Publishing, vol. I, nº 1, pp. 51-72, 2007, p. 59.

⁴⁸⁷ DELLEY, Jean-Daniel. Painel 5. Lei e políticas públicas: mecanismos de avaliação (conferência reduzida a termo). In: COELHO, Alberto Pinto (Org.). *Congresso Internacional de Legística: Qualidade da Lei e Desenvolvimento*. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2009, p. 184.

⁴⁸⁸ Em sentido similar, MADER, Luzius. Evaluation of Legislation. Contribution to the quality of legislation, op. cit., item 5 e KARPEN, Ulrich. The evaluation of legislation, op. cit., p. 35.

política pública e os correlatos resultados concretos obtidos.⁴⁸⁹ Por recursos ou custos, deve-se compreender não apenas os valores econômicos empregados, mas também elementos *imateriais*, como inconvenientes emocionais ou psicológicos eventualmente causados aos destinatários.⁴⁹⁰ Quanto aos benefícios, devem ser considerados não apenas aqueles pretendidos pelo legislador, mas também os que, conquanto não previstos, sejam positivos e importantes.⁴⁹¹

Esses são, pois, os conceitos de eficácia, efetividade e eficiência. Para os objetivos do presente estudo, relevante será a avaliação da lei à luz, fundamentalmente, do critério da sua *eficácia*. Isso porque, ao se questionar o quanto uma legislação poderá vir a ser eficaz (*exame prospectivo*) ou o quanto já é eficaz (*exame retrospectivo*), está-se, em realidade, perguntando sobre a racionalidade e o acerto da prognose do legislador. O exame da eficácia representa, pois, justamente o exame da própria validade da previsão legislativa que subjaz à lei.

Para sintetizar, as ideias até aqui expostas restam assim reformuladas: (i) a necessidade da análise da *eficácia* da lei pode ser deduzida do próprio conteúdo normativo do postulado da proporcionalidade e (ii) tal critério de avaliação legislativa deve ser entendido como uma pergunta acerca das possibilidades de a lei produzir os efeitos esperados (avaliação *prospectiva* durante o processo legislativo) ou de já estar, de fato, produzindo-os (avaliação *retrospectiva* da lei em vigor).

3.2.2.2 Aspectos formais

Em termos formais, a avaliação deve ser o mais metódica possível, de modo a dar credibilidade aos seus resultados. Ademais, os fundamentos que embasam suas conclusões precisam estar plenamente acessíveis a todos para que sejam confrontados. O exame tem de ser sistemático, abrangendo a análise dos efeitos relevantes da maneira mais completa possível.⁴⁹² Finalmente, deve-se prezar pela objetividade e pela imparcialidade. Logo, as assertivas apresentadas não devem decorrer de visões parciais, nem estar contaminadas por interesses particulares.

⁴⁸⁹ FLÜCKIGER, Alexandre. Effectiveness: a new Constitutional principle, op. cit., p. 186.

⁴⁹⁰ MADER, Luzius. Evaluation of Legislation. Contribution to the quality of legislation, op. cit., item 5 e KARPEN, Ulrich. The evaluation of legislation, op. cit., p. 35.

⁴⁹¹ MADER, Luzius. Evaluation of Legislation. Contribution to the quality of legislation, op. cit., item 5 e KARPEN, Ulrich. The evaluation of legislation, op. cit., p. 35.

⁴⁹² MADER, Luzius. Improving legislation by evaluating its effects: the Swiss experience, op. cit., p. 76 e, do mesmo autor, Evaluation of Legislation. Contribution to the quality of legislation, op. cit., item 2.

Por tais motivos, os exames costumam ser elaborados por terceiros especialistas na temática e apresentados sob a forma de relatório ou memorando. Conforme Mader, avaliações que cumpram os pressupostos antes elencados serão muito mais do que meras manifestações subjetivas ou intuitivas.⁴⁹³ Ao mesmo tempo, o jurista admite que elas ainda não estão aptas a cumprir, de maneira plenamente satisfatória, todas as exigências mais estritas do campo científico.⁴⁹⁴

Trata-se, pois, de um limite qualitativo do exame, o qual será discutido em pormenores ao final do capítulo. Nesse contexto, é preciso admitir que as avaliações legislativas se situam nesses dois extremos. Esforços não faltam, entretanto, para que elas caminhem, mais e mais, rumo à utilização de uma abordagem tão cientificamente rigorosa quanto praticável e possível for.⁴⁹⁵

3.2.3 Pressupostos do exame: adequada identificação da prognose legislativa

Se a *eficácia* da lei diz respeito a sua capacidade de atingir fins esperados, então uma clara identificação da prognose legislativa é pressuposto para o seu exame e controle.⁴⁹⁶ Necessita-se, nas palavras de Flückiger, que o objetivo almejado seja "claro, não ambíguo, específico, facilmente mensurado, operacional, precisamente determinado, explícito, estável, certo, convergente e não contraditório" (trad. nossa).⁴⁹⁷ Tais condições, obviamente *ideais*, jamais serão encontradas na íntegra em projetos de lei.

Conforme Ávila, observam-se costumeiramente inovações legislativas cujos fins pretendidos são tanto *obscuros* (não esclarecidos em seu conteúdo) quanto *contraditórios* (incompatíveis entre si).⁴⁹⁸ Noutras vezes, eles sequer são apontados, mantêm-se *implícitos*, reforçando ainda mais as dificuldades do intérprete. Fato é que tais inconsistências

⁴⁹³ MADER, Luzius. Improving legislation by evaluating its effects: the Swiss experience, op. cit., p. 77 e, do mesmo autor, Evaluation of Legislation. Contribution to the quality of legislation, op. cit., item 2.

⁴⁹⁴ MADER, Luzius. Improving legislation by evaluating its effects: the Swiss experience, op. cit., p. 77 e, do mesmo autor, Evaluation of Legislation. Contribution to the quality of legislation, op. cit., item 2.

⁴⁹⁵ MADER, Luzius. Improving legislation by evaluating its effects: the Swiss experience, op. cit., p. 77 e, do mesmo autor, Evaluation of Legislation. Contribution to the quality of legislation, op. cit., item 2.

⁴⁹⁶ FLÜCKIGER, Alexandre. Effectiveness: a new Constitutional principle, op. cit., p. 191.

⁴⁹⁷ FLÜCKIGER, Alexandre. Effectiveness: a new Constitutional principle, op. cit., p. 191. No original: "clear, unambiguous, specific, easily measurable, operational, precisely determined, explicitly expressed, stable, certain, convergent and non-contradictory". Em sentido similar, conferir SUMMERS, Robert Samuel. *Instrumentalism and American Legal Theory*, op. cit., p. 247.

⁴⁹⁸ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria da Igualdade Tributária*, op. cit., p. 73.

praticamente inviabilizam qualquer controle intersubjetivo da prognose do legislador, uma vez que se torna impossível determinar se houve ou não sua confirmação.⁴⁹⁹

Diante disso, torna-se insustentável uma dispensa do dever de o legislador indicar, de forma "clara, coerente e expressa"⁵⁰⁰, os objetivos pretendidos a partir da inovação legal. Por tais motivos, a *Legisprudence* elaborou um método analítico de elaboração de projetos de leis, a fim de sanar os problemas apontados. Parte-se da ideia de que, se as leis trabalham com relações de *causa-efeito* (ou com um esquema *meio-fim*), então isso deve estar formulado claramente no documento normativo.⁵⁰¹

O primeiro e fundamental passo é, sem dúvida, identificar o problema que se deseja resolver (diagnose ou *base* da prognose).⁵⁰² Ora, para alterar uma dada situação fática, é essencial conhecê-la em detalhes. Assim, se a *base* do juízo de prognose for falsa, o seu *resultado* também será. A seguir, os objetivos almejados precisam ser formulados de forma precisa e, se possível, até quantificada, sob pena de inviabilizar seu controle.⁵⁰³ Para demonstrar as dificuldades causadas pelo desconhecimento da situação-problema que se quer solver, bem como pela formulação de objetivos extremamente *vagos e imprecisos*, reitera-se o exemplo apresentando no primeiro capítulo.

Imagine-se que o legislador aumentará a sanção atribuída a determinados delitos, com o desiderato de "diminuir a impunidade" e a "violência" na sociedade brasileira. Nessa hipótese, há dois problemas. Em primeiro lugar, a ausência de indicação clara de um marco inicial (estado de coisas atual) e de um marco final (estado de coisas almejado) torna a promoção de tal fim um processo verdadeiramente *eterno*, pois será sempre possível reduzir *mais e mais* a impunidade. Em segundo lugar, a baixa precisão do fim supostamente promovido impede, quase que por completo, o próprio controle desse fomento e da atuação estatal.

⁴⁹⁹ FLÜCKIGER, Alexandre. Effectiveness: a new Constitutional principle, op. cit., p. 191 e ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria da Igualdade Tributária*, op. cit., p. 74.

⁵⁰⁰ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria da Igualdade Tributária*, op. cit., p. 72.

⁵⁰¹ MADER, Luzius. Evaluation of Legislation. Contribution to the quality of legislation, op. cit., item 2.

⁵⁰² Nesse sentido, ver, na doutrina estrangeira, MADER, Luzius. Evaluation of Legislation. Contribution to the quality of legislation, op. cit., item 2, TAVARES DE ALMEIDA, Marta. Evaluation of Legislation: The Portuguese experience, op. cit., p. 155 e DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La Racionalidad de las Leyes Penales*, op. cit., p. 63 ss e, na doutrina brasileira, SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e desenvolvimento, op. cit., p. 126 e, da mesma autora, Notas introdutórias sobre elaboração legislativa: raízes e boas práticas entre Brasil e Canadá, op. cit., p. 166.

⁵⁰³ No mesmo sentido, conferir, na doutrina estrangeira, MADER, Luzius. Evaluation of Legislation. Contribution to the quality of legislation, op. cit., item 2, TAVARES DE ALMEIDA, Marta. Evaluation of Legislation: The Portuguese experience, op. cit., p. 155 e DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La Racionalidad de las Leyes Penales*, op. cit., p. 59 ss e, na doutrina brasileira, ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 117 e SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e desenvolvimento, op. cit., p. 126 e, da mesma autora, Notas introdutórias sobre elaboração legislativa: raízes e boas práticas entre Brasil e Canadá, op. cit., p. 166.

Ocorre que, quando se fala em "redução de impunidade", tanto uma diminuição de 0,0001% em taxas de reincidência quanto a sua redução em 50% estariam englobadas por tal expressão. Contudo, são situações concretas demasiadamente diversas para se equivalerem. Tal indevida convergência decorre justamente da excessiva amplitude do objetivo indicado. De tão vago, ele impede não apenas o delineamento do estado de coisas que, de fato, quer-se promover, mas também um controle adequado da sua promoção e, ainda, a identificação dos meios eficazes para tanto.⁵⁰⁴

Portanto, indispensável é definir suficientemente (i) tanto a situação fática sobre a qual a norma incidirá (diagnóstico) (ii) quanto o estado de coisas que se deseja fomentar. A seguir, fundamental será examinar as medidas cabíveis para resolver o problema, escolhendo-se aquela que, conforme a proporcionalidade, será adequada e necessária a tanto. É importante ressaltar que tal deliberação não deve se realizar "às cegas" ou apenas em *abstrato*, mas à luz de avaliação prospectiva dos possíveis efeitos da medida.⁵⁰⁵

A prestação de tais esclarecimentos deve tornar-se etapa necessária previamente a qualquer aprovação de novos projetos de lei, especialmente na área penal.⁵⁰⁶ Isso porque, como argumentado, a ausência de um problema concreto claro, bem como de fins precisamente delineados, inviabiliza um adequado exame e controle da prognose legislativa. Tal constatação servirá, ao menos, como um importante indício da irracionalidade da medida tomada pelo legislador, fruto de deliberação obscura, desconhedora da realidade e destituída de pretensões efetivas.

Noutras palavras, há grandes chances de que, quando em vigor, tal lei não apresente qualquer eficácia significativa para além de um efeito meramente simbólico ou tenha efeitos *negativos* sobre direitos fundamentais, profundamente diferentes dos antevistos e dos desejados. Por conseguinte, a omissão do legislador na prestação de tais esclarecimentos, ao invés de inviabilizar o controle constitucional sobre a sua tomada de decisão, deve vir a reforçá-lo.

Se for correta a assertiva de Schober de que quanto mais estrita for a elaboração legislativa, menos poder será implicitamente delegado ao Judiciário e ao Executivo, a

⁵⁰⁴ Klatt e Meister advertem que a clara identificação dos objetivos perseguidos influenciará intensamente a avaliação da adequação e da necessidade da medida eleita (KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *The Constitutional Structure of Proportionality*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 71).

⁵⁰⁵ MADER, Luzius. Evaluation of Legislation. Contribution to the quality of legislation, op. cit., item 2.

⁵⁰⁶ Nesse sentido, MADER, Luzius. Evaluation of Legislation. Contribution to the quality of legislation, op. cit., item 2 e TAVARES DE ALMEIDA, Marta. Evaluation of Legislation: The Portuguese experience, op. cit., p. 155 e, na doutrina brasileira, SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e desenvolvimento, op. cit., p. 126 e, da mesma autora, Notas introdutórias sobre elaboração legislativa: raízes e boas práticas entre Brasil e Canadá, op. cit., p. 166.

recíproca também deve sê-lo.⁵⁰⁷ Sendo assim, todo ato legislativo restritivo de direitos fundamentais que não forneça tais esclarecimentos prévios deverá ter, por decorrência, sua presunção de constitucionalidade mitigada, convocando a Jurisdição Constitucional a um controle de maior intensidade. Noutras palavras, o silêncio do legislador, em lugar de tornar "imune" sua deliberação, serve a desautorizá-la.

3.2.4 Critérios de exame

Devidamente identificada a prognose, torna-se possível avaliá-la. Quanto ao momento do exame, ele poderá ocorrer tanto durante o processo legislativo, como quando a lei já estiver em vigor. No que tange ao nível de eficácia ou de promoção dos fins almejados, pode-se constatar a sua *suficiência* ou a sua *insuficiência*, o que ensejará diferentes consequências. É o que se passa a analisar.

3.2.4.1 Quanto ao momento da avaliação

3.2.4.1.1 Processo Legislativo (avaliação *ex ante* ou *prospectiva*): exame predominantemente hipotético-normativo

As avaliações *ex ante* ou *prospectivas* são aquelas realizadas durante o processo legislativo, antes de a lei ingressar no ordenamento jurídico. Trata-se de exame que tem por objetivo antecipar, na medida do possível, os eventuais efeitos concretos que advirão da futura aplicação da lei na realidade social.⁵⁰⁸ Com tais informações, a escolha do legislador faz-se mais consciente, tornando-o politicamente mais responsável.

Dentre os instrumentos utilizados para a realização de avaliações *prospectivas*, destacam-se *checklist*, testes práticos, programa de demonstrações, simulações etc.⁵⁰⁹ Com o intuito de esclarecer a sua funcionalidade, serão agora referidos alguns exemplos de sua utilização na experiência estrangeira, nomeadamente na alemã e na portuguesa. Trata-se dos seguintes casos: (i) na Alemanha, a Lei das Catástrofes Naturais do Estado *Nordrhein-Westfalen* e o novo Código de Processo Civil (*Zivilprozessordnung*); (ii) em Portugal, a Lei do Rendimento Mínimo Garantido.

⁵⁰⁷ SCHOBBER, Katharina. *Der Zweck im Verwaltungsrecht*, op. cit., p. 5.

⁵⁰⁸ MADER, Luzius. Evaluation of Legislation. Contribution to the quality of legislation, op. cit., item 3.

⁵⁰⁹ MADER, Luzius. Evaluation of Legislation. Contribution to the quality of legislation, op. cit., item 6. Ver ainda KARPEN, Ulrich. The evaluation of legislation, op. cit., pp. 44-5.

Iniciando-se pela prática alemã, Ulrich Karpen refere que o projeto de lei que deu origem à Lei das Catástrofes Naturais do Estado de *Nordrhein-Westfalen* (NRW) foi submetido a interessante exame *prospectivo*, a partir da técnica da “simulação *in-vitro*” (*in-vitro simulation*).⁵¹⁰ O Ministério do Interior teria colocado em um tabuleiro todas as instituições públicas que entrariam em ação no caso de uma tragédia natural (polícia, bombeiros, exército, autoridades locais, regionais, federais etc.).⁵¹¹ Alguns desastres foram simulados e tais instituições chamadas a opinar. Esses testes foram fundamentais para a identificação de uma série de falhas, bem como para sua adequada correção *previamente* ao ingresso da lei no ordenamento.

Uma segunda técnica de avaliação *ex ante* relatada por Karpen consiste na distribuição da minuta da futura lei àqueles que serão os principais responsáveis por aplicá-la.⁵¹² Exemplificativamente, um projeto de nova lei social relativa ao auxílio a crianças e a adolescentes foi entregue às instâncias administrativas competentes. Pediu-se que os administradores indicassem, à luz de novos casos reais que iam surgindo, como decidiriam se a lei já estivesse em vigor.⁵¹³ Tais respostas foram apresentadas sob a forma de relatórios, a partir dos quais foi possível identificar inúmeros problemas – bem como corrigi-los já *a priori*.

A mesma técnica foi utilizada em relação ao novo Código de Processo Civil alemão (*Zivilprozessordnung*). Novamente, a ação partiu do Estado de *Nordrhein-Westfalen*. O seu Ministério da Justiça submeteu o projeto de novo Código a juízes das mais variadas esferas, pedindo que informassem como decidiriam determinados casos à luz das normas atuais e à luz das inovações trazidas.⁵¹⁴ A ideia era justamente comparar o *ex ante* (Código atual) e o *ex post* (novo Código). A partir disso, observou-se uma diferença importante em termos, sobretudo, de *tempo* e de *custo* do processo.

Já na experiência portuguesa, muito interessante é o caso da Lei do Rendimento Mínimo Garantido (Lei 19-A/1996), que instituiu um regime não contributivo de seguridade social e um programa de integração social.⁵¹⁵ A nova política pública, contudo, somente entrou em vigor um ano depois, em julho de 1997. Durante tal período, vários projetos pilotos foram examinados pelo Comitê Nacional para o Rendimento Mínimo Garantido. Tal órgão foi

⁵¹⁰ Mais detalhes em KARPEN, Ulrich. The evaluation of legislation, op. cit., p. 44.

⁵¹¹ KARPEN, Ulrich. The evaluation of legislation, op. cit., p. 44.

⁵¹² KARPEN, Ulrich. The evaluation of legislation, op. cit., p. 45.

⁵¹³ KARPEN, Ulrich. The evaluation of legislation, op. cit., p. 45.

⁵¹⁴ KARPEN, Ulrich. The evaluation of legislation, op. cit., p. 45.

⁵¹⁵ Ver TAVARES DE ALMEIDA, Marta. Evaluation of Legislation: The Portuguese experience. In: PITARCH, Ismael E. (Org.) *Legislador i tècnica legislativa*. Barcelona: Publicacions del Parlament de Catalunya, 2003, p. 150.

criado pela lei em questão justamente para monitorá-la, estando comissionado pelo Centro de Pesquisa e Estudos Sociais da Universidade de Coimbra.⁵¹⁶

Os estudos desenvolvidos permitiram uma caracterização clara do fenômeno da *exclusão social*, bem como da maneira como a política pública deveria intervir nessa realidade, além de apontar as falhas e os méritos dos projetos pilotos existentes.⁵¹⁷ As recomendações e conclusões de tal estudo foram fundamentais para a redação do Decreto-Lei 196/97, depois emendado pelo Decreto-Lei 84/2000, os quais vieram a regulamentar a Lei do Rendimento Mínimo Garantido.⁵¹⁸ Quando em vigor, ela passou novamente por avaliações, desta vez *retrospectivas*. Naquele momento, era fundamental averiguar se a prognose construída de forma tão cuidadosa realmente se mostrou acertada.⁵¹⁹

3.2.4.1.2 Norma em vigor (avaliação ex post ou retrospectiva): exame predominantemente empírico-estatístico

As avaliações *ex post* ou *retrospectivas* são aquelas realizadas quando a lei já está em pleno vigor ou, no caso de legislações com prazo de vigência determinado (como as chamadas *leis experimentais*), imediatamente antes ou após o término da sua eficácia jurídica.⁵²⁰ Trata-se de exame que tem por objetivo investigar, de forma razoavelmente precisa, quais são os reais efeitos concretos do ato legislativo.⁵²¹ Com tais informações, tanto o legislador poderá *emendar* ou *corrigir* a lei, quanto terá reforçados subsídios para *bem* elaborar novas legislações.

Dentre os instrumentos utilizados para a realização de avaliações *retrospectivas*, destacam-se métodos quantitativos e qualitativos típicos do campo das ciências sociais, tais como entrevistas, observações, estatísticas, monitoramento, comparação entre população

⁵¹⁶ TAVARES DE ALMEIDA, Marta. Evaluation of Legislation: The Portuguese experience, op. cit. pp. 150-1.

⁵¹⁷ Tais estudos podem ser encontrados em CAPUCHA, Luis Manuel (Coord.). *Rendimento Mínimo Garantido: Avaliação da fase experimental*. Coimbra: Center for Research and Sociological Studies, 1998.

⁵¹⁸ TAVARES DE ALMEIDA, Marta. Evaluation of Legislation: The Portuguese experience, op. cit., p. 151.

⁵¹⁹ Exemplificativamente, conferir BAPTISTA, Isabel; CABRITA, Jorge. Portugal. Regimes de Rendimento Mínimo. Um estudo das Políticas Nacionais. *Centro de Estudos para a Intervenção Social*. European Commission - DG Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, abr. 2009.

⁵²⁰ Sobre o tema das *legislações experimentais*, ver MADER, Luzius. Evaluation of Legislation. Contribution to the quality of legislation, op. cit., item 4 e, do mesmo autor, Improving legislation by evaluating its effects: the Swiss experience, op. cit., p. 87; KARPEN, Ulrich. The evaluation of legislation, op. cit., p. 47 e RANCHORDÁS, Sofia. *Constitutional Sunsets and Experimental Legislation. A Comparative Perspective*. Cheltenham: Edward Elgar, 2014, p. 7 ss.

⁵²¹ MADER, Luzius. Evaluation of Legislation. Contribution to the quality of legislation, op. cit., item 3.

atingida e população não atingida pela inovação legal etc.⁵²² Com o intuito de esclarecer a sua funcionalidade, serão agora expostos alguns exemplos de sua utilização na experiência estrangeira, nomeadamente na suíça e na portuguesa.

Trata-se dos seguintes casos: (i) na Suíça, as obrigações de revisão periódicas previstas em determinadas legislações e o Regulamento da Promoção de Pesquisas Científicas Paralelas e da Melhoria da Condição de Vida de Viciados em Drogas (*Ordinance on the Promotion of Parallel Scientific Research and Improving the Living Conditions of Drug Addicts*); (ii) em Portugal, o Código da Estrada (Decreto-Lei 114/94). É o que se passa a examinar.

Sem dúvida, uma das formas mais importantes e eficazes de institucionalizar avaliações *retrospectivas* é torná-las obrigatórias a partir da sua previsão em dispositivos integrantes da própria legislação que será submetida a exame. O artigo 44 da Lei de Proteção Ambiental (*Umweltschutzgesetz*) da Suíça, por exemplo, determina que a Confederação promova estudos para identificar o grau de sucesso das medidas previstas naquele ato normativo.⁵²³ Semelhante dispositivo está presente na Lei da Energia (*Energiegesetz*, art. 20), o qual prevê a realização de avaliações *periódicas*, a partir de sistemático monitoramento dos efeitos da norma em vigor.⁵²⁴

De notória relevância é o exemplo da Lei da Promoção de Pesquisas Científicas Paralelas e da Melhoria da Condição de Vida de Viciados em Drogas (*Ordinance on the Promotion of Parallel Scientific Research and Improving the Living Conditions of Drug Addicts*, 1992).⁵²⁵ Trata-se de paradigmático exemplo de *lei experimental* aprovada na Suíça. Tais legislações identificam-se, sobretudo, pelo fato de vigorarem por período de tempo limitado, estabelecido antes mesmo do seu ingresso no ordenamento. A peculiaridade tem por função propiciar um exame acerca da adequação da medida legislativa à realização dos objetivos almejados. A partir de tais dados, pode-se então formular, com redobrada segurança, uma legislação mais duradoura para a temática.⁵²⁶

⁵²² MADER, Luzius. Evaluation of Legislation. Contribution to the quality of legislation, op. cit., item 6. Ver ainda KARPEN, Ulrich. The evaluation of legislation, op. cit., pp. 46-7.

⁵²³ MADER, Luzius. Improving legislation by evaluating its effects: the Swiss experience, op. cit., p. 85.

⁵²⁴ MADER, Luzius. Improving legislation by evaluating its effects: the Swiss experience, op. cit., p. 86.

⁵²⁵ MADER, Luzius. Improving legislation by evaluating its effects: the Swiss experience, op. cit., p. 87 e, do mesmo autor, Evaluation of Legislation. Contribution to the quality of legislation, op. cit., item 4, nota de rodapé nº 13.

⁵²⁶ Conforme Sofia Ranchordás, uma vez avaliada a legislação experimental e tendo ela gerado resultados satisfatórios, pode-se, a partir de tais dados, adaptá-la com o intuito de finalmente emitir um texto legal permanente (RANCHORDÁS, Sofia. *Constitutional Sunsets and Experimental Legislation*, op. cit., p. 7).

Sobre esse ponto, a advertência de Mader é muito relevante: toda lei tem uma natureza de *experimento*, na medida em que é parte de um processo de aprendizado amparado em uma lógica de tentativa e erro.⁵²⁷ Entretanto, não é esse o sentido usualmente conferido à expressão "lei experimental". A partir de um *conceito estrito*, legislações experimentais são aquelas que apresentam como características fundamentais (i) a limitação da sua eficácia no tempo; (ii) a descrição clara dos seus propósitos; (iii) a indicação precisa dos instrumentos que serão utilizados para avaliar os resultados concretos da sua aplicação e (iv) a previsão de intervalos de tempo em que haverá a coleta de tais dados, com a designação dos órgãos competentes a tanto (submissão a monitoramento sistemático).⁵²⁸

Nesse sentido, legislações experimentais apresentam, no seu corpo, a chamada *sunset clause ou provision*, disposição que autolimita seu período de vigência.⁵²⁹ Elas expirarão após o decurso do prazo previsto, a menos que o Parlamento renove o ato ou emita nova legislação em seu lugar.⁵³⁰ Seu emprego justifica-se, como regra, em contextos nos quais os resultados de avaliações prospectivas são fortemente incertos e inconclusivos.⁵³¹ As informações recolhidas durante o intervalo de "teste" permitem, pois, uma deliberação legislativa muito mais segura, consciente e eficaz ao enfrentamento do problema.

No que tange à referida lei experimental suíça, estava em questão a autorização de propostas – cientificamente fundadas – de desenvolvimento de programa de prevenção e do tratamento para reduzir danos causados pelo uso de drogas durante um determinado intervalo de tempo.⁵³² Conquanto se estivesse lidando com delicado problema – e com temática altamente controversa – os resultados dos experimentos foram promissores. Permitiu-se, em 1998, por um curto período de tempo, que médicos prescrevessem legalmente, sob certas condições, *heroína* para pacientes.⁵³³ Tal legislação experimental foi renovada em seus

⁵²⁷ MADER, Luzius. Evaluation of Legislation. Contribution to the quality of legislation, op. cit., item 4 e RANCHORDÁS, Sofia. *Constitutional Sunsets and Experimental Legislation*, op. cit., pp. 7-8.

⁵²⁸ Ver MADER, Luzius. Evaluation of Legislation. Contribution to the quality of legislation, op. cit., item 4.

⁵²⁹ Conforme a metáfora de Ranchordás, tais cláusulas nascem para cumprir uma missão e morrem após um período de tempo pré-fixado (RANCHORDÁS, Sofia. *Constitutional Sunsets and Experimental Legislation*, op. cit., p. 8).

⁵³⁰ KARPEN, Ulrich. The evaluation of legislation, op. cit., p. 47. Sobre o tema, ver ainda RANCHORDÁS, Sofia. *Constitutional Sunsets and Experimental Legislation*, op. cit., p. 8 ss.

⁵³¹ DELLEY, Jean-Daniel. Pensar a Lei. Introdução a um procedimento metódico, op. cit., p. 143. Conforme Tavares de Almeida, tais legislações são uma metodologia apropriada para obter consenso. A partir delas, o legislador pode expor suas dúvidas, resolvendo-as à luz dos resultados concretos verificados (TAVARES DE ALMEIDA, Marta. Country presentations: Portugal. In: MADER, Luzius; MOLL, Chris (Coords.). *The Learning Legislator*. Proceedings of the Seventh Congress of the European Association of Legislation (EAL). Nomos: Baden-Baden, 2009, p. 180).

⁵³² MADER, Luzius. Improving legislation by evaluating its effects: the Swiss experience, op. cit., p. 87 e, do mesmo autor, Evaluation of Legislation. Contribution to the quality of legislation, op. cit., item 4.

⁵³³ Ver MADER, Luzius. Improving legislation by evaluating its effects: the Swiss experience, op. cit., p. 88 e, do mesmo autor, Evaluation of Legislation. Contribution to the quality of legislation, op. cit., item 4.

efeitos, até a sua inserção no projeto de Reforma da Lei de Narcóticos (*Betäubungsmittelgesetz*), o qual entraria em vigor em 2009.⁵³⁴

A experiência portuguesa, por sua vez, apresenta um interessante caso de legislação submetida à avaliação *ex post*. O Código da Estrada de Portugal (Decreto-Lei 114/94) sofreu importantes alterações pelo Decreto-Lei 162, de maio de 2001. Dentre elas, destacava-se a *redução* do limite máximo permitido de álcool no sangue do condutor (de 0.5 gr./l para 0.2 gr./l). Inúmeras controvérsias surgiram em razão da mudança promovida. Nesse contexto, um grupo de especialistas em pesquisa sociológica e em análise econômica foi incumbido pelo Governo (especificamente pela Comissão para a Simplificação da Regulação) de realizar um estudo sobre o impacto socioeconômico da alteração.⁵³⁵

Conforme relata Maria Tavares de Almeida, uma vez que não houve avaliação *ex ante*, esse exame *ex post* mostrava-se, primeiramente, um importante exercício acadêmico pedagógico.⁵³⁶ O grupo de especialistas analisou os efeitos ensejados pela mudança em questão, bem como simulou a relação custo *v.* benefício de várias outras opções possíveis (inclusive a redução do limite para 0 gr./l).⁵³⁷ Dentre as recomendações feitas, os estudiosos ressaltaram a imensa dificuldade na coleta de dados, em razão da incipiência de estudos dessa natureza em Portugal.

Ainda conforme a autora, o compartilhamento ou o recolhimento de informações eram raros em seu país, na medida em que não havia nem avaliações regulares e sistemáticas feitas sobre esses dados, nem sua coleta obrigatória por parte do Governo.⁵³⁸ Por tal razão, defendeu-se, no mencionado estudo, a necessidade de criação de um banco de dados que reunisse informações de pesquisas empíricas, a fim de viabilizar avaliações *ex ante* e *ex post*.⁵³⁹ Sustentou-se ainda que exames prospectivos deveriam ser obrigatórios antes de qualquer alteração normativa relevante, especialmente quando seus efeitos sobre direitos fundamentais fossem potencialmente intensos e incertos.⁵⁴⁰ Ao que parece, tais demandas

⁵³⁴ MADER, Luzius. Improving legislation by evaluating its effects: the Swiss experience, op. cit., p. 88.

⁵³⁵ TAVARES DE ALMEIDA, Marta. Evaluation of Legislation: The Portuguese experience, op. cit., p. 154.

⁵³⁶ TAVARES DE ALMEIDA, Marta. Evaluation of Legislation: The Portuguese experience, op. cit., p. 154.

⁵³⁷ Tal avaliação está publicada em PITA BARROS, Pedro; GAROUPA, Nuno. Avaliação de impacto de normas – Efeitos económicos da alteração ao artigo 81º do Código da Estrada. *Legislação. Cadernos de Ciência da Legislação*, Oeiras, nº 30/31, pp. 135-182, jan./jun. 2001.

⁵³⁸ TAVARES DE ALMEIDA, Marta. Evaluation of Legislation: The Portuguese experience, op. cit., p. 155.

⁵³⁹ PITA BARROS, Pedro; GAROUPA, Nuno. Avaliação de impacto de normas – Efeitos económicos da alteração ao artigo 81º do Código da Estrada, op. cit., p. 179 ss. Ver também TAVARES DE ALMEIDA, Marta. Evaluation of Legislation: The Portuguese experience, op. cit., p. 155.

⁵⁴⁰ PITA BARROS, Pedro; GAROUPA, Nuno. Avaliação de impacto de normas – Efeitos económicos da alteração ao artigo 81º do Código da Estrada, op. cit., p. 179 ss. Ver também TAVARES DE ALMEIDA, Marta. Evaluation of Legislation: The Portuguese experience, op. cit., p. 155.

encontraram parcial acolhida em 2006, com a instituição do Programa *SIMPLEX*.⁵⁴¹ Dentre suas medidas, houve o desenvolvimento de um *checklist* (o chamado Teste *Simplex*) para fins de avaliação *ex ante* dos impactos (sobretudo econômicos) de alterações normativas.⁵⁴²

3.2.4.1.3 Conjugação dos exames

Apresentados alguns exemplos concretos de avaliação *ex ante* e *ex post* de leis em variados países, quer-se agora propor uma reflexão sobre o seu papel para o aprimoramento do processo de elaboração legislativo. Em primeiro lugar, tais exames são complementares. Ao produzir dados úteis para comparações e analogias, avaliações *retrospectivas* constroem bases consistentes para novas avaliações *prospectivas*, possibilitando a emissão de prognoses muito mais acuradas sobre os futuros efeitos de uma dada lei.⁵⁴³ Nesse sentido, tais valorações são etapas necessárias de uma metodologia de elaboração legislativa *mais* consciente em suas deliberações e politicamente *mais* responsável.

Há, pois, um caminho analítico a ser seguido: (i) identificação clara do problema sobre o qual se pretende atuar (*diagnóstico*), (ii) formulação precisa do objetivo que se deseja alcançar, (iii) ampla seleção de meios *a priori* adequados a tanto (jurídicos ou não), (iv) avaliação *prospectiva* dos efeitos hipotéticos das principais medidas em discussão (*prognóstico*), (v) redação do projeto, (vi) aprovação da legislação e entrada em vigor, (vii) avaliação *retrospectiva* dos seus efeitos e, finalmente, (viii) correção ou emenda da lei, se for o caso, para adequá-la à luz dos resultados do exame *ex post*.⁵⁴⁴

O longo percurso legislativo sugerido tem por pano de fundo uma nova concepção acerca da atividade do legislador. Essa compreensão vê o ato de legislar como um incessante "processo de aprendizagem" (*learning process*), no qual a avaliação dos efeitos da legislação "é um dos pré-requisitos fundamentais [...] para aprender; um processo no qual também a

⁵⁴¹ Maiores detalhes sobre o programa em questão podem ser encontrados em <<http://www.simplex.pt/downloads/2006ProgramaSimplex.pdf>>. Sobre o *SIMPLEX* e outros programas desenvolvidos em Portugal, ver TAVARES DE ALMEIDA, Marta. Country presentations: Portugal. In: MADER, Luzius; MOLL, Chris (Coords.). *The Learning Legislator*, op. cit., pp. 176-8.

⁵⁴² O Teste *Simplex* (*checklist*) integra o Anexo I do Programa de Simplificação Administrativa e Legislativa (*SIMPLEX* 2006), o qual está disponível, na íntegra, em <<http://www.simplex.pt/downloads/2006ProgramaSimplex.pdf>>.

⁵⁴³ MADER, Luzius. Evaluation of Legislation. Contribution to the quality of legislation, op. cit., item 3.

⁵⁴⁴ Em semelhante sentido, na doutrina estrangeira, MADER, Luzius. Evaluation of Legislation. Contribution to the quality of legislation, op. cit., item 2 e TAVARES DE ALMEIDA, Marta. Evaluation of Legislation: The Portuguese experience, op. cit., p. 155 e, da mesma autora, Painel 3. A contribuição da Legística para uma política de legislação: concepções, métodos e técnicas (conferência reduzida a termo), op. cit., p. 89 ss. Já na doutrina brasileira, conferir SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e desenvolvimento, op. cit., p. 126 e, da mesma autora, Notas introdutórias sobre elaboração legislativa: raízes e boas práticas entre Brasil e Canadá, op. cit., p. 166.

responsabilidade do legislador pela realidade social e pela adequação social da ação legislativa deve ser garantida" (trad. nossa).⁵⁴⁵

Tem-se, pois, uma mudança fundamental: admite-se que a lei não é mais capaz de dar uma solução *definitiva* a problemas complexos e em *constante mutação*. Nesse contexto, se antes a publicação da nova lei era a etapa *final* da atividade do legislador, hoje ela é uma etapa tão somente *inicial*.⁵⁴⁶ O seu papel e a sua responsabilidade não se encerram nesse ponto, senão que nele recomeçam, com reforçada intensidade.

3.2.4.2 Quanto ao nível de promoção dos fins ou *eficácia* da norma

3.2.4.2.1 Condições de verificabilidade

No item 3.2.2.1 ("Aspectos materiais do exame"), definiu-se como *eficaz* toda e qualquer lei cujos efeitos concretos representem um *suficiente* atingimento dos fins objetivados pelo legislador. Todavia, para proceder a tal avaliação, alguns elementos precisam estar presentes, conforme já antecipado no item 3.2.3 ("Pressupostos do exame"). Em primeiro lugar, os objetivos legislativos precisam qualificar-se como *fins externos*. Trata-se daqueles fins que se manifestam como realidades concretas externas à ação que os promove, possibilitando que se reconheça uma relação empírica de causalidade entre eles.⁵⁴⁷ Justamente por isso será viável investigar se a atuação legislativa *deu causa* ao estado de coisas intencionado.

Em segundo lugar, a situação concreta sobre a qual a inovação legal intervirá (base da prognose ou diagnose) deve estar suficientemente identificada.⁵⁴⁸ Ilustrativamente, retorna-se ao caso da Lei nº 12.683/2012, a qual alterou dispositivos da Lei de Lavagem de Capitais (Lei

⁵⁴⁵ MADER, Luzius. Evaluation of Legislation. Contribution to the quality of legislation, op. cit., item 2. No original: "a process in which the evaluation of the effects of legislation is one of the fundamental prerequisites – and tools – for learning; a process, too, in which the responsiveness of the legislator to social reality and the social adequacy of legislative action should be guaranteed".

⁵⁴⁶ Conferir FLÜCKIGER, Alexandre. A obrigação jurisprudencial de avaliação legislativa: uma aplicação do princípio da precaução aos Direitos Fundamentais. Traduzido por Marilúcia Chamarelli e Fabiana de Menezes Soares. *Senatus*, Brasília, v. 07, nº 1, pp. 14-23, jul. 2009, p. 20 e TAVARES DE ALMEIDA, Marta. Painel 3. A contribuição da Legística para uma política de legislação: concepções, métodos e técnicas (conferência reduzida a termo), op. cit., p. 100.

⁵⁴⁷ HUSTER, Stefan. *Rechte und Ziele*, op. cit., p. 148. Para maiores detalhes, sugere-se o retorno ao item 1.2.1.2 do primeiro capítulo.

⁵⁴⁸ Sobre o ponto, consultar, na doutrina estrangeira, MADER, Luzius. Evaluation of Legislation. Contribution to the quality of legislation, op. cit., item 2; DELLEY, Jean-Daniel. Painel 5. Lei e políticas públicas: mecanismos de avaliação (conferência reduzida a termo), op. cit., p. 185 e TAVARES DE ALMEIDA, Marta. Evaluation of Legislation: The Portuguese experience, op. cit., p. 155. Na doutrina brasileira, conferir SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e desenvolvimento, op. cit., p. 126 e, da mesma autora, Notas introdutórias sobre elaboração legislativa: raízes e boas práticas entre Brasil e Canadá, op. cit., p. 166.

nº 9.613/98). O artigo 1º afirma que: “esta Lei altera a Lei nº 9.613/98 [...] para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro”. Da leitura do dispositivo, pode-se constatar, implicitamente, a existência de um *suposto* problema: a persecução penal era, até então, pouco eficiente ou mesmo ineficiente.

Contudo, o problema em si não foi realmente identificado. Qual era, afinal, a situação concreta vivenciada no âmbito da persecução aos delitos de Lavagem de Capitais? Quantos processos estavam em andamento? Quantos inquéritos estavam em curso? Quantas condenações ocorriam a cada ano? Quais dificuldades concretas eram enfrentadas na recuperação de ativos? O que seria, para o legislador, uma persecução “mais eficiente”? Uma persecução mais célere? Menos custosa? Ou ainda uma persecução que propiciasse muitas condenações e grande recuperação de valores? Ora, nada disso foi esclarecido.

Em terceiro lugar, os objetivos do legislador devem estar não apenas declarados, mas também precisamente formulados.⁵⁴⁹ Mais uma vez, isso não está presente na referida lei. Deseja-se reduzir o número de infrações? Se sim, qual o nível de decréscimo intencionado (em percentuais ou números absolutos)? Pretende-se abreviar o processo? Se sim, qual o nível de redução desejado e qual a média atual de duração? Ou objetiva-se, ainda, recuperar ativos de maneira eficiente? Se sim, quais os problemas atualmente constatados e quais os valores empregados em prol do objetivo? Diante do conteúdo controverso da lei em questão (Lei nº 9.613/98), pode-se cogitar que o baixo grau de definição dos fins buscados tenha sido intencional. Como bem adverte Delley, o conflito político sempre aumenta “à medida que os objetivos e metas tornam-se concretos”.⁵⁵⁰

Independentemente disso, fato é que, ausente um mínimo patamar de esclarecimento, inexistirá uma efetiva *verificabilidade* da prognose do legislador. Como exemplo, pode-se comparar a situação acima descrita com a seguinte, hipotética. Imagine-se que o Poder Legislativo está preocupado com os índices de reincidência criminal no Brasil. Como ponto de partida, ele busca as estatísticas criminais mais atuais para identificar, com clareza, o problema. Ademais, constata que tais índices não são idênticos em todas as unidades da federação, destacando aquelas em que o problema se apresenta de forma ainda mais aguda.

⁵⁴⁹ No mesmo sentido, na doutrina estrangeira, MADER, Luzius. *Evaluation of Legislation. Contribution to the quality of legislation*, op. cit., item 2 e TAVARES DE ALMEIDA, Marta. *Evaluation of Legislation: The Portuguese experience*, op. cit., p. 155 e, na doutrina brasileira, ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 117 e SOARES, Fabiana de Menezes. *Legística e desenvolvimento*, op. cit., p. 126 e, da mesma autora, *Notas introdutórias sobre elaboração legislativa: raízes e boas práticas entre Brasil e Canadá*, op. cit., p. 166.

⁵⁵⁰ DELLEY, Jean-Daniel. Painel 5. *Lei e políticas públicas: mecanismos de avaliação* (conferência reduzida a termo), op. cit., p. 185.

A seguir, investiga, auxiliado por estudos empíricos e por audiências públicas, as causas da elevada reincidência. Identificadas as prováveis razões, o legislador decide promover as mudanças que lhe são competentes. Inicia, assim, projeto para alterar determinados dispositivos da Lei de Execuções Penais, declarando precisamente os objetivos pretendidos ano a ano. Informa, ademais, as maneiras mediante as quais pretende *monitorar* o atingimento, ou não, das metas anuais estipuladas, a fim de corrigir ou emendar a lei para torná-la mais eficaz.

Como é possível observar, são duas formas absolutamente diferentes de empreender importantes modificações legais. Modificações, essas, que atuam fortemente sobre o âmbito de manifestação de variados direitos fundamentais. Em termos de controle da prognose do legislador, apenas a segunda apresenta, de fato, os elementos adequados a tanto. Isso não significa, no entanto, que a primeira esteja isenta de controle. Muito pelo contrário. Conforme já referido, todo e qualquer ato legislativo restritivo de direitos fundamentais que não forneça tais esclarecimentos prévios deverá, por decorrência, estar, de um lado, *mais* sujeito a controle e, de outro, ter *mitigada* sua presunção de constitucionalidade.⁵⁵¹

3.2.4.2.2 *Standard de verificação: "suficiência" da promoção dos fins imediatos da lei*

Estando o texto legal orientado à promoção de determinados objetivos constitucionais, é natural questionar as possibilidades de sucesso ou mesmo o concreto sucesso da empreitada. É o critério da *eficácia*, devidamente já apresentado, que costuma servir de parâmetro para avaliar o quão "bem sucedida" é (ou poderá ser) uma inovação legislativa. Contudo, Summers, com razão, adverte para a alta complexidade inerente a julgamentos dessa natureza. Isso porque, ao contrário do que defendiam os instrumentalistas, para a realização de um exame de eficácia não basta a identificação dos efeitos concretos da lei e a sua posterior mensuração em "alguma espécie de escala" (*some kind of scale*).⁵⁵²

Noutras palavras, todos esses dados empíricos nada dirão sobre a eficácia da lei caso não sejam analisados *qualitativamente*, ou seja, mediante juízos de valor.⁵⁵³ Como reforço ao argumento, descreve-se a seguinte situação hipotética: a justificativa prévia a um dado projeto

⁵⁵¹ Defende-se, *com razão*, que tais esclarecimentos devem ser etapas necessárias do processo legislativo. Conferir, na doutrina estrangeira, MADER, Luzius. *Evaluation of Legislation. Contribution to the quality of legislation*, op. cit., item 2 e TAVARES DE ALMEIDA, Marta. *Evaluation of Legislation: The Portuguese experience*, op. cit., p. 155 e, na doutrina brasileira, SOARES, Fabiana de Menezes. *Legística e desenvolvimento*, op. cit., p. 126 e, da mesma autora, *Notas introdutórias sobre elaboração legislativa: raízes e boas práticas entre Brasil e Canadá*, op. cit., p. 166.

⁵⁵² SUMMERS, Robert Samuel. *Instrumentalism and American Legal Theory*, op. cit., p. 240.

⁵⁵³ SUMMERS, Robert Samuel. *Instrumentalism and American Legal Theory*, op. cit., p. 240.

de lei detalhou plenamente a situação-problema (diagnóstico), bem como formulou, de maneira precisa, o estado de coisas intencionado (fins). Cruzando tais informações com dados colhidos após 05 (cinco) anos de vigência da lei, apenas situações ideais de (i) eficácia plena ou (ii) ineficácia absoluta poderiam ser aferidas de forma inequívoca. Como apontar, sem recorrer a critérios valorativos, quando os fins foram *suficientemente ou insuficientemente* promovidos (suficiência como *standard*)?

Não há dúvida de que o patamar de suficiência da promoção localiza-se entre tais extremos.⁵⁵⁴ Contudo, a depender do fim cuja realização é intencionada, sua posição em relação a tais limites irá variar, ora aproximando-se do limite mínimo, ora aproximando-se do limite máximo. E a razão é singela: "há fins e fins no Direito",⁵⁵⁵ de tal modo que alguns deles (i) são de muito mais difícil realização do que outros, (ii) são mais refratários à indução do seu atingimento por meio do Direito do que outros ou (iii) necessitam que a lei vigore por muito mais tempo para que sejam concretizados.⁵⁵⁶

Por conseguinte, como sintetiza Summers, o exame da eficácia da lei requer bem mais do que uma avaliação quantitativa dos seus efeitos concretos à luz de alguma métrica.⁵⁵⁷ É preciso identificar quando foi atingido o grau de *suficiente* promoção de fins, a partir de fatores como (i) dificuldades de atingimento inerentes a certos objetivos, (ii) incompatibilidade da promoção de certos fins pelo Direito, (iii) nível de investimento de recursos para o alcance do objetivo, (iv) tempo necessário e adequado para fazer tal exame etc.⁵⁵⁸

Observa-se, assim, não ser possível *de antemão* indicar o patamar necessário de promoção ou de fomento dos fins legislativos a configurar uma situação de *suficiente eficácia* da lei, por se tratar de *standard* variável em função dos próprios objetivos ambicionados. Frente a fins de difícil persecução, um pequeno avanço pode significar muitíssimo e vice-versa. Uma possível solução a tal impasse residiria na indicação, pelo legislador, não apenas dos objetivos legais, mas também do que representaria, dadas as suas características, um patamar de suficiente eficácia.⁵⁵⁹

Ao se definir, de antemão, um parâmetro para aferir o sucesso ou o fracasso na persecução de um específico objetivo, bastaria comparar-se tal patamar com os efeitos concretos gerados pela inovação legislativa. Tratar-se-ia de juízo eminentemente *empírico*, na

⁵⁵⁴ SUMMERS, Robert Samuel. *Instrumentalism and American Legal Theory*, op. cit., p. 240.

⁵⁵⁵ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 206.

⁵⁵⁶ SUMMERS, Robert Samuel. *Instrumentalism and American Legal Theory*, op. cit., pp. 241-2.

⁵⁵⁷ SUMMERS, Robert Samuel. *Instrumentalism and American Legal Theory*, op. cit., p. 243.

⁵⁵⁸ SUMMERS, Robert Samuel. *Instrumentalism and American Legal Theory*, op. cit., p. 243.

⁵⁵⁹ SUMMERS, Robert Samuel. *Instrumentalism and American Legal Theory*, op. cit., pp. 243-4.

medida em que a valoração já teria sido realizada pelo legislador. Como é possível perceber, tudo isso apenas reforça a ideia de que a identificação do nível de promoção de fins necessário a configurar uma situação de *suficiente eficácia legal* demanda, invariavelmente, um exame substancial. Tal juízo poderá ser realizado *a priori*, pelo legislador (no caso de ele já apontar o patamar), ou *a posteriori*, pelo juiz, mas é inafastável.

Por conseguinte, nos limites deste estudo, uma lei será considerada *eficaz* sempre que ela gerar, ao menos, a *suficiente* promoção dos fins pretendidos. Nesse contexto, outra questão merece ainda exame. Quando se fala em fins da lei em sentido *lato*, está-se, de certo modo, se negligenciado os diferentes níveis (em graus de abstração/concretude) de objetivos inerentes a um texto normativo. Como bem explica Summers, uma única lei congrega um vasto conjunto de fins, os quais poderiam ser assim organizados: (i) fins imediatos ou concretos (em regra formulados explicitamente pelo legislador), (ii) fins intermediários e (iii) fins últimos ou abstratos (normalmente implícitos).⁵⁶⁰

Ilustrativamente, uma lei que torna obrigatório o registro de armas pretende, em primeiro plano, mapear o número delas em poder da população; em segundo plano, controlar a violência; em último plano, promover a paz social.⁵⁶¹ Ainda conforme Summers, tais níveis de pretensões formariam, metaforicamente, uma espiral (ascendente em abstração) de meios-fins de contínua realização.⁵⁶² O atingimento dos objetivos ocupantes de um primeiro nível seria, pois, condição necessária – ainda que não suficiente – para o fomento dos objetivos localizados em patamares subsequentes.

À luz dessa especificação de fins, importa esclarecer que, no âmbito deste estudo, sugere-se que o exame de (suficiente) eficácia tenha por objeto tão somente os fins *imediatos* ou *próximos*, sob pena de se gerar um déficit de *operatividade*. Essa restrição decorre, em especial, do fato de tais fins usualmente serem menos amplos e mais concretos (sobretudo *externos*). Conforme já referido, tais características são essenciais à própria verificabilidade empírica da sua eficácia.

As reflexões até aqui apresentadas podem ser assim resumidas: será "eficaz" toda e qualquer lei que promova *suficientemente* seus fins imediatos. O que poderá ser considerado como *suficiente*, entretanto, não é passível de padronização, pois variará à luz das

⁵⁶⁰ SUMMERS, Robert Samuel. *Instrumentalism and American Legal Theory*, op. cit., pp. 64 e 246.

⁵⁶¹ SUMMERS, Robert Samuel. *Instrumentalism and American Legal Theory*, op. cit., pp. 245-6. Ver ainda DELLEY, Jean-Daniel. *Pensar a Lei. Introdução a um procedimento metódico*, op. cit., p. 123 ss.

⁵⁶² Consoante refere Summers, os fins imediatos ocupariam o nível mais baixo (*lowest-level*) ou concreto na escala; os fins últimos, um patamar mais alto (*higher-level*) e mais abstrato (SUMMERS, Robert Samuel. *Instrumentalism and American Legal Theory*, op. cit., pp. 64-5). Em sentido similar, conferir DELLEY, Jean-Daniel. *Pensar a Lei. Introdução a um procedimento metódico*, op. cit., p. 123 ss.

peculiaridades de cada fim. Somente mediante juízos de valor será possível indicar o grau de fomento necessário para que uma lei possa ser considerada bem sucedida na persecução de objetivos concretos. Tal valoração poderá ser antecipada pelo legislador na justificativa do projeto, ou empreendida pelo julgador, especialmente no âmbito do postulado da proporcionalidade.

Aparadas essas arestas, um último acertamento é necessário. O problema da eficácia deverá ser examinado em dois marcos temporais fundamentais: um, no decorrer do processo legislativo (avaliação *prospectiva*); outro, quando a lei já estiver em vigor há certo tempo (avaliação *retrospectiva*). No primeiro caso, trata-se, em realidade, de antecipar os possíveis efeitos de uma proposta de lei, os quais possibilitariam – ou não – justificar a decisão tomada pelo legislador; no segundo, trata-se de submeter a exame os efeitos concretos e atuais de uma lei integrante do ordenamento jurídico.⁵⁶³

Inegavelmente, têm-se duas situações muito distintas. O sucesso e a eficácia real da medida eleita pelo legislador somente podem ser analisados após seu uso ao longo de certo período, ao passo que a justificação da medida do legislador já pode ser julgada durante a própria elaboração do texto legal.⁵⁶⁴ Trata-se, assim, de duas eficácias, uma *real* e outra *hipotética* ou *potencial*. Enquanto aquela permite valorar o grau de congruência entre os efeitos de uma lei em vigor e os objetivos anteriormente fixados, esta permite justificar (ou *deslegitimar*) escolhas de meios, pelo legislador, para a realização de fins.⁵⁶⁵ Conjugando-se tais critérios, serão acumulados conhecimentos sobre relações de causa-efeito, de modo a aprimorar não apenas a prognose legislativa, mas, em especial, o seu controle.

3.2.5 Limites do exame

As recomendações construídas pelos pesquisadores da Legística sobre o *bem legislar* não são *indiscutíveis*, mas naturalmente *contestáveis*. Portanto, terão muito mais aceitação, contribuindo efetivamente para uma nova concepção sobre o processo legislativo caso sejam explicitadas e reconhecidas já de antemão as incompletudes de tal saber. Nesse sentido, apontam-se dois grandes grupos de “limites”, (a) os quantitativos e (b) os qualitativos. O último será ainda subdividido em três: (b.1) barreiras epistêmicas; (b.2) barreiras de

⁵⁶³ SUMMERS, Robert Samuel. *Instrumentalism and American Legal Theory*, op. cit., p. 252.

⁵⁶⁴ SUMMERS, Robert Samuel. *Instrumentalism and American Legal Theory*, op. cit., p. 252.

⁵⁶⁵ SUMMERS, Robert Samuel. *Instrumentalism and American Legal Theory*, op. cit., p. 253.

legitimidade democrática; (b.3) barreiras hermenêuticas ou interpretativas. É o que se passa a examinar.

3.2.5.1 Limites quantitativos: impossibilidade de universalização

Constatou-se, na abertura deste capítulo, a existência de uma excessiva produção legislativa no ordenamento brasileiro. Mencionou-se, ainda, não se tratar de problema *local*, mas de realidade compartilhada em outros sistemas jurídicos. A “proliferação de leis” é, pois, um dado inafastável. Nesse contexto, as recomendações da Legística têm de ser realistas, isto é, passíveis de implementação concreta. Logo, seria absolutamente inviável exigir, como uma etapa imperativa da rotina legislativa, que todos os projetos de leis fossem submetidos a avaliações dessa natureza.

Trata-se inquestionavelmente de exame sofisticado, custoso e demorado, cujos necessários recursos (financeiros e humanos) a sua execução nem sempre estão disponíveis na prática.⁵⁶⁶ Mader tem razão quando afirma que a ambição de racionalizar (tanto quanto possível) o ato legislativo tornar-se-á, ela mesma, irracional se exceder limites de custo e de prazo.⁵⁶⁷ "Se um avaliador pedir para ficar 10 anos estudando os efeitos de determinada legislação, os políticos, com razão, talvez digam que em 10 anos o problema será outro", adverte, com lucidez, Delley.⁵⁶⁸ Justamente por isso, a avaliação legislativa deve ser aplicada estrategicamente.

Quando, então, se deve exigi-la? O ponto é complexo e não restará aqui esgotado, devendo-se a ele retornar no capítulo seguinte. Por ora, apontam-se critérios provisórios orientadores da necessidade da avaliação: (i) grau de sobressaliência constitucional dos direitos fundamentais contrapostos, (ii) grau de potencial restrição aos direitos fundamentais contrapostos e (iii) grau de incerteza ou dissenso sobre os efeitos empíricos da inovação frente aos direitos fundamentais promovidos e aos contrapostos.⁵⁶⁹

⁵⁶⁶ MADER, Luzius. Evaluation of Legislation. Contribution to the quality of legislation, op. cit., item 8.

⁵⁶⁷ MADER, Luzius. Evaluation of Legislation. Contribution to the quality of legislation, op. cit., item 8. Segundo Ulrich Karpen, o custo médio de uma avaliação legislativa na Alemanha poderia variar entre 15.000,00 e 150.000,00 euros (valores em 2003) (ver KARPEN, Ulrich. The evaluation of legislation, op. cit., p. 44).

⁵⁶⁸ DELLEY, Jean-Daniel. Painel 5. Lei e políticas públicas: mecanismos de avaliação (conferência reduzida a termo), op. cit., p. 184.

⁵⁶⁹ É importante referir que o último critério foi bastante utilizado pela Corte Constitucional alemã (*Bundesverfassungsgericht - BVerfG*), ao longo dos anos, para fundamentar a existência de um dever, dirigido ao legislador, de *observar* (*Beobachtungspflicht*) os resultados concretos das leis, sempre que subsistirem dúvidas relevantes acerca dos seus efeitos perante direitos fundamentais (ver FLÜCKIGER, Alexandre. A obrigação jurisprudencial de avaliação legislativa: uma aplicação do princípio da precaução aos Direitos Fundamentais, op. cit., p. 14 ss).

Noutras palavras, *quanto mais relevantes* forem os direitos fundamentais eventualmente afetados, *quanto mais intensa for* a restrição potencialmente sofrida e, ainda, *quanto mais incertos e controversos* forem os efeitos concretos da inovação legislativa, *mais justificada estará* a exigência de avaliações legislativas *ex ante* e *ex post*.⁵⁷⁰ Salienta-se, ainda, que tais critérios devem ser aplicados conjuntamente, em uma lógica de complementaridade. A ideia é a de que, a cada passo, sejam agregados mais argumentos em favor (ou em oposição) da necessidade do referido exame.

3.2.5.2 Limites qualitativos

3.2.5.2.1 Barreiras epistêmicas

Antecipar os futuros efeitos de uma inovação legislativa ou averiguá-los concretamente após o ingresso da lei no ordenamento jurídico é tarefa altamente complexa. Caso se pretenda fazê-lo de forma inequívoca, tratar-se-á de intenção *inatingível*. Não há como antecipar, com pleno rigor, comportamentos humanos. Discursos sobre relações de causa-efeito no âmbito da realidade social serão sempre *aproximativos*.

Nesse contexto, as lúcidas palavras de Jean-Daniel Delley merecem integral transcrição:⁵⁷¹

Os cientistas sabem que a observação empírica da realidade não permite, no sentido preciso do termo, evidenciar causas, mas simplesmente correlações, o que não é exatamente a mesma coisa. Nas ciências sociais, quantas correlações são interpretadas em termos de causalidade? Acrescente-se a essa dificuldade fundamental a quase impossibilidade, na observação empírica – porque a avaliação é uma observação de natureza empírica –, de isolar uma lei ou uma política pública do seu contexto. Os efeitos que observo são os efeitos de determinada lei em relação a leis preexistentes; é como a imagem de camadas geológicas que se superpõem: como determinar nessas múltiplas camadas geológicas qual a camada determinante que vai explicar os efeitos de uma legislação?

Consequentemente, costuma-se reconhecer que as pretensões da Legística devem ser modestas e suas recomendações, assumidamente limitadas em precisão e confrontáveis.⁵⁷²

⁵⁷⁰ Por sua vez, Fabiana Soares sugere os seguintes critérios, os quais, conquanto não coincidentes com os aqui sustentados, ainda guardam com eles algum nível de proximidade: (a) grau de impacto financeiro e social e (b) grau de controvérsia acerca da alteração proposta (ver SOARES, Fabiana de Menezes. Painel 3. A contribuição da Legística para uma política de legislação: concepções, métodos e técnicas (conferência reduzida a termo), op. cit., p. 65).

⁵⁷¹ DELLEY, Jean-Daniel. Painel 5. Lei e políticas públicas: mecanismos de avaliação (conferência reduzida a termo), op. cit., p. 183.

Mader adverte não se tratar de um saber rigorosamente científico, ainda que construído, na maior medida possível, em conformidade às exigências necessárias a tanto. Tal autor evita, justamente por isso, usar a expressão “Ciência da Legislação”. Prefere, em seu lugar, o emprego do termo “Legisprudência” (*Legisprudence*), em analogia à *Jurisprudência*, simbolizando a dimensão permanentemente construtiva que tais atividades teórico-práticas compartilham.⁵⁷³

Por tudo isso, deve-se ser realista sobre a contribuição que a Legística é capaz de oferecer. Suas recomendações não são imperativos categóricos e o resultado de suas avaliações merece mitigada confiabilidade.⁵⁷⁴ Nunca apresentarão provas cabais sobre relações de causalidade entre mudanças legislativas e efeitos na realidade social. Como é possível constatar, mesmo ferramentas sofisticadas como as da Legística têm fraquezas metodológicas. Suas funções devem, pois, ser rearranjadas em conformidade a essa realidade.

Sendo assim, não se pode delas esperar plena correção. Todavia, dentro das suas imperfeições, a Legística pretende assegurar singelamente que (i) as premissas que amparam inovações legislativas (diagnóstico da situação problema, prognóstico, fins objetivados etc.) estejam explicitadas da forma mais clara possível, (ii) a escolha das medidas adequadas, necessárias e proporcionais à promoção dos objetivos da legislação esteja amparada em avaliações *ex ante* e em informações confiáveis e (iii) seus efeitos concretos sejam monitorados após o ingresso da lei no ordenamento, especialmente quando houver dúvidas relevantes acerca do seu impacto em direitos fundamentais.⁵⁷⁵

Uma real conscientização e sensibilização do legislador para tais complexas questões já significaria avanços enormes. Ir muito além dificilmente será viável. O caráter simbólico que subjaz a toda e qualquer legislação sempre permanecerá como limite à “pretensão totalizante da racionalização”⁵⁷⁶ do processo de produção de leis. Trata-se, pois, de um limite intransponível. Apesar disso, acredita-se que mais vale tentar, ainda que com imperfeições,

⁵⁷² MADER, Luzius. Improving legislation by evaluating its effects: the Swiss experience, op. cit., p. 78. No mesmo sentido, DELLEY, Jean-Daniel. Painel 5. Lei e políticas públicas: mecanismos de avaliação (conferência reduzida a termo), op. cit., p. 185.

⁵⁷³ MADER, Luzius. Painel 2. Legística: história e objeto, fronteiras e perspectivas (conferência reduzida a termo), op. cit., p. 50.

⁵⁷⁴ MADER, Luzius. Evaluation of Legislation. Contribution to the quality of legislation, op. cit., item 2.

⁵⁷⁵ DELLEY, Jean-Daniel. Painel 5. Lei e políticas públicas: mecanismos de avaliação (conferência reduzida a termo), op. cit., p. 187 e MADER, Luzius. Evaluation of Legislation. Contribution to the quality of legislation, op. cit., item 2.

⁵⁷⁶ SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro da otimização de uma legislação melhor, op. cit., p. 127.

qualificar o processo de elaboração e de aplicação da lei, do que imediatamente desistir ou mesmo negar os relevantes problemas que o envolvem.⁵⁷⁷

3.2.5.2.2 Barreiras de legitimidade democrática

Para evitar incompreensões, esclarece-se desde logo que a Legística não pretende (nem poderia) ofuscar ou usurpar o espaço político de conformação constitucionalmente conferido ao Parlamento. O ato de legislar é (e continuará sendo) fruto de uma decisão que tenta sintetizar as inevitáveis disputas que ocorrem no contexto de processos políticos.⁵⁷⁸ Logo, as avaliações e os demais instrumentos desenvolvidos pela Legística *jamaiz* substituirão a deliberação legislativa, nem tomarão seu lugar.

Noutras palavras, a complexidade técnica de uma escolha não será capaz de retirar a dimensão proeminentemente política que ela carrega consigo.⁵⁷⁹ Sua ressonância se dará, na verdade, em sentido diametralmente oposto. Em lugar de opor-se ao legislador, quer-se auxiliá-lo, garantindo-lhe acesso ao maior número possível de dados e informações relevantes para a tomada de decisão.⁵⁸⁰ Nesse contexto, as leis serão potencialmente *melhor* elaboradas, na medida em que produto de um processo legislativo mais racional e cuidadoso.

Por sua vez, também o legislador terá reforçada sua responsabilidade pela decisão tomada, exigindo-se dele um maior compromisso com a sua *fundamentação*, bem como com os *efeitos concretos* das inovações legislativas sobre direitos fundamentais. No entanto, uma coisa é fornecer ao legislador condições para uma deliberação consistente; outra, é ele, voluntariamente, valer-se delas. Fato é que a decisão final, *boa ou ruim*, será sempre do Poder

⁵⁷⁷ É o que também sustenta DELLEY, Jean-Daniel. Painei 5. Lei e políticas públicas: mecanismos de avaliação (conferência reduzida a termo), op. cit., p. 190.

⁵⁷⁸ TAVARES DE ALMEIDA, Marta. Painei 3. A contribuição da Legística para uma política de legislação: concepções, métodos e técnicas (conferência reduzida a termo), op. cit., p. 83 e PIRES, Maria Coeli Simões. Painei 4. Diálogos e conflitos no processo de elaboração das leis (conferência reduzida a termo). In: COELHO, Alberto Pinto (Org.). *Congresso Internacional de Legística: Qualidade da Lei e Desenvolvimento*. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2009, p. 134.

⁵⁷⁹ CARVALHO NETTO, Menelick de. Painei 3. A contribuição da Legística para uma política de legislação: concepções, métodos e técnicas (conferência reduzida a termo). In: COELHO, Alberto Pinto (Org.). *Congresso Internacional de Legística: Qualidade da Lei e Desenvolvimento*. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2009, p. 103. No mesmo sentido, ver GAROUPA, Nuno. Regulatory Impact Assessment. Economic and Political dimensions. In: MADER, Luzius; TAVARES DE ALMEIDA, Marta (Orgs.). *Quality of Legislation. Principles and Instruments. Proceedings of the Ninth Congress of the International Association of Legislation (IAL)*. Baden-Baden: Nomos, 2011, pp. 205-6.

⁵⁸⁰ MADER, Luzius. Legistic training and Education in Switzerland. In: MADER, Luzius; MOLL, Chris (Coords.). *The Learning Legislator. Proceedings of the Seventh Congress of the European Association of Legislation (EAL)*. Baden-Baden: Nomos, 2009, p. 47 e, do mesmo autor, Painei 2. Legística: história e objeto, fronteiras e perspectivas (conferência reduzida a termo), op. cit., p. 51.

Legislativo, ao selecionar as pautas, os fins objetivados (para além dos constitucionalmente obrigatórios) e os meios para sua promoção.

A dificuldade residirá sempre em verificar se o meio eleito será, de fato, capaz de fomentar o fim ambicionado e se não haveria outras medidas igualmente eficazes e menos restritivas a direitos fundamentais contrapostos (*proporcionalidade* em seus subcritérios *adequação* e *necessidade*). Aqui, as recomendações da Legística ganham outro sentido. Se o legislador pode valer-se de inúmeras informações e instrumentos para *bem* elaborar a inovação legal (um novo tipo penal, por exemplo), o seu desdém ou sua recusa em melhor fundamentar a decisão necessariamente sinaliza problemas: ou (i) ele não quer empregá-las por temer que o resultado lhe seja desfavorável ou (ii) ele não está sinceramente preocupado com os efeitos concretos de suas escolhas na realidade social.

Qualquer alternativa, por certo, acaba por retirar sustentação do ato legislativo, que já nasceria com sua presunção de constitucionalidade *mitigada*. Esse inegável embate entre liberdade política e técnica legislativa (o tempo do poder político *versus* o tempo da reflexão) deve encontrar sua síntese, pois, no controle de constitucionalidade.⁵⁸¹ Diante de um processo legislativo acelerado, confuso e irresponsável, que não conhece o problema concreto objeto da intervenção, que não delimita nem declara os objetivos almejados e que ignora o vasto leque de medidas adequadas a tanto, o seu produto (*a lei*) tem *significante possibilidade* de apresentar vícios constitucionais *materiais*. Ilustrativamente, o meio poderá revelar-se inadequado ou desnecessário; a lei, em concreto, poderá fracassar, não promovendo os fins indicados e afetando, para além do esperado e do devido, direitos fundamentais contrapostos.

A recíproca é verdadeira. Se o processo legislativo for maturado, preciso na definição do problema e dos objetivos (diagnóstico e prognóstico) e, logo, responsável, é bastante provável que seu produto (*a lei*) também o seja.⁵⁸² Nesse contexto, pergunta-se: será que as características fáticas (qualidades ou deficiências) observadas em um dado processo legislativo não podem ressoar na constitucionalidade da lei por ele produzida?⁵⁸³ Considere-se duas leis restritivas de direitos fundamentais. Uma, fruto de processo legislativo apressado,

⁵⁸¹ Consultar PIRES, Maria Coeli Simões. Painel 4. Diálogos e conflitos no processo de elaboração das leis (conferência reduzida a termo), op. cit., p. 145.

⁵⁸² Ver CARVALHO NETTO, Menelick de. Painel 3. A contribuição da Legística para uma política de legislação: concepções, métodos e técnicas (conferência reduzida a termo), op. cit., p. 112 e PIRES, Maria Coeli Simões. Painel 4. Diálogos e conflitos no processo de elaboração das leis (conferência reduzida a termo), op. cit., p. 134.

⁵⁸³ Segundo Carvalho Netto, enquanto o Supremo Tribunal Federal tratar questões relativas ao processo legislativo como um problema *interna corporis*, o Brasil não terá um real processo de deliberação legislativa minimamente controlável e democrático (ver CARVALHO NETTO, Menelick de. Painel 3. A contribuição da Legística para uma política de legislação: concepções, métodos e técnicas (conferência reduzida a termo), op. cit., p. 111).

impreciso e obscuro; outra, resultado de processo legislativo maturado, preciso e claro. Sustenta-se, neste estudo, não haver razão consistente a justificar a atribuição de idêntica presunção de constitucionalidade a ambas.

3.2.5.2.3 Barreiras hermenêuticas ou interpretativas

Um último, mas fundamental limite reside na *não congruência* entre *texto jurídico* aprovado pelo Legislativo e *norma jurídica* (re)construída pelo intérprete.⁵⁸⁴ A assertiva tem como premissa uma clara *distinção* entre texto – objeto da interpretação – e norma – resultado da interpretação.⁵⁸⁵ Não há, assim, necessária correspondência entre ambos os conjuntos. Comparando-se o conjunto dos textos legais com o conjunto das respectivas normas (re)construídas a partir deles, observa-se que este, como regra, tanto é maior do que aquele quanto o contém.⁵⁸⁶

Como explicar tal constatação? Para tanto, é preciso dar um passo atrás. À luz de uma compreensão do ato interpretativo como um processo de *dupla natureza* – cognitivo e decisório –, o intérprete primeiro identifica os possíveis sentidos do texto (as possíveis normas) e, a seguir, com argumentos, indica, dentre eles, o que deve prevalecer.⁵⁸⁷ Quais seriam os limites decisórios do intérprete? Justamente as palavras utilizadas pelo legislador na redação do texto, as quais oferecem verdadeiras barreiras à construção de sentidos. Exemplificativamente, "explícito" jamais poderá ser interpretado como "oculto", "relevante" não é o mesmo que "insignificante" etc. Por conseguinte, interpretar é, justamente, "construir a partir de algo" e, logo, *reconstruir*.⁵⁸⁸

No fundo, os textos serão sempre "arenas de embates interpretativos"⁵⁸⁹ futuros. Representam uma espécie de *cessar fogo*, pois "antes, havia a guerra; depois, haverá

⁵⁸⁴ Consultar, na doutrina italiana, GUASTINI, Riccardo. *La Sintassi del Diritto*, op. cit., p. 393 ss e CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, op. cit., p. 50. Na doutrina brasileira, conferir ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 50 e, na doutrina portuguesa, CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia Jurídica*. Problemas Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 142 ss.

⁵⁸⁵ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 50.

⁵⁸⁶ Pode-se ter, de um lado, um dispositivo (texto) do qual é possível extrair várias normas e, de outro, uma norma sem um correlato dispositivo (texto) (ver ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 50).

⁵⁸⁷ Sobre a diferença entre interpretação *cognitiva* e interpretação *decisória*, consultar GUASTINI, Riccardo. *La Sintassi del Diritto*, op. cit., p. 393.

⁵⁸⁸ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 53.

⁵⁸⁹ CARVALHO NETTO, Menelick de. Paineis 3. A contribuição da Legística para uma política de legislação: concepções, métodos e técnicas (conferência reduzida a termo), op. cit., p. 104.

novamente".⁵⁹⁰ Sendo assim, quais as implicações disso no âmbito da Legística, das avaliações *ex ante* e *ex post*, das prognoses legislativas e da realização de fins? Ora, há uma fundamental consequência, dada a inserção de um elemento a mais que vem a *bagunçar* toda essa já complexa equação. Quando o legislador traça uma prognose sobre os efeitos da inovação legislativa, é absolutamente impossível antever qual *norma* será reconstruída, após disputas interpretativas, a partir do texto aprovado. O mesmo problema afeta a realização de avaliações *ex ante*.

A questão é que a norma jurídica extraída da inovação legislativa também atuará sobre a *eficácia*, a *efetividade* e mesmo a *eficiência* da lei. Por conseguinte, prognoses e resultados de avaliações *prospectivas* durante o processo legislativo, momento em que a norma jurídica somente existe em hipótese, são ainda menos precisas e mais aproximativas. Já em relação a avaliações *ex post* ou monitoramento dos efeitos concretos da lei, novamente o fator interpretativo gerará importantes interferências. Nesse contexto, a identificação da *norma jurídica* reconstruída pelo(s) intérprete(s) será etapa necessária para um adequado e completo exame da real eficácia da inovação legislativa.⁵⁹¹

Aqui, então, redobradas dificuldades surgirão. Em regra, não há uniformidade nos resultados interpretativos. Noutras palavras, também entre os intérpretes há severos conflitos acerca da norma que, dentre as possíveis, deve prevalecer. Por conseguinte, não será tarefa simples identificar aquela que, no momento do exame, é aplicada preponderantemente pelos Tribunais. Mesmo em um cenário de tantas dúvidas, delinea-se a certeza de que o Poder Legislativo tem parcial responsabilidade sobre o grau de protagonismo que delegará ao Poder Judiciário.⁵⁹² Quanto mais imprecisa for a redação da inovação legislativa e mais obscuros forem os seus objetivos, maior será o poder de decisão e intervenção do intérprete.

No contexto de um dispositivo confuso ou aberto, (i) maior distância haverá, ainda, entre *texto jurídico* e *norma jurídica*; (ii) menos seguras serão as prognoses do legislador, bem como o resultado de avaliações *ex ante*; (iii) maior impacto terá a atividade interpretativa do aplicador sobre os efeitos concretos da lei e, por fim, (iv) mais tal fator deverá ser levado em consideração e examinado no âmbito de avaliações *ex post* ou *retrospectivas*. Se o Poder Legislativo é, metaforicamente, a "porta de entrada do argumento no ordenamento

⁵⁹⁰ DELLEY, Jean-Daniel. Pánel 5. Lei e políticas públicas: mecanismos de avaliação (conferência reduzida a termo), op. cit., p. 186. Ver também, do mesmo autor, Pensar a Lei. Introdução a um procedimento metódico, op. cit., p. 115 ss.

⁵⁹¹ Consoante refere Summers, se a norma é uma conjugação de lei, regulamento e atuação das Cortes, então o conjunto deve ser considerado na sua integralidade (SUMMERS, Robert Samuel. *Instrumentalism and American Legal Theory*, op. cit., p. 247).

⁵⁹² Em sentido semelhante, ver SCHÖBER, Katharina. *Der Zweck im Verwaltungsrecht*, op. cit., p. 5.

jurídico",⁵⁹³ então é imprescindível verificar todo o caminho que ele irá percorrer (interpretação, aplicação, regulamentação). Apenas com tais informações será possível investigar, acuradamente, seus efeitos concretos.

3.3 REPROVAÇÃO DA PROGNOSE LEGISLATIVA (OU O *ERRO* NO PROGNÓSTICO)

3.3.1 Conceituação de erro de prognose legislativa

A prognose restou definida neste estudo como um juízo probabilístico e afirmativo acerca de um acontecimento *futuro*.⁵⁹⁴ Por sua vez, o fato futuro ambicionado consubstancia-se em um fim *externo*, isto é, em um estado de coisas concreto cujo conteúdo materializa-se a partir da *indicação clara*, pelo legislador, de um local, um tempo, um modo e um grau de sua promoção. Para exemplificar, pode-se hipoteticamente imaginar que o legislador modificou a Lei de Execuções Penais com o intuito de reduzir o índice de reincidência de apenados entre 18 e 40 anos em 5% ao ano em todas as unidades da Federação.

Em termos puramente formais, haverá erro de prognose sempre que verificada alguma alteração, ainda que mínima, em quaisquer desses elementos narrados. No caso referido, inúmeros poderiam ser os efeitos após um ano de vigência das modificações legais: (i) redução de 3% em lugar de 5%; (ii) aumento da reincidência em 7%; (iii) redução do índice em algumas unidades da Federação, mas aumento noutras e, finalmente, (iv) redução do índice para apenas 1%. Na situação "i", poder-se-ia falar em erro quanto ao grau ou mesmo em erro quanto ao tempo, na medida em que os 5% de redução intencionados talvez fossem alcançáveis com maior prazo. Na situação "ii", poder-se-ia falar em erro quanto ao modo; na "iii", em erro quanto ao lugar e, finalmente, na "iv", em erro quanto ao grau (ou nível) de fomento.

É claro que o exemplo acima utilizado é redutor de complexidade, na medida em que isola a incidência de outros fatores *não legais* na relação de causa-efeito. Apesar disso, acredita-se que cumpra sua função didática. Nesse contexto, emerge um complexo problema.

⁵⁹³ CARVALHO NETTO, Menelick de. Painel 3. A contribuição da Legística para uma política de legislação: concepções, métodos e técnicas (conferência reduzida a termo), op. cit., p. 104.

⁵⁹⁴ SOUSA, António Francisco de. "*Conceitos Indeterminados*" no *Direito Administrativo*, op. cit., p. 115. Para similar conceito de prognose ver, no Direito brasileiro, MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade: Hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial*, op. cit., pp. 20-21 e MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*, op. cit., p. 165 ss. Na doutrina alemã, ver as clássicas obras de OSSENBÜHL, Fritz. *Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht*, op. cit., p. 461 ss e PHILIPPI, Klaus Jürgen. *Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts*, op. cit., p. 28 ss.

À luz de uma concepção eminentemente formal, qualquer alteração na situação fática almejada (que deve estar *claramente definida* pelo legislador, repita-se) configuraria um erro na prognose. Some-se a isso o fato de ser humanamente impossível emitir juízos precisos e inequívocos sobre relações de causa-efeito na realidade social.⁵⁹⁵

Nesse contexto, António Francisco de Sousa afirma, com razão, que a insegurança da prognose "resulta da falta de um dom profético das pessoas por um lado e, por outro, do facto do horizonte da experiência ser sempre limitado como fundamento de conclusão da prognose".⁵⁹⁶ Conjugando-se tais premissas, está-se obrigado a concluir que, *à luz de um conceito exclusivamente formal de erro*, toda e qualquer prognose realizada pelo legislador estará sempre, em algum ponto, *necessariamente* equivocada. Trata-se de algo inevitável, decorrente de insuperáveis limites da racionalidade humana.

Por conseguinte, defende-se a necessidade de um conceito *material restritivo* de erro de prognose, capaz de indicar, nesse universo infindável, quais erros são e quais não são realmente significativos para o Direito. A compreensão naturalista ou formalista tratará como erro qualquer desencontro entre o estado de coisas almejado e o realmente obtido com a mudança legal. É, por isso, pouco útil. Em contraposição, uma compreensão material iluminará, nesse conjunto, os erros relevantes, lançando mão de critérios substanciais, amparados necessariamente na ordem constitucional.

Tal juízo valorativo acerca da relevância *constitucional* do erro de prognose do legislador deverá orientar-se em parâmetros quantitativos e qualitativos, aplicáveis sucessiva e conjuntamente. Como se percebe, trata-se de avaliação *complexa*, a seguir pormenorizada. Por ora, é importante pontuar que, nos limites deste estudo, serão construídos critérios de controle exclusivamente em relação ao erro *constitucionalmente relevante*. Adota-se, assim, uma concepção *material restritiva* sobre quando é devido e necessário reconhecer e controlar equívocos do legislador em suas prognoses.

3.3.2 Espécies de erro de prognose legislativa

A presente seção dedica-se a indicar parâmetros substanciais para a distinção de erros de prognose à luz de dois critérios fundamentais. O primeiro diz respeito à *relevância*

⁵⁹⁵ Nas palavras de António Francisco de Sousa, a prognose, por pretender *antecipar o futuro*, é "juízo de probabilidade", nunca de certeza (SOUSA, António Francisco de. "*Conceitos Indeterminados*" no *Direito Administrativo*, op. cit., p. 118). Ver também MADER, Luzius. *Evaluation of Legislation. Contribution to the quality of legislation*, op. cit., item 2 e, do mesmo autor, *Improving legislation by evaluating its effects: the Swiss experience*, op. cit., p. 95.

⁵⁹⁶ SOUSA, António Francisco de. "*Conceitos Indeterminados*" no *Direito Administrativo*, op. cit., p. 118.

constitucional do erro; o segundo, ao *momento* em que é possível constatá-lo (*constatabilidade* do erro). É o que se passa a examinar.

3.3.2.1 Quanto à relevância do erro

3.3.2.1.1 Erros constitucionalmente relevantes em matéria penal

(a) Parâmetro qualitativo: prognose consubstanciada na suposta promoção de um direito fundamental ou princípio constitucional à custa da restrição de um direito fundamental ou princípio constitucional contraposto

A emissão de juízos equivocados pelo legislador no âmbito de prognoses (de previsão de eventos futuros) é, como já afirmado, algo absolutamente normal. Enquanto antecipação do porvir, a prognose será sempre *aproximativa*, nunca *exata*. Sendo assim, não seria exagero afirmar que, onde houver prognoses, haverá também imprecisões. É humanamente impossível evitar, de forma plena, descompassos entre tal juízo e a realidade concreta.⁵⁹⁷

Esse déficit de racionalidade inerente à prognose (já denominada de "arte do provável" – *Kunst des Wahrscheinlichen*⁵⁹⁸) não é de tal monta que impossibilite o seu exame e o seu controle à luz de critérios normativos *adequados* a tal condição.⁵⁹⁹ Um primeiro e fundamental passo é, nesse universo infinito de "erros de prognose legislativa", separar aqueles que apresentam relevo do ponto de vista constitucional daqueles que lhe são insignificantes. Para tanto, é preciso lançar mão de algum parâmetro substancial que permita, de maneira fundamentada, realizar a distinção pretendida.

No presente estudo, indicam-se dois critérios, os quais deverão ser aplicados conjuntamente: o erro de prognose *poderá* ser relevante sempre que a previsão do legislador envolver (i) a promoção de um princípio constitucional e/ou de um direito fundamental ou (ii) a restrição de um princípio constitucional e/ou de um direito fundamental. É importante ressaltar que dificilmente seria possível, mesmo em hipótese, imaginar uma situação concreta em que a promoção de um direito fundamental (ou princípio) não gerasse,

⁵⁹⁷ Conforme bem argumenta António Francisco de Sousa, tal insegurança somente seria extinta caso as pessoas fossem dotadas de um "dom profético" (SOUSA, António Francisco de. "*Conceitos Indeterminados*" no *Direito Administrativo*, op. cit., p. 118).

⁵⁹⁸ WEIZSÄCKER, Carl-Friedrich von. *Über die Kunst der Prognose*, op. cit., p. 11.

⁵⁹⁹ Ver SOUSA, António Francisco de. "*Conceitos Indeterminados*" no *Direito Administrativo*, op. cit., p. 120 ss e MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade: Hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial*, op. cit., p. 22 ss.

concomitantemente, a restrição de outro(s) direito(s) (ou princípios).⁶⁰⁰ A recíproca, todavia, não parece plenamente verdadeira.

De qualquer sorte, fundamental é, no ponto, perceber que os critérios indicados não são características do *erro*, mas da *prognose* em si. É claro que, se a *prognose* do legislador refere-se à promoção e à restrição de direitos fundamentais por meio da lei, o erro, por decorrência lógica, também o faz. Noutras palavras, tal característica acaba sendo transferida da *prognose* ao *erro*. Portanto, o primeiro item a ser analisado é justamente o conteúdo da *prognose*, buscando-se identificar a presença – ou não – de tais elementos.

Alguns exemplos podem bem ilustrar o argumento desenvolvido. No âmbito da tutela do meio ambiente, o Projeto de Lei 4.899/12, já aprovado com substitutivo pela Comissão do Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável da Câmara dos Deputados, pretende alterar uma série de dispositivos da Lei dos Crimes Ambientais (Lei 9.605/98) com o intuito de *aumentar a proteção aos bens jurídicos tutelados*.⁶⁰¹ Dentre as modificações, discutiu-se a retirada ou não da possibilidade de *suspensão* das atividades do acusado de delitos ambientais (art. 8º, inc. III c/c art. 11) tão logo feita a autuação.⁶⁰² Segundo o Relator, o artigo deveria ser mantido na íntegra, por configurar medida eficaz para a "cessação" de infrações penais.⁶⁰³

Tem-se, na hipótese, um claro juízo de *prognose*: a suspensão das atividades de acusados é medida eficaz na "evitação" de novos crimes. Estaria, todavia, correto tal prognóstico? No ponto, não parece possível afirmar algo com segurança. Sabe-se apenas que o Relator não apresentou qualquer dado concreto a amparar sua conclusão. Nesse contexto, talvez a pergunta mais importante não seja essa, mas outra: a existência de equívoco em

⁶⁰⁰ O postulado da *concordância prática* reforça o afirmado, na medida em que surge, nas palavras de Ávila, "da coexistência de valores que apontam total ou parcialmente para sentidos contrários. [...] Como existe uma relação de tensão entre os princípios e as regras constitucionais, especialmente entre aqueles que protegem os cidadãos e aqueles que atribuem poderes ao Estado, deve ser buscado um equilíbrio entre eles" (ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 187).

⁶⁰¹ Ver reportagem do sítio oficial da Câmara dos Deputados. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/MEIO-AMBIENTE/451424-MEIO-AMBIENTE-APROVA-ALTERACOES-PARA-ENDURECER-LEI-DOS-CRIMES-AMBIENTAIS.html>>.

⁶⁰² O projeto em questão inicialmente sugeria a retirada do art. 11 da Lei 9.605/98, sob o argumento de que "há dificuldade de estabelecer o exato momento da aplicação da suspensão de atividades (se na conduta ou na sentença)" (Anexo I do Relatório do Projeto de Lei 4.899/12. Comissão de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável, p. 2. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1118967&filename=PRL+1+CMAD S+%3D%3E+PL+4899/2012>).

⁶⁰³ No substitutivo do projeto original, argumenta-se pela necessidade de manutenção do art. 11, uma vez que "tal pena vem sendo eficaz para a cessação da infração e deve ser mantida na LCA. A suspensão de atividades deve ocorrer tão logo constatada a infração e autuado o infrator" (Anexo I do Relatório do Projeto de Lei 4.899/12. Comissão de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável, p. 2. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1118967&filename=PRL+1+CMAD S+%3D%3E+PL+4899/2012>).

relação a tal juízo do legislador seria constitucionalmente relevante à luz do critério elaborado neste estudo?

A resposta é positiva. Ao afirmar-se que a pena de suspensão total ou parcial das atividades tem sido *eficaz* à tutela dos bens jurídicos envolvidos, emite-se um prognóstico que envolve a *promoção* do direito fundamental ao meio ambiente (art. 225, *caput*, da Constituição) e a correlata *restrição* à liberdade individual (art. 5º, *caput*, da Constituição) e à livre iniciativa (art. 170, *caput*, da Constituição). O mesmo poderia ser constatado frente a uma proposta de *aumento* das sanções penais de certos crimes fundamentada em prognósticos do tipo "controle da impunidade", "aumento da segurança (incolumidade física do cidadão)", "prevenção de delitos" etc. Neste caso, estaria em questão a restrição ao direito fundamental à liberdade (art. 5º, *caput*, da Constituição), dentre outros.

Erros de prognose ocorridos no âmbito de quaisquer dos exemplos acima apresentados seriam, *a priori*, constitucionalmente relevantes à luz do critério empregado. Todavia, o mesmo não se poderia dizer de determinadas inovações legislativas "peculiares". Ilustrativamente, pode-se fazer referência às Leis 13.050/14 e 12.608/12, as quais instituíram, respectivamente, o "Dia Nacional do Macarrão" e o "Dia da Pesca Amadora". Imagine-se que o legislador pretendeu, com tais normativas, fomentar o consumo do alimento em questão, bem como incentivar o Brasil como destino turístico de pesca amadora. Caso se constate a inoportunidade dos objetivos do legislador, poder-se-ia concluir em favor da existência de *erros* nos prognósticos legislativos.

Todavia, frente aos parâmetros apresentados, não se estaria diante de equívocos *constitucionalmente relevantes*, eis que, ao menos à primeira vista, inexistem direitos ou princípios fundamentais imbricados (promovidos e restringidos) em tais prognoses. No entanto, considerando o vasto e analítico texto constitucional brasileiro, poder-se-ia argumentar que tais critérios não serão capazes de excluir, de antemão, muitas prognoses do grupo das "constitucionalmente significantes".

A crítica parece procedente. Entretanto, deve-se atentar para o fato de que este é apenas o *primeiro exame*, ao qual se somarão outros dois. Sua função não é tanto afirmar peremptoriamente quais prognoses *são* relevantes, mas excluir aquelas que, desde logo, certamente *não* são. Noutras palavras, um juízo positivo em relação ao presente parâmetro qualitativo (prognose referente à promoção e à restrição de direitos fundamentais e/ou princípios constitucionais) tem uma eficácia apenas indiciária *em favor* da significância constitucional do erro no prognóstico legislativo.

Finalmente, quer-se desenvolver um último e fundamental raciocínio, sintetizado na seguinte assertiva: todo e qualquer erro de prognose em matéria *penal* é, à luz destes critérios, relevante perante a ordem constitucional. Em se tratando de textos legais que *aumentam* o poder punitivo, por exemplo, a questão parece fora de discussão. O direito fundamental e individual à liberdade será, pela *teoria externa*,⁶⁰⁴ necessariamente afetado em tais situações.⁶⁰⁵ Já nos casos de *redução* do poder punitivo, ensejada, hipoteticamente, pela descriminalização de certas condutas, uma maior liberdade será concedida ao cidadão à custa da possível restrição a outros direitos fundamentais. Tal constatação comprova a peculiar sensibilidade das normas penais ao problema do erro de prognose, que no seu âmbito se releva com superlativa agudez.

(b) Parâmetros quantitativos

(b.1) Restrição a direitos fundamentais ou a princípios constitucionais contrapostos em intensidade significativamente superior à esperada (restrição excessiva)

A lógica do presente critério reside na comparação entre *expectativa* do legislador e *realidade observada*, isto é, entre efeitos *esperados* e efeitos concretamente *gerados* em termos de *restrição* a direitos fundamentais. Quanto maior o descompasso, *maior* também a relevância do erro. Nessa perspectiva, é importante advertir que, justamente por se tratar de um conceito *material restritivo* de erro, sua configuração pressupõe uma situação *pior*, do ponto de vista constitucional, do que aquela esperada pelo legislador.

Consequentemente, a diferença encontrada somente será importante quando for *negativa*, ou seja, quando significar uma restrição a direitos fundamentais *superior* àquela suposta pelo legislador. Se *inferior*, então sequer fará sentido falar-se em *erro* na prognose. Nesse contexto, o equívoco na prognose manifestar-se-á em sua maior intensidade possível

⁶⁰⁴ A teoria externa parte das seguintes premissas: (i) os direitos fundamentais e suas restrições não se confundem e (ii) as restrições são sempre desvantagens aplicadas *externamente* aos direitos (ver ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 240 e CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Dogmática de direitos fundamentais e direito privado*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 349. Para uma distinção entre *teoria externa* e *interna*, conferir também BOROWSKI, Martin. *La restricción de los derechos fundamentales*. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid, v. 20, n. 59, pp. 29-56, mai./ago. 2000, p. 31 ss).

⁶⁰⁵ Não por acaso D'Avila define o tipo incriminador como "uma concretização legislativa restritiva do direito fundamental à liberdade" (D'AVILA, Fabio Roberto. *A Ofensividade em Direito Penal*, op. cit., p. 71). No mesmo sentido, FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal*, op. cit., p. 150 e SCALCON, Raquel Lima. *Ilícito e Pena*, op. cit., pp. 130-1.

sempre que implicar, concretamente, a afetação do núcleo essencial do direito fundamental, em violação ao postulado da *proibição do excesso*.⁶⁰⁶ Nesse contexto, tratar-se-á não apenas de erro *constitucionalmente relevante*, mas de erro *inconstitucional*.

(b.2) *Realização dos direitos fundamentais ou dos princípios constitucionais promovidos em intensidade significativamente inferior à esperada (promoção insuficiente)*

A lógica do presente critério é semelhante à do anterior, ainda que inversa. Nesta hipótese, compara-se o grau de promoção a direitos fundamentais *previsto* com aquele *efetivamente obtido*. No ponto, quanto maior for o desnível entre expectativa e realidade, *mais relevante* será o erro, desde que essa ruptura represente uma situação *menos constitucional* ou (o que é o mesmo) um estado de coisas *constitucionalmente pior*. A inconsistência no juízo do legislador será superlativa sempre que significar um fomento tão pífio do direito fundamental promovido, que fique aquém do mínimo constitucionalmente exigido (*proibição de insuficiência*).⁶⁰⁷ O erro, nessa hipótese, mais que *relevante*, seria propriamente *inconstitucional*.

(c) *Parâmetro quali-quantitativo: proporção ou relação entre erro sobre grau de restrição e erro sobre grau de realização de direitos fundamentais (renovação da incidência do subcritério da proporcionalidade stricto sensu)*

O presente critério tem por função promover um diálogo entre os anteriores. Tais parâmetros, se analisados de modo isolado, conduzirão a uma determinada conclusão; se conjugados, a juízos potencialmente diversos. Todavia, a sua análise concomitante é uma exigência do próprio conteúdo normativo da *proporcionalidade*. Ocorre que o último dos seus

⁶⁰⁶ Tal postulado já foi analisado no segundo capítulo (seção 2.4.2.1.2). Sobre o tema, ver ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 188 e ADAMY, Pedro Guilherme Augustin. *Renúncia a Direito Fundamental*, op. cit., pp. 182-5.

⁶⁰⁷ O postulado da proibição de proteção deficiente (*Untermaßverbot*), por sua vez, atua no âmbito dos *deveres de proteção* de direitos fundamentais pelo Estado. Nesse contexto, haveria, nas palavras de Reis Novais, um "patamar mínimo de proteção" dedutível, com suficiente precisão, da "imposição de realização objectiva do direito fundamental" (REIS NOVAIS, Jorge. *As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 89). Na doutrina alemã, Canaris define tal postulado como uma vedação constitucional a que se "desça abaixo de um certo *mínimo* de proteção" a direitos fundamentais (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*, op. cit., p. 59-60). Na doutrina brasileira, Ávila conceitua a proteção deficiente como uma tutela de direitos fundamentais "aquém da medida necessária à sua eficácia" (ÁVILA, Humberto Bergmann. Confissão cria tributo? Apontamentos sobre a disponibilidade do contribuinte sobre direitos fundamentais. In: ROCHA, Valdir de Oliveira. *Grandes Questões atuais do Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2008, p. 186).

subprincípios, o da *proporcionalidade em sentido estrito*, indaga se a importância da realização do fim justifica o grau de restrição paralelamente causado a outros direitos fundamentais e/ou princípios.⁶⁰⁸

Tal exame é inicialmente realizado apenas com dados *hipotéticos*, por não ser possível antecipar, com segurança, qual intensidade de restrição e de promoção a direitos fundamentais será, de fato, gerada pela inovação legislativa. Uma vez que amparada em premissas *provisórias*, a conclusão também é, em certo sentido, *precária*. Os elementos hipotéticos sopesados *ex ante*, os quais amparam o resultado inicial, deverão, pois, ser substituídos pelos elementos concretos coletados da realidade, *renovando-se o exame de proporcionalidade estrito sensu*.

Não há dúvida de que erros relevantes sobre o grau de afetação e o de promoção a direitos fundamentais poderão conduzir a resultados amplamente diversos. Ilustrativamente, pode-se imaginar ter o legislador considerado a importância da promoção do fim suficiente para justificar a intensidade da restrição paralelamente gerada em direitos fundamentais contrapostos. Caso se verifique, em concreto, que o fomento ao direito envolvido ocorreu em patamar muito inferior ao esperado, enquanto a restrição se deu em nível muito superior à imaginada, haverá uma *reviravolta* no resultado do juízo de proporcionalidade. É bastante provável que o grau de promoção obtido *não mais justifique* a intensidade de afetação gerada.

Nesse sentido, quando maior for a inversão constatada na relação (a) nível de promoção *versus* (b) nível de restrição, mais relevante será o erro de prognose.⁶⁰⁹ Para ilustrar, considere-se as seguintes hipóteses: (i) a promoção e a restrição a direitos fundamentais foram, ambas, *inferiores* ao esperado; (ii) a promoção foi inferior ao esperado, enquanto a restrição foi igual ao esperado; (iii) a promoção foi igual ao esperado, mas a restrição foi maior que o esperado e, finalmente, (iv) a promoção foi menor que o esperado, ao passo que a restrição foi superior ao esperado.⁶¹⁰ Não resta dúvida de que, dentre tais situações, aquela que ensejará a maior inversão no resultado da *proporcionalidade em sentido*

⁶⁰⁸ Assim também em ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 216; GUERRA FILHO, Willis Santiago. Noções fundamentais sobre o Princípio Constitucional da Proporcionalidade, op. cit., p. 101 e SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável, op. cit., p. 40.

⁶⁰⁹ Recordar-se: quando o patamar de satisfação de um direito fundamental cai (isto é, quando ele sofre restrições ou intervenções), são necessários, em contrapartida, ganhos *maiores* em relação ao princípio e/ou direito fundamental promovido e vice-versa (KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *The Constitutional Structure of Proportionality*, op. cit., p. 68 e ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, op. cit., p. 138 ss). Tal ponderação, naturalmente, tem um limite: o núcleo essencial do direito fundamental afetado (proibição do excesso).

⁶¹⁰ Não foram listadas hipóteses em que a realidade "supera" a expectativa do legislador, ou seja, quando é *constitucionalmente* melhor do que o esperado, uma vez que são situações *externas* ao conceito de erro de prognose encampado neste estudo. Recordar-se, na oportunidade, que somente haverá *erro* quando houver situação "menos" constitucional ou *constitucionalmente pior*.

estrito será a última. Sendo assim, é ela que representa, pelo critério adotado, o erro de prognose mais relevante.

3.3.2.1.2 Erros constitucionalmente não relevantes em matéria penal

O reconhecimento da irrelevância constitucional do erro de prognose dar-se-á a partir de um juízo *negativo* e *subsidiário*. Noutras palavras, não estando presentes os pressupostos acima elencados, pode-se considerar o equívoco insignificante do ponto de vista constitucional. Recapitula-se, por esse motivo, o conteúdo atribuído a cada um dos parâmetros. Com exceção do critério "a", que é preliminar aos demais (se negativo, encerra-se o exame; se positivo, prossegue-se), todos deverão ser aplicados, obedecendo a ordem em que foram apresentados.

Iniciando-se pelo critério qualitativo *preliminar* ("a." prognose consubstanciada na suposta promoção de um direito fundamental ou princípio constitucional à custa da restrição de um direito fundamental ou princípio constitucional contraposto), serão constitucionalmente irrelevantes os erros verificados em prognoses que não digam respeito à restrição ou à promoção de direitos fundamentais. À luz deste parâmetro, parece incogitável que prognósticos inconsistentes relativos a normas penais venham a ser insignificantes, por sempre envolverem, de uma forma ou de outra, o direito fundamental à liberdade.

Quanto aos dois critérios quantitativos (*b.1* Restrição a direitos fundamentais ou a princípios constitucionais contrapostos em intensidade significativamente superior à esperada e *b.2* Realização dos direitos fundamentais ou dos princípios constitucionais promovidos em intensidade significativamente inferior à esperada), a relevância do erro será tanto *menor* quanto *mais reduzida* for a diferença entre restrição/promoção esperada (*ex ante*) e restrição/promoção obtida (*ex post*) e vice-versa. Já no caso de o descompasso significar uma situação concreta *constitucionalmente melhor*, isto é, uma promoção superior à aguardada ou uma restrição inferior à projetada, sequer haveria "erro" propriamente dito.

Finalmente, chega-se ao critério quali-quantitativo ("c"): proporção ou relação entre erro sobre grau de restrição e erro sobre grau de realização de direitos fundamentais. À luz de tal parâmetro, quanto maior for a inversão constatada na relação (a) nível de promoção *versus* (b) nível de restrição, mais relevante será o erro de prognose legislativa e vice-versa. Já quando os equívocos forem proporcionais (por exemplo, quando o meio concretamente fomentou menos, mas também restringiu menos, ou quando fomentou mais, mas também promoveu mais), o resultado do exame de proporcionalidade em sentido estrito permanecerá

quase inalterado. Nessa hipótese, o erro, se reconhecido, não deverá ser avaliado como significativo.

3.3.2.2 Quanto à possibilidade de constatação do erro constitucionalmente relevante

3.3.2.2.1 Constatável ex ante (verificável durante o processo legislativo)

Conforme já referido, a prognose constitui o resultado *afirmativo* de um raciocínio *probabilístico* acerca de um acontecimento futuro, estruturado sobre o diagnóstico (*base da prognose*) e proferido em concordância aos critérios do método empregado (*procedimento da prognose*).⁶¹¹ Por se tratar de uma conclusão amparada nas premissas fáticas que integram o diagnóstico, bem como decorrente da utilização de uma específica metodologia, em certos casos será possível *antever* falhas graves no juízo realizado. Noutras palavras, será viável, à luz dos elementos que informam o processo legislativo, reconhecer, com suficiente segurança, que a prognose do legislador está – desde logo – *errada*.

De qual maneira ou em quais situações haveria, pois, uma inconsistência constatável *ex ante*, isto é, um erro revelável *antes mesmo* ou *independentemente* da aplicação concreta da lei na realidade social?⁶¹² Uma primeira hipótese configura-se quando o legislador parte de premissas fáticas *evidentemente equivocadas* ou de métodos *claramente inadequados* para elaborar o prognóstico. Ora, na medida em que tal juízo é decorrência lógica de uma determinada "base" e de um específico "procedimento", então a inconsistência das premissas conduz à inconsistência da conclusão.

Uma interessante decisão do Tribunal Constitucional alemão (*Bundesverfassungsgericht* – BVerfG), conhecida como *Apotheken-Urteil* ("Caso das Farmácias") discutia, já no ano de 1958, o problema do controle das prognoses legislativas.⁶¹³ Questionava-se a constitucionalidade de lei do Estado da Baviera que restringia o número de licenças concedidas para a instalação de farmácias, ao exigir que novos estabelecimentos fossem comercialmente viáveis e não causassem prejuízo econômico a competidores

⁶¹¹ Ver DELLEY, Jean-Daniel. Pensar a Lei. Introdução a um procedimento metódico, op. cit., p. 109 e SOUSA, António Francisco de. "Conceitos Indeterminados" no Direito Administrativo, op. cit., p. 117.

⁶¹² No ponto, Gilmar Mendes fala em prognose legislativa que se revela "falha de início" (MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de Constitucionalidade: Hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial, op. cit., p. 25). Conferir ainda, do mesmo autor, *Controle Abstrato de Constitucionalidade: ADI, ADC e ADO*. Comentários à Lei n. 9.868/99. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 274.

⁶¹³ 7 BVerfGE 377, 1958.

próximos.⁶¹⁴ A ideia era, com isso, proteger a saúde pública, na medida em que a não imposição de tais requisitos geraria, segundo o legislador, um descontrole no consumo de medicamentos, em razão da vasta oferta.⁶¹⁵

No caso narrado, é possível observar um claro juízo de prognose: a plena liberdade na instalação de novas farmácias estaria conduzindo a uma utilização desenfreada de remédios. Logo, a criação de pressupostos robustos para a sua abertura reduziria ou, ao menos, estancaria o crescimento do consumo. O Tribunal Constitucional alemão considerou injustificada a medida estatal, uma vez que amparada em premissa equivocada, qual seja, o aumento observado na utilização de medicamentos decorria *não* da abertura de novas farmácias, mas das alterações nas condições de vida da população em razão da Segunda Guerra Mundial.⁶¹⁶

Nos termos do julgado, "o consumo de medicamentos teria aumentado depois da Guerra de qualquer modo" (*Der Verbrauch an Arzneimitteln hat nach dem Kriege überall zugenommen*).⁶¹⁷ Por conseguinte, mesmo antes de uma prolongada incidência da lei em discussão, já era possível antever, com segurança, o seu insucesso na promoção dos fins objetivados. A prognose era, pois, *falha de início*, uma vez que amparada em premissa equivocada, decorrente de leitura defeituosa da realidade concreta (erro na *base* da prognose).⁶¹⁸

O exemplo trazido bem ilustra um primeiro grupo de casos em que não seria necessário qualquer decurso do tempo para que inconsistências no juízo do legislador fossem passíveis de constatação. Já um segundo grupo de casos conjugaria situações em que, conquanto não seja possível apontar, de antemão, erros propriamente ditos nas premissas do legislador, ainda assim elas seriam *altamente inseguras*. Tal insegurança poderia decorrer tanto da natureza amplamente complexa do objeto da prognose (ex.: segurança de um novo equipamento de energia nuclear, efeitos do consumo de drogas ilícitas, impactos da

⁶¹⁴ A íntegra da decisão pode ser encontrada, em língua alemã, em <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv007377.html>>. Excertos fundamentais do julgado estão comentados, em língua inglesa, em KOMMERS, Donald P.; MILLER, Russel A. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, op. cit., p. 666-72.

⁶¹⁵ KOMMERS, Donald P.; MILLER, Russel A. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, op. cit., p. 670. Sobre o caso, ver ainda MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de Constitucionalidade: Hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial, op. cit., pp. 22-3 e, do mesmo autor, *Controle Abstrato de Constitucionalidade: ADI, ADC e ADO*, op. cit., pp. 270-71.

⁶¹⁶ 7 BVerfGE 377, 1958, p. 140. Disponível em <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv007377.html>>. Conferir MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de Constitucionalidade: Hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial, op. cit., p. 23.

⁶¹⁷ 7 BVerfGE 377, 1958, p. 140.

⁶¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de Constitucionalidade: Hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial, op. cit., p. 25 e, do mesmo autor, *Controle Abstrato de Constitucionalidade: ADI, ADC e ADO*, op. cit., p. 274.

regulamentação do aborto etc.) e ser, portanto, *inevitável*, quanto da atecnia e do descaso do legislador e ser, pois, *evitável*.⁶¹⁹

Iniciando-se pela *alta insegurança inevitável*, deve-se atentar para o fato de que determinados prognósticos do legislador serão tomados em campos pouco seguros e em contínua transformação.⁶²⁰ Nesse contexto, a imprecisão inerente a qualquer prognose é intensamente potencializada, sendo inviável a emissão de juízos precisos acerca da sua (in)correção. Como exemplo, lança-se mão de caso levado ao Tribunal Constitucional alemão, conhecido como *Kalkar I* (1978).⁶²¹

Em 1972, o Ministério competente concedeu licença para a instalação de um regenerador rápido em *Kalkar*, distrito da cidade de Kleve, no Estado de *Nordrhein-Westfalen*.⁶²² O proprietário de uma fazenda vizinha à usina nuclear sustentou, perante a Justiça Administrativa, que a licença deveria ser revogada, uma vez que teriam existido falhas no cumprimento de certos pressupostos administrativos. Ademais, alegava que tais omissões colocavam em risco direitos fundamentais à vida e à personalidade, bem como a própria incolumidade pública. O caso chegou ao Tribunal Administrativo Federal da Alemanha (*Bundesverwaltungsgericht* – BVerwG), que suspendeu o processo e remeteu-o ao Tribunal Constitucional para exame.

No âmbito constitucional, afirmou-se que danos causados pela construção ou operação da usina não poderiam ser antecipados com grande segurança.⁶²³ Segundo a lei alemã que disciplinava a sua instalação à época, poder-se-ia exigir, no máximo, que fossem tomadas as precauções necessárias, em conformidade com o conhecimento científico e técnico mais atual, para evitar danos a direitos fundamentais, dentre outras medidas.⁶²⁴ O Tribunal Constitucional

⁶¹⁹ Consultar FLÜCKIGER, Alexandre. A obrigação jurisprudencial de avaliação legislativa: uma aplicação do princípio da precaução aos Direitos Fundamentais, op. cit., p. 14.

⁶²⁰ FLÜCKIGER, Alexandre. A obrigação jurisprudencial de avaliação legislativa: uma aplicação do princípio da precaução aos Direitos Fundamentais, op. cit., pp. 14-5.

⁶²¹ 49 BVerfGE 89, 1978. A íntegra da decisão pode ser encontrada, em língua alemã, em <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv049089.html>>. Excertos fundamentais do julgado estão comentados, em língua inglesa, em KOMMERS, Donald P.; MILLER, Russel A. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, op. cit., p. 177-82. Em língua portuguesa, ver SCHWABE, Jürgen. *Cinqüenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Traduzido por Beatriz Henning et al. Leonardo Martins (Org.). *Montevideo*: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 859-65. Tradução de: Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts.

⁶²² KOMMERS, Donald P.; MILLER, Russel A. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, op. cit., p. 177 ss e SCHWABE, Jürgen. *Cinqüenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*, op. cit., p. 859 ss.

⁶²³ KOMMERS, Donald P.; MILLER, Russel A. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, op. cit., p. 181 e SCHWABE, Jürgen. *Cinqüenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*, op. cit., p. 860.

⁶²⁴ Trata-se do § 7 da Lei sobre o Uso Pacífico da Energia Nuclear e Proteção contra seus Riscos (*Gesetz über die friedliche Verwendung der Kernenergie und den Schutz gegen ihre Gefahren*), de 23 de dezembro de 1959.

entendeu que os requisitos estipulados pelo legislador eram, em princípio, *suficientes* para controlar os riscos da utilização de energia nuclear.⁶²⁵ Todavia, admitiu que, no caso de desenvolvimentos fáticos não antecipáveis nem previsíveis, a Constituição poderia obrigar o legislador a rever a sua política – e sua prognose – à luz das mudanças verificadas, para investigar se a medida (e a prognose) *permanece correta*.⁶²⁶

A situação concreta é, pois, a seguinte: de um lado, não se é capaz de afirmar, de antemão, a existência de erros de prognose; de outro, subsistem *incertezas relevantes* sobre os efeitos concretos da lei. Nesse contexto, o Tribunal Constitucional alemão, de forma bastante original, impôs ao legislador, em diversos julgados, deveres de *observar* os efeitos da lei e, se o caso, de *corrigi-la* (*Beobachtungspflicht und Nachbesserungspflicht*), a fim de que ela se *mantenha constitucional*.⁶²⁷

De outro lado, existem situações de alta insegurança *evitáveis*, isto é, aquelas às quais o legislador deu causa quer por grande *atecnia*, quer por *descaso*. Ilustrativamente, é possível que, durante o processo de criação e elaboração legislativa, simplesmente sejam omitidos dados fundamentais para o controle da prognose, tais como (i) o diagnóstico, (ii) os fins concretos objetivados e (iii) as razões que o levaram a considerar o meio utilizado adequado e necessário a tal desiderato.

Nesse ponto, talvez não seja correto se falar necessariamente em erro de prognose, na medida em que sequer haveria uma prognose propriamente formulada. Ainda que tais esclarecimentos não sejam etapas necessárias do processo legislativo brasileiro, a valoração da sua *ausência* deveria integrar o controle de validade constitucional. Trata-se, inegavelmente, de um forte indício do grau de irracionalidade legislativa, a ensejar um enfraquecimento da presunção de constitucionalidade ostentada pela lei.⁶²⁸ Por esse motivo, também aqui seria fundamental impor-lhe deveres de *observar/vigiar* e, se o caso, de *reparar* a lei (*Beobachtungspflicht und Nachbesserungspflicht*), ainda que por razões diversas.

Os requisitos listados no artigo em questão podem ser encontrados, em língua portuguesa, em SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*, op. cit., p. 861.

⁶²⁵ KOMMERS, Donald P.; MILLER, Russel A. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, op. cit., p. 179 e SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*, op. cit., p. 860.

⁶²⁶ KOMMERS, Donald P.; MILLER, Russel A. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, op. cit., p. 179 e SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*, op. cit., p. 860.

⁶²⁷ FLÜCKIGER, Alexandre. A obrigação jurisprudencial de avaliação legislativa: uma aplicação do princípio da precaução aos Direitos Fundamentais, op. cit., p. 14 ss.

⁶²⁸ Se, conforme Humberto Ávila, "pode-se examinar o grau de segurança jurídica por meio da análise de determinadas condições normativas teóricas, previstas antecipada e abstratamente", o mesmo raciocínio aplica-se à avaliação da segurança ou precisão da prognose. Nesse sentido, "quanto mais forem atendidas condições abstratamente previstas, mais seguro é o Direito", ou, por paralelismo, mais segura será a *prognose* (ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria da Segurança Jurídica*, op. cit., p. 187).

Frente ao exposto, podem ser formuladas as seguintes assertivas: (i) em um primeiro grupo de casos, será possível *antever* o erro de prognose legislativa mesmo antes do ingresso da norma em vigor, em razão de o legislador partir de premissas fáticas *evidentemente equivocadas* ou de métodos *claramente inadequados* para elaborar seu prognóstico; (ii) em um segundo grupo de casos, não será possível antecipar a inconsistência da prognose, ainda que seja constatada uma *alta incerteza* acerca dos efeitos concretos da lei.

Tal insegurança poderá decorrer tanto da elevada complexidade do objeto da prognose e ser, portanto, *inevitável*, quanto da atecnia e do descaso do legislador e ser, pois, *evitável*. Em quaisquer dos casos, ainda que não se reconheça um erro *ex ante*, tamanha incerteza sinaliza uma possibilidade significativa de que erros na prognose venham a ser revelados com o decurso do tempo. Por tal razão, seria fundamental, nessas hipóteses, construir, também na realidade brasileira, critérios e requisitos para a imposição, ao legislador, de deveres de *observar/vigiar* e, se o caso, de *reparar* a lei (*Beobachtungspflicht und Nachbesserungspflicht*), de modo a preservar sua constitucionalidade. Frente à relevância e à complexidade do tema, ele será enfrentado, com o cuidado necessário, no capítulo seguinte.

3.3.2.2 Constatável ex post (*verificável após decurso do tempo e lei em vigor*)

É bastante provável que, na maioria dos casos, não seja possível antever o erro no prognóstico do legislador *durante o processo legislativo (ex ante)*. Certas inconsistências somente se tornarão perceptíveis ou, até mesmo, apenas surgirão após um período razoável de incidência da lei na realidade social. Inegavelmente, a investigação de eventuais equívocos e resultados indesejados *a essa altura dos acontecimentos* não servirá tanto para impedir sua ocorrência, mas para constatá-la.⁶²⁹ Apesar dessa desvantagem, as conclusões de uma avaliação da prognose *ex post*, de outro lado, mostram-se muito mais seguras. Ocorre que, por já estar a lei em vigor, pode-se coletar dados fáticos/empíricos e, a partir deles, valorar o juízo do legislador.⁶³⁰

O mesmo, todavia, não acontece no âmbito de exames *ex ante* que buscam apontar, já durante o processo legislativo, inconsistências nas prognoses que fundamentam a lei. Nestes,

⁶²⁹ Em razão da natureza fática do exame, analisa-se ou o passado ou o presente, de tal forma que somente se pode saber *a posteriori* o que ocorreu (ver ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria da Segurança Jurídica*, op. cit., p. 187).

⁶³⁰ À luz do problema da *segurança jurídica* no Direito, Humberto Ávila assim refere: "pode-se examinar o grau de segurança jurídica mediante o confronto das previsões passadas com as decisões futuras, se há, e em que grau, uma correspondência entre a consequência que se previa que deveria ser implementada e aquela que, de fato, terminou sendo executada. O método de exame seria de natureza estatística e sobre base factual" (ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria da Segurança Jurídica*, op. cit., p. 187).

em realidade, nega-se o acerto do prognóstico legislativo a partir de outro juízo de *idêntica natureza*. Uma contestação *a priori* de uma prognose pode ser, em si, também prognóstica, caso represente também ela uma "antecipação do futuro". A diferença residiria apenas no conteúdo dessa previsão: o legislador sustenta que a medida eleita promoverá o fim almejado; a avaliação, justamente o contrário. Pode-se afirmar, assim, que o reconhecimento de um erro de prognose *ex ante* demanda, em regra, um juízo muito mais normativo-hipotético do que o reconhecimento *ex post* (eminentemente empírico).⁶³¹ Trata-se, é bem verdade, de uma diferença, em especial, de *grau*, pois ambos os exames exigem, em alguma medida, juízos de valor para serem emanados.

Feitos esses esclarecimentos, pode-se, a seguir, questionar a *origem* ou a *causa* de erros constatados *ex post*, ou seja, após razoável decurso de tempo com a lei em vigor. Como regra, tais descompassos entre *expectativa do legislador* e *realidade fática* virão a confirmar indícios já presentes no processo legislativo. Nesse sentido, faz-se referência às situações de "alta insegurança" anteriormente trabalhadas, cujas fontes são tanto a elevada complexidade do objeto da prognose (insegurança *inevitável*) quanto a própria conduta do legislador (insegurança *evitável*). Noutros casos, contudo, erros relevantes serão surpreendidos, com o passar do tempo, em prognoses que pareciam, de início, "acima de qualquer suspeita".

Por conseguinte, mesmo uma combinação (ideal) de um legislador que empreendeu todos os esforços necessários e de um objeto de prognose destituído de maiores dúvidas *não* garante a correção do juízo. Ele, por falar da causalidade no campo social, será sempre aproximativo, constituído por algum elemento de aleatoriedade.⁶³² Nesse contexto, duas questões primordiais emergem: (i) se a evitabilidade (ou não) do erro de prognose deve repercutir na intensidade do seu controle e (ii) se existe – e sob quais circunstâncias – um dever, dirigido ao legislador, não apenas de elaborar leis constitucionais, mas de, mediante a fiscalização periódica dos seus efeitos concretos ("dever de vigilância" – *Beobachtungspflicht*), *mantê-la* constitucional.⁶³³ Isso significaria, na prática, a existência de um dever de *reparar* a lei (*Nachbesserungspflicht*) caso os resultados de sua aplicação

⁶³¹ Para uma distinção entre exame estatístico e factual (*ex post*) e exame normativo-hipotético (*ex ante*), ver ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria da Segurança Jurídica*, op. cit., p. 187-8.

⁶³² MADER, Luzius. *Evaluation of Legislation. Contribution to the quality of legislation*, op. cit., item 2. Ver ainda, do mesmo autor, *Improving legislation by evaluating its effects: the Swiss experience*, op. cit., p. 95.

⁶³³ Sobre o dever de observar os efeitos da lei, ver FLÜCKIGER, Alexandre. *A obrigação jurisprudencial de avaliação legislativa: uma aplicação do princípio da precaução aos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 15.

revelem-se, *no tempo*, atentatórios a direitos fundamentais.⁶³⁴ Tal ponto será melhor examinado no capítulo seguinte.

⁶³⁴ Ver FLÜCKIGER, Alexandre. A obrigação jurisprudencial de avaliação legislativa: uma aplicação do princípio da precaução aos Direitos Fundamentais, op. cit., p. 16 ss.

4 REALIZAÇÃO DE FINS EM DIREITO PENAL E SEU CONTROLE CONSTITUCIONAL

4.1 OBJETO SUBMETIDO A CONTROLE: EFEITOS POTENCIAIS E EFEITOS CONCRETOS DA NORMA PENAL

O presente capítulo pretende desenvolver critérios para o controle constitucional da realização de fins *pelo* Direito Penal. Tem-se, de imediato, um problema: *fins* são distintos das normas jurídicas elaboradas para promovê-los. A sua materialização não se dá sob a forma de *textos*, mas sob a forma de *efeitos concretos* (de estados de coisas ou de situações fáticas). Essa peculiar condição faz com que a sua controlabilidade, aqui *defendida*, seja uma tese altamente polêmica. Entretanto, consoante explicitado quando da abertura deste estudo, estando o Direito compreendido como um instrumento orientado à persecução de fins, então também eles devem ser submetidos a controle.

O próximo passo é, pois, operacionalizar tal controle especificamente no plano da realização de fins pelo Direito *Penal* (e pelas suas normas), por ser esse o recorte da pesquisa. Deve-se, em primeiro lugar, identificar com clareza o *objeto* que será controlado para, a seguir, indicar os critérios adequados a tanto. Conforme referido, *fins* manifestam-se sob a forma de estados de coisas, situações de fato ou, mais especificamente, *efeitos*. Logo, são os *efeitos concretos* das normas penais, enquanto materialização da ideia de *fim*, que deverão ser submetidos a controle.

Entretanto, tem-se desde logo uma dificuldade relevante: para que os efeitos sejam perquiridos e coletados, é necessário um razoável decurso de tempo após o ingresso da lei no ordenamento jurídico. Isso impede que tal controle seja realizado logo após a entrada em vigor da nova lei? Sustenta-se que não. Nessa hipótese, contudo, o objeto submetido a controle sofrerá parcial alteração. Serão examinados não mais os efeitos *reais* ou *concretos*, mas sim os efeitos *potenciais* da norma penal, isto é, a probabilidade de obtenção das situações fáticas desejadas, a partir de um juízo crítico realizado à luz da *confiabilidade da prognose do legislador*.

Tem-se, pois, dois possíveis objetos para o exame de constitucionalidade pretendido, a depender dos dados disponíveis ao julgador, bem como do momento em que a análise será realizada. Nesse sentido, pode-se afirmar que o controle cujo exame ora é iniciado incidirá *ou* sobre os efeitos potenciais da norma penal, à luz da confiabilidade da prognose (controle *ex ante*), *ou* sobre os seus efeitos reais – o estado de coisas concretamente produzido (controle *ex*

post). No primeiro caso, trata-se de um exame eminentemente *hipotético-normativo*; no segundo, de um juízo preponderantemente *empírico-estatístico*.⁶³⁵ Em qualquer dos casos, o controle constitucional de "realização de fins" somente poderá ter lugar frente a *normas penais emitidas no exercício da liberdade de configuração do legislador*.

Esses, pois, são os objetos do exame. Uma vez que ambos estão compostos por vários elementos individualmente relevantes, é necessário esclarecer o sentido e o conteúdo de cada um deles previamente a novas considerações.

4.1.1 Elemento 1: efeitos potenciais e efeitos concretos. Conteúdo, sentido e controlabilidade.

Por efeitos *potenciais* da norma penal entende-se a real possibilidade de obtenção das situações fáticas esperadas. Sua aferição pode ser realizada à luz da confiabilidade da prognose emitida no processo legislativo que a elaborou. Dada a complexidade de tal proposição, é importante esclarecer alguns conceitos nela imbricados. Em relação à *prognose*, definiu-se tal termo, no terceiro capítulo, como previsão ou antecipação de *evento futuro*.⁶³⁶ Paralelamente, qualificou-se a "prognose do legislador penal", em sentido estrito, como *juízo hipotético-causal sobre a ocorrência de fato futuro que, no caso, seria a promoção de fins externos a partir de uma lei penal*. Já no que tange à expressão "efeitos esperados", nela estão compreendidas tanto restrições quanto promoções de direitos fundamentais geradas pela inovação legislativa. Tais pontos receberão, a seguir, maior desenvolvimento.

Por sua vez, os efeitos *reais* (estado de coisas concretamente promovido) da norma penal são o *elemento indicativo* do nível de efetivo alcance do *fim externo* ambicionado pelo legislador. Frente à complexidade do tema, bem como para sua melhor compreensão, retomase o conceito de *fim* estudado no primeiro capítulo (*seção 1.2.1*). Na ocasião, referiu-se que tal termo apresenta uma dupla dimensão: uma predominantemente subjetiva e outra predominantemente objetiva. Enquanto aquela serve à compreensão de um agir intencional, esta indica um "valor de referência" (*Richtwert*) do que deve ser (o estado de coisas a ser

⁶³⁵ Sobre a distinção, consultar ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria da Segurança Jurídica*, op. cit., pp. 187-8.

⁶³⁶ Na doutrina luso-brasileira, ver SOUSA, António Francisco de. "*Conceitos Indeterminados*" no *Direito Administrativo*, op. cit., p. 115; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade: Hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial*, op. cit., pp. 20-21 e MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*, op. cit., p. 165 ss. Na doutrina alemã, ver OSSENBÜHL, Fritz. *Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht*, op. cit., p. 461 ss e PHILIPPI, Klaus Jürgen. *Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts*, op. cit., p. 28 ss.

obtido).⁶³⁷ Noutras palavras, ao passo que a vertente subjetiva indica a *motivação* da ação (finalidade), a objetiva serve de critério para avaliar a *adequação* da ação realizada (meio) frente à situação fática intencionada (fim).⁶³⁸

Portanto, o presente juízo de constitucionalidade incidiria, nessa hipótese, sobre os efeitos concretos gerados pela aplicação da norma penal. Eles serviriam de critério para a verificação do grau de realização do fim almejado (no sentido objetivo: *estado de coisas*). Tal juízo demandaria certo decurso do tempo após a entrada da lei em vigor, para que os dados pudessem ser coletados (exame *ex post* da eficácia da lei). É importante esclarecer, desde logo, que, por efeitos "concretos", compreendem-se tanto restrições quanto promoções de direitos fundamentais geradas pela inovação legislativa.

Feitas tais precisões conceituais, problemas relevantes imediatamente se avizinham. Um dos mais intensos é, sem dúvida, este: é possível um controle constitucional dos efeitos potenciais e concretos da aplicação das normas?⁶³⁹ Noutras palavras, não se estaria realizando um controle de *questões de natureza exclusivamente política ou sociológica* que, justamente por isso, seria indevido do ponto de vista jurídico? Para tentar responder à questão, deve-se pontuar primeiramente que tal controle, embora se ocupe de juízos sobre prognoses legislativas e efeitos, será sempre empreendido *no âmbito de e em relação a* uma lei.

É claro que tal lei pode compor ou integrar uma dada política pública ou criminal desenvolvida em um entrecruzar de tempo e espaço. Juntamente a outras leis e atos normativos, ela pode, sim, dar corpo a essa *atividade* orientada à realização de objetivos que é a própria *política*.⁶⁴⁰ Tal entrelaçamento entre lei e política, que intencionalmente se aponta

⁶³⁷ LEAL, Fernando. *Ziele und Autorität*, op. cit., p. 43. Ver ainda ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 206.

⁶³⁸ LEAL, Fernando. *Ziele und Autorität*, op. cit., pp. 42-44.

⁶³⁹ Nesse ponto, Canotilho faz menção ao chamado "princípio da não-controlabilidade do âmbito de prognose legislativa", o qual entende aceitável se significar que "ao legislador [...] compete conformar a vida económica e social, movendo-se esta conformação num plano da incerteza, conducente, por vezes, a soluções legislativas inadequadas ou erradas, mas cujo mérito não é susceptível de fiscalização jurisdicional" (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, vol. 2, p. 1123. O constitucionalista português manteve sua posição anos depois, como se verifica em CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. 11. reimp. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 1316-1317). Por sua vez, António Francisco de Sousa sustenta que "tudo aquilo que na prognose não é racional (déficit de racionalidade) escapa ou deveria escapar ao controle judicial" (SOUSA, António Francisco de. *"Conceitos Indeterminados" no Direito Administrativo*, op. cit., p. 121). Já Gilmar Mendes posiciona-se favoravelmente a um controle da prognose do legislador, à luz da jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão (*Bundesverfassungsgericht* – BVerfG), desde que a prognose se revele falha desde o início. No caso de o equívoco no prognóstico ser perceptível apenas após razoável decurso do tempo com a lei em vigor, então não seria possível reconhecer, apenas por tal razão, a nulidade da lei (MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade: Hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial*, op. cit., p. 25 e, do mesmo autor, *Controle Abstrato de Constitucionalidade: ADI, ADC e ADO*, op. cit., p. 274).

⁶⁴⁰ Para similar conceito de "política", ver COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 35, vol. 138, pp. 39-

no trecho anterior, depõe a favor da impossibilidade de uma separação hermética entre ambas. No ponto, muito pertinente é a metáfora de Díez Ripollés, para quem a *legislação* é o lugar onde, por vezes, se pretende transformar *Política* em *Direito*.⁶⁴¹

Por tudo isso, parte-se da premissa de que objeções intransigentes à judiciabilidade e à controlabilidade de prognoses e de efeitos potenciais e concretos de normas jurídicas são equivocadas, configurando resquícios de dogmas insustentáveis do Positivismo Jurídico *clássico*. Consoante já argumentado no primeiro capítulo, tal concepção de Direito, ao buscar uma ilusória neutralidade política e uma inatingível pureza conceitual, acabou *limitando* os estudos jurídicos a determinadas categorias, excluindo questões como prognoses, fins, efeitos, consequências sociais, econômicas etc.⁶⁴²

Todavia, no momento em que certos elementos são considerados externos ao objeto do Direito, eles sofrem um processo de "imunização" frente ao controle constitucional. Nesse sentido, percebe-se que tal redução conceitual do campo propriamente "jurídico" foi uma estratégia equivocada na tentativa de contenção do arbítrio do Estado. Conquanto uma visão tão redutora merecesse, nesta altura dos acontecimentos, ampla superação, Castanheira Neves têm razão ao advertir que "as sobrevivências são um fenômeno conhecido e há mortos que morrem devagar".⁶⁴³

Especificamente em relação ao contexto brasileiro, não é supérfluo lembrar que a Constituição de 1934 determinava, em seu art. 68, ser "vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas".⁶⁴⁴ Apesar da força de tal herança histórica, o Supremo Tribunal Federal, ainda que topicamente, vem enfrentando o problema da possibilidade de controle da implementação de políticas públicas (ou criminais), já tendo o Ministro Celso de Mello manifestado-se de maneira favorável, como se observa no conteúdo de ementa de sua decisão monocrática:

48, abr./jun. 1998, p. 45; DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La Racionalidad de las Leyes Penales*, op. cit., p. 42 ss; BECERRA MUÑOZ, José. *La toma de decisiones en política criminal*. Bases para un análisis multidisciplinar. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 263 e, por fim, CANOTILHO, José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito Constitucional*, op. cit., p. 711.

⁶⁴¹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La Racionalidad de las Leyes Penales*, op. cit., p. 75.

⁶⁴² Ver SCHOBER, Katharina. *Der Zweck im Verwaltungsrecht*, op. cit., p. 10). Em sentido similar, ÁVILA, Humberto Bergmann. A doutrina e o Direito Tributário, op. cit., p. 224 ss. Já sobre os efeitos do Positivismo Jurídico na Ciência do Direito Penal, conferir DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La Racionalidad de las leyes penales*, op. cit., pp. 71-74 e 101.

⁶⁴³ CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o "legislador", a "sociedade" e o "juiz" ou entre "sistema", "função" e "problema" – Modelos actualmente alternativos de realização do direito. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, Separata v. LXXXIV, 1998, p. 22.

⁶⁴⁴ COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas, op. cit., p. 46.

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais.⁶⁴⁵

Frente ao exposto, reitera-se a compreensão apresentada no segundo capítulo: a impossibilidade de censura ou de reforma de determinados atos estatais pelo Poder Judiciário não encontra justificativa na distinção entre *questões puramente jurídicas* e *questões puramente políticas*. Até porque, como se argumentou, sequer há consistência e segurança teórica nessa separação⁶⁴⁶. Em realidade, o espectro de liberdade de conformação do legislador dependerá da redação do texto constitucional e da técnica de interpretação utilizada pelo aplicador, que construirá a partir dele *regras* ou *princípios*.⁶⁴⁷ Não deve ser balizado, pois, exclusivamente pelo conteúdo mais político ou menos político da norma em questão.

4.1.2 Elemento 2: zona de liberdade de ação/configuração estatal. Conteúdo e sentido.

Um esclarecimento essencial diz respeito à expressão "zona de liberdade de configuração/ação estatal" (elemento 2). Nesse ponto, mostra-se importante retomar a distinção proposta ainda no segundo capítulo, quando foram apontadas duas relações fundamentais entre o *legislador penal* e as *normas constitucionais*. São elas: (a) âmbito de supressão da liberdade quanto ao recurso à tutela penal e (b) âmbito de liberdade quanto ao recurso à tutela penal.

Na primeira zona, está subtraída do legislador a possibilidade de emissão de um juízo crítico acerca da adequação e da necessidade da utilização do Direito Penal para a promoção de determinados fins (como a tutela de direitos fundamentais, por exemplo). Ou a Constituição já decidiu, por meio de *regras*, que o meio penal é indispensável, ou a Constituição já proibiu, por meio de *regras*, o recurso a ele.

A intensa vinculação existente entre as normas constitucionais e o exercício da atividade legiferante neste preciso âmbito reduz, de um lado, a própria liberdade de configuração do legislador e legítima, de outro, um *forte* controle jurisdicional. Não há que se

⁶⁴⁵ Supremo Tribunal Federal, ADPF 45, Rel. Ministro Celso de Mello, publicação no DJe em 04-05-2004.

⁶⁴⁶ Como bem adverte Maria João Antunes, tal distinção é ainda mais frágil no âmbito da jurisdição constitucional, na medida em que “a dimensão política e a dimensão jurídica são as duas dimensões necessárias e incidíveis das questões constitucionais” (ANTUNES, Maria João da Silva Baila Madeira. A problemática penal e o Tribunal Constitucional, op. cit., p. 97).

⁶⁴⁷ Ver ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., pp. 54-5 e GUASTINI, Riccardo. *La Sintassi del Diritto*, op. cit., p. 411, nota de rodapé nº 08.

falar aqui, todavia, em exame de prognose e em controle de efeitos *quanto à decisão criminalizadora*. Se a Constituição desde logo proibiu ou obrigou o recurso à tutela penal, tem-se, naquele caso, uma presunção da *inadequação e desnecessidade* do seu emprego e, neste caso, uma presunção da *adequação e da necessidade* do seu emprego.

Uma ressalva, todavia, deve ser feita em relação aos *mandados constitucionais de criminalização*. Conforme afirmado durante o segundo capítulo, a liberdade de configuração do legislador quanto à imperatividade da medida penal foi-lhe retirada. Noutros termos, algum tipo incriminador precisará ser por ele emitido. Tal liberdade, no entanto, remanesce firme em relação à formulação precisa dessa intervenção (redação do tipo penal, fixação das penas, eleição da técnica de tutela etc.).⁶⁴⁸

Desse modo, observa-se que jamais haverá, mesmo em relação a tais mandados, uma determinação "completa e acabada" da futura incriminação por parte das normas constitucionais. Por conseguinte, o exame de realização de fins *poderá*, sim, ser empreendido mesmo frente a mandados constitucionais de criminalização, desde que ele incida sobre o âmbito em que remanesce liberdade de escolha ao legislador (redação do tipo, técnica de tutela, *quantum* de pena etc.). De outro lado, tal controle não poderá ter por objeto a decisão criminalizadora em si (isto é, o recurso à tutela penal), justamente porque o seu emprego já está constitucionalmente imposto, não havendo que se falar, neste campo, em emissão de juízo de prognose pelo legislador ordinário.

Já na zona de liberdade de ação do legislador quanto à decisão criminalizadora, caberá a ele decidir sobre o recurso ou não à tutela penal para a promoção de determinados fins constitucionais (positivados ou implícitos). Isso porque a Constituição, de um lado, não proibiu e, de outro, não obrigou o legislador a valer-se do Direito Penal, delegando-lhe a decisão sobre a *melhor* forma de promover os fins em questão.⁶⁴⁹ Para tanto, deverá ele emitir *juízos prognósticos* sobre os efeitos futuros da lei em relação ao estado de coisas almejado, bem como sobre os direitos fundamentais contrapostos que paralelamente sofrerão restrições, de modo a justificar o meio eleito.

Frente ao exposto, conclui-se que somente poderão ser controladas as prognoses e os efeitos potenciais e/ou concretos relativos a *elementos* de normas penais definidos pelo legislador no exercício da liberdade de configuração que lhe foi constitucionalmente

⁶⁴⁸ É o que reconhecem DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e escolha de bens jurídicos, op. cit., p. 171. No mesmo sentido, no direito brasileiro, conferir GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 114.

⁶⁴⁹ Sobre "liberdade de ação estatal", ver ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria da Segurança Jurídica*, op. cit., p. 530.

concedida. Tal constatação ampara-se em três premissas. Em primeiro lugar, o legislador não emite tais juízos quando cumpre uma proibição de criminalização, na medida em que apenas respeita uma prévia decisão do legislador constituinte. Em segundo lugar, embora o legislador, no âmbito de mandados expressos de criminalização, não tenha liberdade decisória quanto à necessidade do recurso à intervenção penal, ele a tem em relação aos demais elementos da intervenção penal, emitindo, quanto aos últimos, juízos prognósticos sujeitos a controle.

Em terceiro lugar e último lugar, verifica-se que, no âmbito da liberdade de configuração quanto à decisão criminalizadora *em si*, necessariamente haverá a formulação de prognoses em relação à produção de um específico estado de coisas. Isso porque somente é possível justificar a escolha de um determinado meio (como o penal, por exemplo) para promover o fim em questão a partir de considerações sobre os seus efeitos futuros na realidade social.

Ilustrativamente, imagine-se que o legislador decidiu aumentar as sanções do delito de homicídio, *a fim de* ou *sob a justificativa de* "melhor tutelar" o bem jurídico vida.⁶⁵⁰ Nesse caso, será preciso demonstrar que a medida eleita (elevação das penas) é adequada para reduzir tanto o cometimento de delitos (eficácia preventiva geral), quanto o percentual de reincidência (eficácia preventiva especial).⁶⁵¹ Ademais, deverá o legislador justificar a insuficiência de outras medidas possíveis.⁶⁵² Para tanto, terá de emitir um juízo prognóstico em relação a cada uma delas, indicando os seus potenciais efeitos em termos de promoção e de restrição de direitos fundamentais e/ou princípios constitucionais. A seguir, deverá compará-los, de modo a eleger o meio que potencialmente *mais promove* os objetivos intentados e *menos restringe* os direitos ou princípios constitucionais contrapostos.⁶⁵³ Como se observa, todos os raciocínios anteriores estruturam-se, em essência, a partir de *prognoses* relativas a efeitos concretos de normas penais.

⁶⁵⁰ Para o conceito de interpretação genética deste estudo, elaborado a partir de uma determinada concepção de "intenção do legislador" e das possibilidades de sua identificação, ver seção 2.2.

⁶⁵¹ Trata-se de exigência do postulado da proporcionalidade, no seu subcritério *adequação*. Conferir ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 208; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Noções fundamentais sobre o Princípio Constitucional da Proporcionalidade*, op. cit., p. 101 e SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*, op. cit., p. 36.

⁶⁵² Trata-se de exigência do postulado da proporcionalidade, no seu subcritério *necessidade*. Conferir ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 214; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Noções fundamentais sobre o Princípio Constitucional da Proporcionalidade*, op. cit., p. 101 e SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*, op. cit., p. 38.

⁶⁵³ Ver ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 214; SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*, op. cit., p. 38 e FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal*, op. cit., p. 153.

4.1.3 Elemento 3: normas penais. Conteúdo e sentido.

O último elemento integrante do objeto do controle, tão relevante e complexo quanto os anteriores, são as "normas penais" (elemento 3). Para os fins deste trabalho, tal expressão englobará todo e qualquer *texto normativo interpretado (norma)* que circunscreva e dê contornos ao poder punitivo estatal.⁶⁵⁴ Nesse sentido, tanto leis que expandem o poder punitivo (novas criminalizações, aumento de penas, redução da maioria penal etc.), quanto leis que o comprimem (redução de penas, descriminalização de condutas etc.) poderão integrar o conceito acima proposto.

O critério *topográfico*,⁶⁵⁵ baseado na *localização*, no ordenamento jurídico, do texto normativo objeto de interpretação, será sempre um indício, mas nunca um fator determinante na identificação de uma norma penal no sentido acima empregado. A razão é simples: enquanto o critério topográfico é *formal*, o critério deste estudo é *material*, ao perquirir sobre a ressonância dos comandos da norma na distensão ou na compressão do poder punitivo.

Dessa forma, tanto artigos de uma Lei Penal Especial poderiam, ao menos em hipótese, não se revelar concretamente "normas penais", quanto artigos de uma lei *a priori* "extrapenal" (Estatuto do Idoso, Estatuto da Criança e do Adolescente etc.) poderiam manifestar-se como "normas penais". A localização é, pois, um elemento apenas contingente e, logo, pouco seguro para adequadamente orientar esse processo de identificação.⁶⁵⁶

Outra questão relevante diz respeito a saber se toda e qualquer norma penal poderá ser o pano de fundo para um controle constitucional das prognoses emitidas no contexto da sua elaboração legislativa, bem como dos efeitos concretamente gerados por ela. Em termos formais, a resposta é positiva: qualquer norma penal seria passível de tal inconstitucionalidade, resida ela em um artigo, em um parágrafo, em um inciso ou mesmo em uma alínea. Nesse sentido, importante seria que o legislador, ao introduzir no ordenamento

⁶⁵⁴ Sobre o conceito de "poder punitivo" deste estudo, ver ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal*. Parte General. 2. ed. Buenos Aires: EDIAR, 2002, p. 04.

⁶⁵⁵ Conforme Guastini e Ávila, o critério topográfico é uma espécie de critério sistemático, retirando sua força justificadora da premissa de que seria possível derivar o conteúdo/significado de uma disposição do local que ela ocupa no ordenamento jurídico (GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 2013, p. 296 e ÁVILA, Humberto Bergmann. *Argumentação jurídica e a imunidade dos livros eletrônicos*, op. cit., p. 122).

⁶⁵⁶ Nesse sentido, MACHADO, Maíra Rocha; PIRES, Álvaro Penna et al. Análise das Justificativas para a Produção de Normas Penais. In: *Projeto Pensando o Direito*. Série nº 32/2010. Brasília: Ministério da Justiça (Secretaria de Assuntos Legislativos) e Fundação Getúlio Vargas, 2010, p. 17.

novas leis penais ou mesmo modificações em leis já existentes, justificasse, de forma minimamente pormenorizada, cada um dos dispositivos.⁶⁵⁷

De outro lado, deve-se ver com reservas a possibilidade, por exemplo, do reconhecimento da inconstitucionalidade dar-se em relação não a um único dispositivo, mas sim a uma lei *na íntegra*. Tal situação somente parece plausível no caso de a lei ser fruto de uma política criminal *no todo* inválida.⁶⁵⁸ O caso, todavia, parece dizer respeito antes a um problema de validade constitucional dos fins buscados (controle da *eleição* de fins) do que de validade constitucional da prognose legislativa e dos efeitos da norma (controle da *realização* dos fins).

Já em termos materiais, a questão não tem simples resolução. Será que qualquer norma penal, independentemente do seu *conteúdo*, pode ser declarada inconstitucional por erro de prognose em razão da plena incapacidade de produzir os efeitos positivos esperados e antevistos pelo legislador (concreta tutela de bens jurídicos constitucionais, por exemplo)? A resposta é, *prima facie*, positiva, mas demanda algumas considerações importantes.

Em primeiro lugar, determinadas normas penais serão mais propícias (e sensíveis) a um controle constitucional de prognose e de efeitos. Noutros termos, enquanto certas criminalizações de condutas terão, por exemplo, sua validade constitucional fortemente afetada pela constatação de um erro de prognose, outras não sofrerão intenso abalo, ainda que frente a idêntico problema. De onde, afinal, a diferença seria proveniente? Da *justificação* ou da *razão* que amparou a criação da lei, isto é, que fundamentou a decisão *a favor* da criminalização. É o que se passa a examinar.

4.1.3.1 Da espécie de justificativa para a criminalização: razões de "justiça" (*rightness reason*) e razões "finalísticas" (*goal reason*)

Deve-se perceber, em primeiro lugar, que uma decisão criminalizadora encontra sustentação, como regra, em *mais de um motivo*. Apesar dessa pluralidade de razões que servem a legitimá-la, uma delas *predominará ou prevalecerá*, vinculando e subordinando as

⁶⁵⁷ Sobre o (i) "dever de dar razões" (*duty to give reasons*), (ii) "dever de consultar as partes interessadas" (*duty to consult interested parties*) e (iii) "dever de informar" (*duty to inform*) dirigidos ao legislador, ver VOERMANS, Wim. Quality of EU Legislation under Scrutiny: what kind of Problem, by what kind of Standards?, op. cit., p. 37.

⁶⁵⁸ COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas, op. cit., p. 45.

demais. Essa razão protagonista será, à luz de distinção proposta por Summers, ou uma "razão de justiça" (*rightness reason*) ou uma "razão finalística/instrumental" (*goal reason*).⁶⁵⁹

Ambas seriam espécies do gênero *razões substanciais* (*substantive reasons*).⁶⁶⁰ Nesse contexto, as razões de justiça retirariam sua força justificadora de uma norma de justiça material (culpabilidade, merecimento de punição, proibição do enriquecimento sem causa etc.), sem maiores considerações a efeitos positivos futuros eventualmente advindos da decisão.⁶⁶¹ Estão, portanto, orientadas ao passado ou, no máximo, ao presente, focando-se no modo como os fatos ocorreram. Já as razões finalísticas retirariam sua força justificadora da expectativa de que a decisão que elas suportam terá efeitos positivos na promoção de um dado fim almejado.⁶⁶² Estão, pois, orientadas ao futuro.

À luz da distinção acima realizada, pode-se observar que certas criminalizações buscarão sua justificação *preponderantemente* em razões de justiça; outras, *eminentemente* em razões finalísticas. Em qualquer das hipóteses, tais razões serão sempre acompanhadas por outras de natureza complementar. Logo, se a razão fundamental que ampara a criminalização for de *justiça*, as razões subordinadas ou periféricas serão as *finalísticas* e vice-versa. Como regra, haverá entre elas uma relação *inversamente proporcional*: quanto mais intensa for a razão *de justiça*, menor espaço sobrar para a razão *finalística* e vice-versa. O conjunto dos fundamentos que pretende legitimar uma criminalização sempre será composto por uma combinação variável de tais espécies de razões.⁶⁶³

Um exemplo concreto pode melhor ilustrar o argumento. Trata-se da comparação entre os *crimes de homicídio e de tortura* e o *crime de evasão de divisas*. Não há dúvida de que em todos eles existe uma pretensão preventiva ou dissuasória (de natureza *finalística*), no sentido de evitar que os cidadãos realizem tais condutas. Mas a intenção de alcançar um efeito

⁶⁵⁹ SUMMERS, Robert Samuel. Two Types of Substantive Reasons: the Core of a Theory of Common-Law Justification. *Cornell Law Review*, v. 63, n° 5, pp. 707-788, jun. 1978, p. 717 ss. Esta distinção assemelha-se à conhecida oposição feita por Weber entre racionalidade teleológica (*Zweckrationalität*) e racionalidade axiológica (*Wertrationalität*) (WEBER, Max. *Wirtschaft und Gesellschaft*. Grundriss der verstehenden Soziologie, op. cit., pp. 12-13). Em semelhante sentido, Díez Ripollés, ao examinar os princípios orientadores do Direito Penal, agrupa-os em dois grandes grupos contrapostos: os princípios de *justiça* (ou validade) e os princípios de *utilidade* (DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La Racionalidad de las Leyes Penales*, op. cit., p. 120 ss).

⁶⁶⁰ SUMMERS, Robert Samuel. Two Types of Substantive Reasons: the Core of a Theory of Common-Law Justification, op. cit., p. 716.

⁶⁶¹ SUMMERS, Robert Samuel. Two Types of Substantive Reasons: the Core of a Theory of Common-Law Justification, op. cit., p. 718 ss.

⁶⁶² SUMMERS, Robert Samuel. Two Types of Substantive Reasons: the Core of a Theory of Common-Law Justification, op. cit., pp. 717-718.

⁶⁶³ Conforme pesquisa que examinou a justificativa de proposições de leis penais na Câmara dos Deputados entre os anos de 1987 e 2006, 14% de um universo de 100 proposições (analisadas por sorteio) fazem menção expressa à *dissuasão/prevenção* como razão para o aumento do poder punitivo (expansão de normas penais já existentes ou novas criminalizações) (MACHADO, Maíra Rocha; PIRES, Álvaro Penna et al. Análise das Justificativas para a Produção de Normas Penais. In: *Projeto Pensando o Direito*, op. cit., pp. 34-35).

preventivo geral negativo desempenha papéis muito diferentes na justificação de tais proibições.

Ilustrativamente, enquanto é cogitável a exclusiva utilização de meios *não penais* para a redução da ocorrência de evasões de divisas caso eles se revelem mais eficazes a tanto, o mesmo raciocínio não se aplica com facilidade aos delitos de homicídio ou de tortura. Ora, dificilmente haveria a sua descriminalização sob o fundamento de que o direito administrativo sancionador seria mais eficiente.

Nesse contexto, observa-se, de maneira quase intuitiva, que, à medida que se extrapola o "mítico *Kernstrafrecht*" (núcleo do Direito Penal), supostamente composto pelos delitos mais graves contra a pessoa humana, aumenta-se o espectro de respostas legislativas *a priori* válidas. Logo, quanto mais afastada de tal núcleo estiver a intervenção penal, mais controversa, mais suscetível de ser administrada e solvida de múltiplas formas e mais apta a abandonar a pena "clássica" de prisão ela se tornará.⁶⁶⁴

Qual a origem teórica dessa diferença empiricamente constatada? Ela decorre do *fundamento* ou da *razão* preponderante da criminalização. Os delitos de homicídio e de tortura estariam amparados majoritariamente em razões de *justiça material* (no caso, relevância constitucional do bem jurídico e intensidade da ofensa⁶⁶⁵). Já o delito de evasão de divisas encontraria respaldo em uma razão eminentemente *finalística* ou *instrumental*, qual seja, a suposta insuficiência de meios não penais para prevenir, de modo adequado, a realização da conduta proibida.

Como regra, quanto maior a relevância constitucional do bem jurídico e a intensidade da ofensa descrita na norma penal (tipo penal), menor papel cumpre uma razão instrumental – como a "eficácia preventiva do meio penal", por exemplo – na justificação da criminalização. O contrário também parece correto: quanto menor a relevância constitucional do bem jurídico e menos intensa a ofensa descrita no tipo penal, maior papel cumpre uma razão instrumental na justificação da criminalização.

Considerando a abstração do argumento, ele será agora reelaborado a partir de categorias conceituais distintas, a fim de esclarecer as dúvidas porventura ainda presentes. Trata-se da distinção entre *funções diretas* e *funções indiretas* das normas, de Joseph Raz, já

⁶⁶⁴ DONINI, Massimo. La relación entre derecho penal y política: método democrático y método científico, op. cit., pp. 32-33.

⁶⁶⁵ Reitera-se que este estudo tem por premissa um conceito material de crime como *ofensa a bem jurídico constitucional*. Sabe-se, no entanto, que tal tese (sobretudo no que tange à teoria do bem jurídico) está longe de alcançar unanimidade. Sobre a discussão, remete-se o leitor às notas de rodapé 128 e 311.

referida neste estudo.⁶⁶⁶ As primeiras seriam aquelas cuja realização é assegurada, automaticamente, pelo simples cumprimento da norma jurídica, na medida em que não pretendem *induzir* comportamentos, mas apenas *regular* comportamentos, qualificando-os como *proibidos*, *obrigatórios* ou *permitidos* (regras comportamentais).⁶⁶⁷ Já as funções *indiretas* não seriam perfectibilizadas pela simples aplicação da norma jurídica ao fato por ela regulado, na medida em que significam não apenas a regulação, mas sim a *indução e a conformação de atitudes*, de modos de comportamentos ou mesmo de concepções institucionais ou pessoais.⁶⁶⁸

No contexto de leis penais, muitas vezes a validade da função direta – a proibição ou a obrigação criminal – está fortemente amparada na função indireta – prevenção de delitos, redução de reincidência etc. Noutros casos, todavia, a função indireta tem *menor* relevância na justificação da proibição e/ou obrigação criminal. Ilustrativamente, determinados comportamentos como tortura, estupro e homicídio devem, de forma pouco controversa, ser penalmente proibidos, independentemente de razões de ordem prevencionista. É claro que se deseja a sua máxima prevenção, mas a incapacidade da proibição penal em garanti-la não conduz *imediatamente* à ideia de que tais comportamentos poderiam ser descriminalizados.

Situação diversa ocorre quando a ilicitude penal do comportamento está amparada basicamente no argumento de que outros ramos do Direito (ou até extrajurídicos) não seriam eficazes para a prevenção e para a adequada tutela do bem jurídico envolvido. Nessa hipótese, a função indireta da norma move-se *da margem ao centro*, atuando como justificativa principal da criminalização. A *confirmação* de tal expectativa será, pois, fundamental. A incapacidade de realizar a função indireta (prevenção, tutela do bem jurídico etc.) afetará a própria validade da função direta (criminalização da conduta), em razão da posição de fundamento que aquela exerce, neste caso, sobre esta.⁶⁶⁹

⁶⁶⁶ RAZ, Joseph. *The Authority of Law*, op. cit., pp. 166-7. A distinção já foi examinada na seção 1.1.2, indicando-se ao leitor a sua revisão.

⁶⁶⁷ GUASTINI, Riccardo. Norma: una noción controvertida. In: _____ *Distinguiendo*, op. cit., p. 99 e, do mesmo autor, Acerca de las normas sobre producción jurídica. In: _____ *Distinguiendo*, op. cit., p. 308 ss.

⁶⁶⁸ RAZ, Joseph. *The Authority of Law*, op. cit., p. 166-7. Em sentido similar, considera Summers que unidades funcionais como *regras* ou *sanções* servem não apenas para coibir violência, fraude, quebra de contrato etc., mas também para incorporar, expressar, transmitir, simbolizar, reforçar e indicar valores para a sociedade (SUMMERS, Robert Samuel. *Form and Function in a Legal System*, op. cit., p. 17).

⁶⁶⁹ Também o Direito Tributário é pano de fundo para uma discussão que guarda semelhança com a aqui versada. Trata-se da distinção entre *normas fiscais arrecadatórias* e *normas fiscais indutoras* (extrafiscais). Sobre o ponto, ver ADAMY, Pedro Guilherme Augustin. *Instrumentalização do Direito Tributário*, op. cit., p. 305 ss e LEÃO, Martha Toribio. *Controle de Extrafiscalidade*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 42 ss. É importante ressaltar, contudo, que a comparação com o problema tratado neste estudo encontra limites, como, por exemplo, o fato de a sanção penal intencional prevenir *diretamente* fatos penalmente *ilícitos*, e o tributo extrafiscal, *indiretamente* fatos penalmente *lícitos* (conferir BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. 6. ed. São Paulo: Noeses, 2013, pp. 652-653).

Qual a significação de tais considerações para fins de delimitação do objeto do controle constitucional da realização de fins no Direito Penal? Simples: quanto mais a criminalização de uma conduta amparar-se na promessa de produção futura de determinados efeitos (ou seja, em razões de ordem finalística na terminologia de Summers; na promoção de funções indiretas, na terminologia de Raz), mais a constatação da sua incapacidade concreta em fazê-lo afetar a sua constitucionalidade. Noutros termos, quanto mais a criação da norma penal sustentar-se na ideia de promoção de fins, mais o seu fracasso no desempenho dessa função afetar a sua validade.

Logo, criminalizações amparadas fundamentalmente em *razões instrumentais* ou em *funções indiretas* demandam uma maior eficácia concreta para serem válidas. Tal assertiva ampara-se no argumento de que a criminalização em questão se justifica porque apenas o meio penal seria adequado e, logo, necessário, à promoção eficaz dos fins objetivados. Em relação a criminalizações sustentadas eminentemente no grau de intolerabilidade da ofensa à relevante bem jurídico constitucional (em razões de justiça, portanto), uma baixa eficácia da norma penal em termos de prevenção não seria razão suficiente para deslegitimar a criminalização, uma vez que justificada em fundamentos de outra natureza.

De modo conclusivo, constata-se que a orientação às consequências intensifica o problema da legitimação constitucional do Direito Penal⁶⁷⁰. Nesse sentido, observa-se que tipos penais destituídos de preocupações finalísticas devem apesar respeitar a hierarquia normativa (formal ou material) para serem válidos. Já tipos penais eminentemente finalísticos precisam não apenas ser compatíveis com a ordem constitucional, como também se revelarem *eficazes* na consecução dos objetivos pretendidos (prevenção, ressocialização etc.).

4.1.3.2 Da relação entre a justificativa da criminalização e a relevância do controle constitucional da prognose e dos efeitos da norma penal

Neste momento, torna-se possível *entrelaçar* a questão do controle da realização de fins (da prognose e dos efeitos concretos) com o problema das *razões* da criminalização. Em se tratando de criminalização sustentada em razões de justiça, o reconhecimento de um erro de prognose do legislador quanto à eficácia dissuasória da norma penal terá um impacto *pequeno* na validade da decisão criminalizadora. Já na hipótese de criminalização sustentada em razões instrumentais ou finalísticas, o reconhecimento de um erro de prognose do

⁶⁷⁰ Ver, no direito alemão, HASSEMER, Winfried. Derecho Penal simbólico e protección de bienes jurídicos, op. cit., p. 8 e, no direito brasileiro, COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção Penal Ambiental*, op. cit. p. 118.

legislador quanto à eficácia dissuasória da norma penal terá um impacto *bastante relevante* na validade da decisão criminalizadora.

Frente ao exposto, e para sintetizar, defende-se que uma decisão criminalizadora sempre está amparada em uma combinação variável de razões de justiça e de razões instrumentais, com preponderância de uma delas. Sendo assim, quando do controle da prognose do legislador, será fundamental identificar qual tipo de razão é protagonista na justificação do ato legislativo, haja vista as diferentes consequências advindas. Como já argumentado, quanto mais *instrumental* for o fundamento da criminalização, mais relevante será o exame da confiabilidade ou do acerto da prognose do legislador, ou seja, da eficácia potencial e da eficácia real (efeitos) da norma.

Volta-se, assim, ao começo: determinadas normas penais serão mais sensíveis a um controle constitucional de prognose, embora todas possam estar a ele submetidas. Quanto maior a *instrumentalidade* da criminalização, mais a sua validade constitucional será afetada pela constatação de um erro de prognose em relação aos efeitos potenciais ou reais da norma. Quanto menor a *instrumentalidade* da criminalização, menor também o abalo da sua constitucionalidade, ainda que frente à idêntica situação concreta.

4.2 JUSTIFICAÇÃO DO CONTROLE: OS EFEITOS DAS NORMAS PENAIS COMO ELEMENTO RELEVANTE AO JUÍZO DE CONSTITUCIONALIDADE

Os argumentos favoráveis à realização de um controle de constitucionalidade das normas *também* em relação aos seus *efeitos potenciais e concretos* são fundamentalmente de ordem teórica. Contudo, eles podem ser *enfraquecidos* ou *reforçados* quando contextualizados, isto é, se examinados à luz do real funcionamento de um dado processo legislativo. No caso brasileiro, afirma-se, com segurança, que um exame cuidadoso da dinâmica legislativa em relação à produção de normas penais irá *robustecer* tais argumentos. Sendo assim, a presente seção terá como ponto de partida uma análise do proceder legislativo *penal* no Brasil para somente a seguir, e à luz da tal realidade, apresentar motivos para o controle pretendido.

4.2.1 Primeira premissa: a baixa racionalidade na produção de leis penais no Brasil

Um importante estudo sistemático das *justificativas* para as propostas legislativa em matéria penal apresentadas na Câmara dos Deputados entre os anos de 1987 e 2006 será o fio

condutor deste "raio-x" *do modo* como as leis penais têm sido produzidas no país.⁶⁷¹ A intenção da pesquisa era, primordialmente, a de compreender o funcionamento dessa peculiar "fábrica" de crimes e de penas.⁶⁷² Para um exame mais acurado, a referida investigação selecionou por sorteio apenas 100 (cem) proposições, dentre todas as pertencentes àquele intervalo e referentes a tal campo jurídico.

Os fatos dados apresentados e organizados permitem averiguar o grau ou o padrão de *racionalidade* da dinâmica legislativa penal no Brasil. Pode-se dizer, sem falsa dramaticidade, que as conclusões do estudo são preocupantes. Motivos não faltam. Nesse sentido, o primeiro diagnóstico da pesquisa foi a existência de uma "monotonia da intervenção jurídica" no campo penal, caracterizada pelo binômio "aumento de penas"/"criação de novos tipos penais".⁶⁷³ Das 1.564 normas extraídas das 100 proposições analisadas, aproximadamente 90% (1.409) pretendia a criação de um novo delito, a expansão ou o alargamento do tipo penal de um delito já existente ou o estabelecimento de novas sanções (prisão, multa e outras).⁶⁷⁴ Não havia sequer uma norma que visasse à *descriminalização* de comportamento penalmente proibido.

Redobrados problemas foram constatados em relação às justificativas apresentadas para motivar tamanha expansão do poder punitivo. Relevante em si mesmo, o ponto é ainda mais importante para o presente estudo, por ilustrar o nível de credibilidade atribuível às prognoses legislativas em matéria penal no Brasil. Na mencionada pesquisa, o conjunto de justificativas foi analisado à luz de três parâmetros: (i) tamanho (nº de páginas); (ii) referência a elementos externos (decisões judiciais, fatos concretos, estudos acadêmicos etc.) e (iii) motivação da proposta legislativa (impunidade, prevenção, tutela de bem jurídico etc.).⁶⁷⁵

Em relação ao *tamanho* do texto das justificações, em 69 (sessenta e nove) dos 100 (cem) projetos de lei examinados tal manifestação era *inferior* a uma página.⁶⁷⁶ Dessas 69 (sessenta e nove) proposições referidas, em mais da metade (39) a justificativa sequer passava de *meia página*. Tudo isso a indicar, como regra, um descompromisso com uma efetiva

⁶⁷¹ Trata-se da pesquisa "Análise das Justificativas para a Produção de Normas Penais", já mencionada neste estudo (ver MACHADO, Máira Rocha; PIRES, Álvaro Penna et al. Análise das Justificativas para a Produção de Normas Penais. In: *Projeto Pensando o Direito*. Série nº 32/2010, op. cit., p. 17).

⁶⁷² A metáfora é de Mendes de Paiva (PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. *A fábrica de penas*. Racionalidade legislativa e a lei dos crimes hediondos. Rio de Janeiro: Revan, 2009, *passim*).

⁶⁷³ MACHADO, Máira Rocha; PIRES, Álvaro Penna et al. Análise das Justificativas para a Produção de Normas Penais. In: *Projeto Pensando o Direito*. Série nº 32/2010, op. cit., p. 11.

⁶⁷⁴ MACHADO, Máira Rocha; PIRES, Álvaro Penna et al. Análise das Justificativas para a Produção de Normas Penais. In: *Projeto Pensando o Direito*. Série nº 32/2010, op. cit., p. 24.

⁶⁷⁵ MACHADO, Máira Rocha; PIRES, Álvaro Penna et al. Análise das Justificativas para a Produção de Normas Penais. In: *Projeto Pensando o Direito*. Série nº 32/2010, op. cit., p. 32.

⁶⁷⁶ MACHADO, Máira Rocha; PIRES, Álvaro Penna et al. Análise das Justificativas para a Produção de Normas Penais. In: *Projeto Pensando o Direito*. Série nº 32/2010, op. cit., p. 32.

fundamentação do projeto e com a adequada informação da população sobre seus termos.⁶⁷⁷ Soma-se a tal realidade uma notória indiferença frente ao saber acadêmico crítico da intervenção penal, seja no âmbito jurídico, seja no campo das ciências sociais.

Ilustrativo, nesse sentido, é o fato de em apenas 12 das 100 proposições legislativas analisadas haver alguma menção a dados empíricos fornecidos por estudos prévios.⁶⁷⁸ Outra situação relevante, também diagnosticada pelo estudo, é o insistente "recurso" à categoria de "bem jurídico" para justificar a criação de novos delitos ou a majoração de penas, com notório desprezo à gênese eminentemente *crítica* de tal conceito.⁶⁷⁹ Noutras palavras, aquilo que a doutrina construiu com intenção *normativa*, ou seja, de *contenção* das áreas de intervenção penal, acaba sendo utilizado pelo legislador brasileiro para o exato oposto.

Tudo isso parece confirmar a hipótese já defendida por Donini: "a política criminal real não provém da 'ciência'".⁶⁸⁰ O legislador, muitas vezes, tanto ignora quanto deprecia o saber crítico penal e o saber das ciências empíricas. As normas penais, destituídas de uma base científica adequada, nascem "cegas",⁶⁸¹ incapazes de configurarem um programa minimamente racional de controle social. A intervenção legislativa quer atuar sobre certos fenômenos, mas, em realidade, não sabe como fazê-lo.

O recurso ao Direito Penal com a intenção de obter aquilo que ele *jamais* poderá dar cria um ciclo vicioso. Quanto mais ineficaz *parece* a legislação penal, maior é a tendência do legislador em tentar intensificá-la e expandi-la. Não se percebe, entretanto, que o problema não está na supostamente baixa intensidade das penas, mas na clara impropriedade do meio empregado. O Direito Penal simplesmente *nunca* servirá à promoção de determinados fins. Nessa situação, medidas de aumento de penas, de expansão de tipos penais ou de majoração de prazos prescricionais pouco contribuirão *em termos concretos*. Os efeitos obtidos limitar-se-ão a, no máximo, fomentar um sentimento de maior segurança para a população, o qual, todavia, logo a seguir será defraudado.⁶⁸²

⁶⁷⁷ Sobre o "dever de dar razões", (ii) o "dever de consultar as partes interessadas" e (iii) o "dever de informar", mediante transparência e acessibilidade no curso do processo legislativo, ver VOERMANS, Wim. Quality of EU Legislation under Scrutiny: what kind of Problem, by what kind of Standards?, op. cit., p. 37.

⁶⁷⁸ MACHADO, Máira Rocha; PIRES, Álvaro Penna et al. Análise das Justificativas para a Produção de Normas Penais. In: *Projeto Pensando o Direito*. Série nº 32/2010, op. cit., p. 32.

⁶⁷⁹ MACHADO, Máira Rocha; PIRES, Álvaro Penna et al. Análise das Justificativas para a Produção de Normas Penais. In: *Projeto Pensando o Direito*. Série nº 32/2010, op. cit., p. 38 ss.

⁶⁸⁰ DONINI, Massimo. La relación entre derecho penal y política: método democrático y método científico, op. cit., p. 40, trad. nossa. No original: "La política criminal real no proviene de la 'ciencia'".

⁶⁸¹ DONINI, Massimo. La relación entre derecho penal y política: método democrático y método científico, op. cit., p. 28.

⁶⁸² Noutras palavras, os efeitos seriam meramente *simbólicos* (SIEHR, Angelika. "Objektivität" in der Gesetzgebung? Symbolische Gesetzgebung zwischen Rationalitätsanspruch des Gesetzes und demokratischem Mehrheitprinzip, op. cit., p. 546 ss). Ver ainda MADER, Luzius. Evaluation of Legislation. Contribution to the

Nesse contexto, questiona-se: qual a credibilidade dos juízos prognósticos emitidos pelo legislador brasileiro? Quais as chances da intervenção legislativa gerar os efeitos que motivaram a sua formulação? Quais os efeitos concretamente gerados pelas normas penais? Seriam eles compatíveis com a Constituição? Há correspondência entre os efeitos esperados e os efeitos faticamente obtidos?

Para refletir sobre tais indagações, novamente útil é o estudo antes referido. Das 100 (cem) proposições legislativas analisadas, 35 (trinta e cinco) faziam expressa menção a teorias da pena, em especial às preventivas (14 das 35), a partir do uso de termos como "intimidação", "prevenção" ou "exemplo".⁶⁸³ Muitas delas estão, atualmente, em vigor. Contudo, tem-se pouca ou nenhuma informação sistemática e abrangente sobre o que, de fato, obteve-se com a introdução de tantas leis penais novas no ordenamento. Houve prevenção? O número de delitos caiu? E quanto à reincidência, existem dados concretos? Qual é, ainda, a cifra negra aproximada? etc.⁶⁸⁴

4.2.2 Segunda premissa: a necessidade de renovação do juízo de proporcionalidade à luz dos efeitos da norma penal

Após longa, mas necessária digressão, o presente estudo volta sua atenção aos argumentos teóricos que sustentam a necessidade de controle constitucional da "realização de fins", à luz dos efeitos potenciais e reais das normas penais. Reformulando-se as questões acima lançadas, o presente tópico intenta justificar o porquê do controle (i) da confiabilidade dos prognósticos do legislador; (ii) das chances da intervenção legislativa gerar os efeitos que motivaram a sua formulação; (iii) da correspondência entre os efeitos esperados e os efeitos faticamente obtidos e, finalmente, (iv) da constitucionalidade dos efeitos concretamente gerados com a legislação penal. É o que se passa a realizar.

Conforme argumentado na seção 4.1, os motivos que sustentam a intervenção legislativa no âmbito penal consubstanciam-se em uma conjugação variável de *razões de*

quality of legislation, op. cit., item 2, HASSEMER, Winfried. Derecho Penal simbólico e protección de bienes jurídicos, op. cit., p. 5 ss e LORENTE, José Muñoz. Obligaciones constitucionales de incriminación y derecho penal simbólico, op. cit., p. 121.

⁶⁸³ MACHADO, Maíra Rocha; PIRES, Álvaro Penna et al. Análise das Justificativas para a Produção de Normas Penais. In: *Projeto Pensando o Direito*. Série nº 32/2010, op. cit., pp. 34-35.

⁶⁸⁴ Por "cifra negra" entende-se a *disparidade* entre o número de "conflitos criminalizados" que efetivamente ocorrem em uma dada sociedade e aqueles que chegam ao conhecimento das agências do sistema penal (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal*. Parte General, op. cit., p. 7). Em similar sentido, conferir BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e crítica do Direito Penal*. 3. ed. Traduzido por Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 102.

justiça e razões finalísticas.⁶⁸⁵ Quanto mais preponderantes forem as razões *finalísticas*, tanto mais *instrumental* será a natureza de uma lei, uma vez que voltada à realização ou à promoção *futura* de princípios, direitos e fins constitucionais. Paralelamente, também a sua validade constitucional sofrerá *maior* abalo no caso do fomento intencionado não ser concretamente verificado. E as causas desse “fracasso” podem ser as mais distintas: vão desde a imprecisão inerente a juízos causais no campo social até um comportamento amplamente desidioso do legislador, que emite novas leis muitas vezes ignorando a complexidade do problema que *promete* resolver.

Nesse contexto, muito oportunas são as seguintes indagações: pode o legislador, consciente ou inconscientemente, criar leis (penais) *ineficazes*, isto é, incapazes de gerar concretamente os efeitos de promoção de direitos fundamentais e/ou princípios constitucionais *anunciados e prometidos*? Sustentou-se, ao longo deste estudo, que não.⁶⁸⁶ Como, então, avaliar a constitucionalidade de uma lei que, no plano textual e à luz dos efeitos abstratamente declarados (promoção de princípios/direitos/fins constitucionais), seria compatível com a Constituição, mas cujos efeitos concretamente verificados não apenas são muito diferentes dos anunciados, como também excessivamente restritivos a direitos fundamentais contrapostos? Noutras palavras, como e por quais motivos os *efeitos potenciais* e os *reais* das normas penais deveriam integrar o objeto do juízo de constitucionalidade, ainda que de forma marginal (não nuclear)?

Acredita-se que a resposta a tais questionamentos pode ser construída a partir das exigências do postulado da proporcionalidade. Consoante já referido, tal exame é inicialmente realizado apenas com dados *hipotéticos*, por não ser possível antecipar, com segurança, qual intensidade de restrição e de promoção a direitos fundamentais será, de fato, gerada pela inovação legislativa.⁶⁸⁷ Uma vez que amparada em premissas *provisórias*, a conclusão também é, em certo sentido, *precária*. Todavia, caso o controle de constitucionalidade

⁶⁸⁵ Sobre a distinção, conferir SUMMERS, Robert Samuel. Two Types of Substantive Reasons: the Core of a Theory of Common-Law Justification, op. cit., p. 717 ss.

⁶⁸⁶ Conforme bem argumenta Caupers, “as modernas teorias sobre o ato de legislar demandam, como condição *sine qua non* para a legitimidade da lei, que as novas regras sejam capazes de produzir, no mundo real, as mudanças desejadas pelo legislador” (trad. nossa) (CAUPERS, João. The limited rationality of the legislative decision. In: MADER, Luzius; TAVARES DE ALMEIDA, Marta (Orgs.). *Quality of Legislation. Principles and Instruments. Proceedings of the Ninth Congress of the International Association of Legislation (IAL)*. Baden-Baden: Nomos, 2011, p. 194). No mesmo sentido, KARPEN, Ulrich. The evaluation of legislation, op. cit., p. 26 e VOERMANS, Wim. Quality of EU Legislation under Scrutiny: what kind of Problem, by what kind of Standards? In: MADER, Luzius; TAVARES DE ALMEIDA, Marta (Orgs.). *Quality of Legislation*, op. cit., p. 37.

⁶⁸⁷ Trata-se de uma aplicação da proporcionalidade de maneira “abstrata” e *a priori* (com “antecedência” ou prospectivamente), na classificação sugerida por Ávila (ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., pp. 210-11).

empreendido à luz da proporcionalidade esgote-se na avaliação de tais presunções e de tais prognoses, ele correrá o risco de alienar-se da facticidade. Noutras palavras, é bastante possível que uma determinada lei, formulada com o intuito de promover certo princípio constitucional, não apenas se revele concretamente incapaz de fazê-lo, como ainda gere restrições intensas a direitos fundamentais contrapostos.

Uma coisa é, pois, analisar a validade constitucional da criminalização do aborto à luz das mais variadas teorias; outra, tendo em conta os preocupantes elementos extraídos da realidade brasileira (no caso, o elevadíssimo número de mortes de mulheres em razão do recurso a clínicas clandestinas e a procedimentos de alto risco para fins de interrupção da gravidez).⁶⁸⁸ Uma coisa é avaliar a *adequação* ou a *necessidade* de um aumento do prazo para progressão de regime prisional à luz de debates teóricos entre prevencionistas e retribucionistas; outra, tendo por base a realidade fática de superlotação e de condições desumanas das penitenciárias brasileiras. Como evitar, afinal, que o controle de constitucionalidade de normas penais acabe perigosamente *alienado* do real?

Acredita-se que a partir da indispensabilidade do recurso aos dados empíricos possíveis e disponíveis quando da realização de tal exame de validade. Nesse contexto, os elementos *hipotéticos* sopesados *ex ante* pelo legislador, os quais ampararam o resultado inicial da proporcionalidade, deverão ser substituídos pelos elementos *concretos* coletados da realidade, *renovando-se o exame de proporcionalidade* em todas as suas parciais.⁶⁸⁹

Ilustrativamente, pode-se imaginar ter o legislador considerado a importância da promoção do fim suficiente para justificar a intensidade da restrição paralelamente gerada em direitos fundamentais contrapostos. Caso se verifique, em realidade, que o fomento ao direito envolvido ocorreu em patamar muito inferior ao esperado, enquanto a restrição em nível muito superior à imaginada, haverá uma *reviravolta* no resultado do juízo de proporcionalidade. Noutras palavras, é bastante provável que o grau de promoção obtido *não mais justifique* a intensidade de afetação gerada, devendo o julgador, por tal razão, reconhecer a inconstitucionalidade da norma analisada.

Esses são, pois, os fundamentos teóricos da necessidade de consideração dos efeitos das normas penais para fins de avaliação da sua constitucionalidade. Nesse momento, faz-se oportuno dar um passo atrás para perguntar por que a concreta dinâmica legislativa brasileira

⁶⁸⁸ Ver FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal*, op. cit., p. 156 e COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção Penal Ambiental*, op. cit., p. 127.

⁶⁸⁹ Tratar-se-ia, assim, de uma aplicação da proporcionalidade de maneira "concreta" e *a posteriori* (com "posterioridade" ou retrospectivamente), na classificação sugerida por Ávila (ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., pp. 210-11).

poderia reforçar os argumentos apresentados, intensificando a relevância de tal controle. O ponto parece claro: quanto mais irracional se revelar o real funcionamento de um dado processo legislativo, maiores as chances de haver uma forte tensão ou contradição entre *os efeitos declaradamente buscados pelo legislador e os efeitos realmente gerados pela inovação legislativa*. Tal constatação exige, no plano normativo, que quanto mais irracional for a dinâmica legislativa, mais intenso seja o controle material sobre a eficácia das normas penais, isto é, sobre a sua capacidade de gerar os efeitos prometidos, bem como sobre a constitucionalidade dos efeitos concretamente gerados.

4.2.3 Ressonâncias das premissas na compreensão do exame de constitucionalidade. A natureza dinâmica do controle e a possibilidade de ocorrência de inconstitucionalidades supervenientes como tese deste estudo.

Não há dúvida de que um controle com tais características exige uma parcial ressignificação do exame de constitucionalidade, o qual não poderá mais ser concebido como um juízo exclusivamente estático. Noutras palavras, no momento em que as leis penais se tornaram *mais e mais* instrumentais, porque voltadas à realização ou à promoção, *prospectiva*, de um estado de coisas futuro (tutela de bens jurídicos, por exemplo), então também o controle da sua validade precisa dar conta dessa nova realidade⁶⁹⁰. O juízo de constitucionalidade de tais normas deve protrair-se no tempo, sendo, assim como elas, *um processo e não um ponto* (metaforicamente, um filme, não uma fotografia). Nesse sentido, embora uma dada norma penal possa ser considerada constitucional um mês após seu ingresso no ordenamento, é possível que ela assim não *permaneça* passados 05 (cinco) anos, por exemplo.

Partindo-se da premissa de que não houve alteração nem no texto constitucional, nem no texto legal analisado, como explicar, nesse caso hipotético, tal virada no juízo de constitucionalidade? Qual o fator a ensejar a mudança? Justamente *a análise dos efeitos concretos da norma*, devidamente informada por dados empíricos. Eles podem tanto indicar que a promoção de princípios constitucionais e/ou direitos fundamentais pretendida praticamente não existiu, quanto que a restrição a direitos fundamentais contrapostos é muito superior à inicialmente imaginada.

⁶⁹⁰ Um claro exemplo dessa percepção instrumental de Direito Penal pode ser observado em Roxin, para quem “o Direito Penal é um instrumento de direção e controle social” (ROXIN, Claus. Dependencia y independencia del Derecho Penal con respecto a la política, la filosofía, la moral y la religión, op. cit., p. 5 – trad. nossa).

Por conseguinte, uma dada norma penal, embora constitucional no momento do seu nascimento, pode, aos poucos, tornar-se inconstitucional. Tem-se, assim, uma peculiar espécie de *inconstitucionalidade superveniente*. Neste caso, ela justifica-se em alterações fáticas relevantes (os efeitos da norma concretamente diagnosticados), constatadas mediante a *renovação do exame de proporcionalidade*, agora informado por dados atuais e concretos acerca do grau de promoção e de restrição dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais envolvidos.⁶⁹¹

Finalmente, é importante esclarecer que a expressão "inconstitucionalidade superveniente" será empregada, nesta investigação, para indicar as situações nas quais uma dada norma anteriormente considerada legítima frente à Constituição é, a partir de um determinado momento, *frente ao mesmo texto constitucional*, reputada inválida. Isso pode verificar-se basicamente por duas razões: (i) alteração significativa nas condições fáticas e (ii) mudança relevante na interpretação do texto constitucional, dele extraído-se uma norma jurídica com sentido e conteúdo distinto da anteriormente vigente.⁶⁹² Nesta hipótese, fala-se, inclusive, em uma espécie de "mutação constitucional tácita".⁶⁹³

Apesar da grande controvérsia em torno do tema, a questão começa a ser enfrentada no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Ilustrativa, nesse sentido, é a decisão do Ministro Luís Roberto Barroso nos autos da ADI 5.050, que reconhece a possibilidade teórica de que o "Supremo Tribunal Federal admita reexaminar a validade de ato normativo declarado constitucional em sede de controle abstrato, notadamente em face de alterações supervenientes na realidade fática ou na percepção jurídica dominante".⁶⁹⁴ Tal compreensão vai ao encontro da tese, sustentada neste estudo, de que tal controle deve ter natureza dinâmica, de modo a oportunizar a verificação de inconstitucionalidades supervenientes à luz dos efeitos concretos das normas penais.

4.3 SUJEITOS DO CONTROLE. A VALORAÇÃO DOS EFEITOS DE NORMAS PENAIS NO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE (POSSIBILIDADE E PROCEDIMENTO)

⁶⁹¹ O exame de proporcionalidade inicialmente realizado de forma *abstrata e a priori* (prospectivamente) seria agora "refeito" de maneira *concreta e a posteriori* (retrospectivamente). Sobre a distinção, ver ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., pp. 210-11.

⁶⁹² DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de Direito Constitucional*. Controle de Constitucionalidade e Remédios Constitucionais. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 92 e MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Abstrato de Constitucionalidade: ADI, ADC e ADO*, op. cit., p. 677

⁶⁹³ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 92.

⁶⁹⁴ Supremo Tribunal Federal, ADI 5.050, Rel. Ministro Luís Roberto Barroso, despacho de 11.10.2013, publicação no DJe de 18.10.2013.

Considerando os argumentos até aqui desenvolvidos, acredita-se que o presente estudo já deixou claro quem seriam os "sujeitos do controle" no âmbito de prognoses legislativas e de efeitos de normas. O exame da sua validade constitucional deverá, pois, ser realizado pela jurisdição constitucional de forma *repressiva*, sempre que provocada a tanto. Por sua vez, estará a atuação do legislador submetida a controle a partir da análise da confiabilidade da prognose formulada na elaboração da lei (efeitos potenciais), bem como mediante o exame dos efeitos concretos decorrentes da sua incidência na realidade social.

Dessa maneira, o controle consubstancia-se em uma avaliação tanto de compatibilidade entre norma constitucional e norma legal, quanto de correspondência entre os efeitos anunciados pelo legislador e os efeitos passíveis de obtenção (efeitos *potenciais*) ou concretamente obtidos com a aplicação da lei (*efeitos reais*), verificando se também eles são compatíveis com a Constituição. Noutras palavras, para além de um controle *norma-norma* (ou seja, entre norma *superior* e norma *inferior*), defende-se como necessário um controle entre a norma superior e os *efeitos* da norma inferior.

Essa proposição acaba por conduzir, de imediato, a um subseqüente problema. Os efeitos estão no plano *do real, do concreto, do fático*. Mesmo a prognose do legislador, que não é em si um fato, mas um *juízo hipotético-causal*, está baseada em fatos passados e presentes (diagnóstico do problema) e prevê a ocorrência de fatos futuros (prognóstico sobre os efeitos da norma). Nesse contexto, pode-se perceber com clareza que o exame de *fatos* apresenta-se como *requisito indispensável* ao controle constitucional ora proposto.

Disso emerge a seguinte questão: o ordenamento jurídico brasileiro permite que fatos sejam analisados no âmbito do controle concentrado e abstrato, ou apenas nos demais (controle difuso e concreto)? Noutras palavras, seria possível que os legitimados a tanto movessem, por exemplo, uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) para fins de analisar a constitucionalidade da prognose (efeitos potenciais) ou dos efeitos concretos de uma dada norma? Diante da complexidade do ponto, uma resposta adequada não pode ser nem imediata, nem singela.

4.3.1 Do exame de fatos no controle abstrato de constitucionalidade brasileiro (problema hermenêutico)

No contexto da presente investigação, sustenta-se que fatos podem ser, *sim*, analisados no controle concentrado e abstrato. Essa compreensão ampara-se, por sua vez, na seguinte

premissa: uma proposta de separação radical entre fato e norma (ou Direito) é, em si mesmo, teoricamente questionável.⁶⁹⁵ Esta investigação, por seus limites, não adentrará em debate tão complexo. Adverte-se, no entanto, que tal distinção se intensificou com o *normativismo legalista* (positivismo jurídico clássico). Este, por compreender o Direito como uma ciência abstrata – ao estilo da matemática, por exemplo –, acabou justamente por distanciá-lo da realidade social que o conformava.⁶⁹⁶

O presente estudo, como já referido, caminha em sentido oposto, intencionando *reintegrar* dados empíricos, consequências fáticas e efeitos concretos à ciência jurídica. Para tanto, é fundamental abandonar a compreensão de que o "mundo das normas" e o "mundo da realidade social" devem ser "campos que nem mesmo se tocam".⁶⁹⁷ Como bem afirma Souto Maior Borges, "toda ciência opera um corte lógico e epistemológico no real. [...] o conhecimento não consiste na apreensão do objeto, mas na sua construção".⁶⁹⁸ Daí a insustentabilidade de uma distinção radical *fato-direito*, *fato-norma* ou *ser-dever ser*.

Isso esclarecido, caminha-se em direção ao problema subsequente. Trata-se da fundamental desvinculação ou separação de duas questões comumente confundidas no âmbito do controle abstrato e concentrado de constitucionalidade. De um lado, deve-se discutir se o exame de "fatos" (*Tatsachen*)⁶⁹⁹ é, ou não, próprio a tal espécie de exercício jurisdicional (problema hermenêutico); de outro, é preciso questionar, a seguir, o modo como informações sobre fatos ingressariam em tal processo (problema probatório e procedimental).

⁶⁹⁵ CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia Jurídica*, op. cit., p. 162 ss; KNIJNIK, Danilo. *Recurso Especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 13 ss e SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição, Direito Material e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 1 ss.

⁶⁹⁶ Analisando sobretudo o pensamento de Kelsen na obra *Teoria Pura do Direito*, Larenz refere que, para tal jurista, o Direito "como conocimiento 'puro', no tiene que perseguir fines prácticos inmediatos". A tese fundamental de Kelsen residia, pois, na completa "disparidad entre ser y deber ser" (LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del Derecho*. Traduzido por Marcelino Rodríguez Molinero. Barcelona: Ariel, 1994, pp. 91-92. Tradução de: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (4. ed., 1980). Sobre o ponto, ver também ÁVILA, Humberto Bergmann. A doutrina e o Direito Tributário. In: _____. *Fundamentos do Direito Tributário*. São Paulo: Marcial Pons, 2012, pp. 224-225; KNIJNIK, Danilo. *Recurso Especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*, op. cit., p. 23 ss e SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição, Direito Material e Processo*, op. cit., p. 1 ss.

⁶⁹⁷ Essa é a crítica de SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição, Direito Material e Processo*, op. cit., p. 5.

⁶⁹⁸ BORGES, José Souto Maior. *O contraditório no processo judicial*. Uma visão dialética. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 19.

⁶⁹⁹ O conceito de "fato" (*Tatsache*) utilizado no presente trabalho é mais amplo do que o tradicional conceito de "questão de fato" (*Tatfrage*), significando "qualquer fato real" (*jeder reale Sachverhalt*) relevante para a interpretação do texto jurídico. Trata-se de definição sugerida por Klaus Philippini nas primeiras páginas de sua conhecida obra "Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts" (1971), na qual analisa a consideração de fatos pelo Tribunal Constitucional alemão (BVerfG) nas decisões publicadas nos primeiros 25 volumes da sua revista informativa. Como o conceito de "real" é, em si, também complexo, a definição de *fato* será sempre, conforme tal autor, um tanto quanto "insatisfatória" (*unbefriedigend*) (PHILIPPINI, Klaus Jürgen. *Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts*. Ein Beitrag zur rational-empirischen Fundierung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, op. cit., p. 4).

Quanto à primeira questão, sustenta-se que o "mundo extratextual" integra, sim, o controle de constitucionalidade, mesmo na sua forma *abstrata e concentrada*.⁷⁰⁰ Isso porque a verificação de compatibilidade de uma norma legal com as normas da Constituição muitas vezes requer a consideração de fatos concretos, seja para investigar a constitucionalidade formal, seja para avaliar a constitucionalidade material.

Ilustrativamente, faz-se menção à decisão proferida nos autos da ADI 2.170.⁷⁰¹ Na ocasião, indagava-se a validade da inclusão de emenda parlamentar em projeto de lei de iniciativa privativa do Governador do Estado de São Paulo. Pode-se constatar que o reconhecimento da inconstitucionalidade, no caso, pressupõe a valoração de fatos, para verificar tanto a autoria da Emenda, quanto uma eventual majoração de despesa.⁷⁰² Nesse contexto, como bem argumentam Dimoulis e Lunardi, tais juízos não poderiam ser emitidos "com a simples comparação do texto da lei com o texto da Constituição".⁷⁰³

Outra situação que reforça o argumento diz respeito aos controles materiais realizados à luz dos postulados da *proporcionalidade* e da *igualdade*, para cuja aplicação também é relevante a consideração de elementos fáticos.⁷⁰⁴ Quanto ao primeiro postulado, sabe-se que os subcritérios da adequação e da necessidade demandam valorações amparadas em dados empíricos.⁷⁰⁵ Sem eles, seria inviável examinar acuradamente o grau de restrição e de promoção a direitos fundamentais ensejado pelo meio eleito, bem como compará-lo com medidas alternativas. Ilustrativamente, o Supremo Tribunal Federal, *sem recorrer a elementos fáticos*, não poderia ter concluído, na ADI 855, que a exigência de pesagem do botijão de gás à frente do consumidor, por gerar custo excessivo às empresas, causava uma restrição indevida aos princípios da propriedade privada e da livre iniciativa.⁷⁰⁶

⁷⁰⁰ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 232. No mesmo sentido, ver, na doutrina brasileira, MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade: Hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial*, op. cit., p. 19 ss e, do mesmo autor, *Controle Abstrato de Constitucionalidade: ADI, ADC e ADO*, op. cit., p. 262 ss. Na doutrina alemã, conferir OSSENBÜHL, Fritz. *Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht*, op. cit., p. 461 ss e PHILIPPI, Klaus Jürgen. *Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts*, op. cit., p. 41 ss.

⁷⁰¹ ADI 2.170, Tribunal Pleno, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, unânime, publicação no DJ em 09-09-2005.

⁷⁰² DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 232.

⁷⁰³ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 232.

⁷⁰⁴ No mesmo sentido, conferir MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Abstrato de Constitucionalidade: ADI, ADC e ADO*, op. cit., p. 287 e DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., pp. 232-233. Embora não tenham sido expressamente mencionados, os postulados da *proibição do excesso* e da *proibição de insuficiência*, em razão do seu conteúdo, também exigiriam tal exame fático.

⁷⁰⁵ CORREA, Teresa Aguado. *El principio de proporcionalidad en Derecho Penal*. Madrid: Edersa, 1999, pp. 239-240; DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., pp. 232-233.

⁷⁰⁶ ADI 855, Tribunal Pleno, Relator para o Acórdão Ministro Gilmar Ferreira Mendes, por maioria, publicação no DJe em 27-03-2009. No mesmo sentido, ver MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Abstrato de Constitucionalidade: ADI, ADC e ADO*, op. cit., pp. 289-290.

No que concerne ao postulado da igualdade, indaga-se se seria possível avaliar a constitucionalidade de uma política pública de ações afirmativas, como, por exemplo, a instituição de cotas para ingresso em universidades públicas federais, sem a apreciação de elementos empíricos.⁷⁰⁷ Entende-se que não. Tanto é assim que, para formular seu veredito na ADPF 186, o Supremo Tribunal Federal teve de valer-se de dados concretos que demonstrassem a discriminação sofrida por tais grupos sociais.⁷⁰⁸ Ademais, necessitou explorá-los também para emitir juízos prognósticos acerca dos prováveis efeitos positivos que tal política geraria em relação ao problema objeto da intervenção legal.⁷⁰⁹

Por conseguinte, pode-se perceber que o exame de fatos por vezes será indispensável ao próprio processo interpretativo no controle abstrato de constitucionalidade, integrando-o implícita ou explicitamente. Portanto, ao menos em relação a esse ponto, não haveria empecilho ao controle da compatibilidade dos efeitos das normas legais frente às determinações das normas constitucionais. Certa dificuldade ainda poderia remanescer, entretanto, em relação à existência ou não de disposição autorizadora de dilação probatória em processos dessa natureza. É o que se passa a analisar.

4.3.2 Do modo como informações sobre fatos ingressam no controle abstrato de constitucionalidade brasileiro (problema probatório e procedimental)

Desde o art. 9º, §1º, da Lei nº 9.868/99,⁷¹⁰ o ordenamento jurídico brasileiro possibilitou um mínimo de instrução processual em tais ações constitucionais, abandonando a anterior exigência de que todas as provas eventualmente apresentadas fossem "pré-constituídas".⁷¹¹ Tal dispositivo claramente "confessa" que fatos poderão ser objeto de exame no processo abstrato de constitucionalidade, especialmente ao aludir à "necessidade de

⁷⁰⁷ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 233.

⁷⁰⁸ ADP 186, Tribunal Pleno, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, unânime, publicação no DJe em 20-10-2014. Sobre o ponto, ver DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 233.

⁷⁰⁹ Justamente por tal razão o tema foi debatido em audiência pública (março/2010) determinada nos autos da ADPF 186, com a participação de 38 especialistas de entidades governamentais e não governamentais. Participaram do julgamento, na condição de amigos da Corte (*amici curiae*), a Defensoria Pública da União, a Fundação Nacional do Índio (Funai), o Instituto de Advocacia Racial e Ambiental (Iara), o Movimento Pardo-Mestiço Brasileiro (MPMB), a Fundação Cultural Palmares, o Movimento Negro Unificado (MNU) e a Educação e Cidadania de Afrodescendentes e Carentes (Educafro).

⁷¹⁰ Lei nº 9.868/99 – Art. 9º Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento. §1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

⁷¹¹ Ver MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Abstrato de Constitucionalidade: ADI, ADC e ADO*, op. cit., p. 249.

esclarecimento de matéria ou circunstância de fato". Ademais, vem a reforçar o diálogo de tal espécie de controle com a realidade concreta que lhe confere *contexto e sentido*.⁷¹²

Com acerto, portanto, o legislador brasileiro reconheceu a importância da integração do "real" no processo de interpretação da Constituição, *arejando-o* com influxos das ciências sociais.⁷¹³ Para tanto, previu mecanismos processuais de informação dos juízes constitucionais, dentre os quais se destacam os disciplinados no art. 9º, §1º, já mencionado, e no art. 7º, §2º (*amicus curiae*), ambos da Lei 9.868/99. No entanto, para seu adequado manejo, tais instrumentos pressupõem uma mudança de cultura daqueles que interpretam e aplicam a Constituição, os quais devem se ocupar *também* da eficácia e dos efeitos das normas que julgam.⁷¹⁴ Mudança, essa, que todavia não seria nem rapidamente promovida, nem facilmente aceita.

Nesse sentido, é oportuno referir, em relação ao art. 9º, §1º, da Lei 9.868/99, que a primeira audiência pública da história do Supremo Tribunal Federal realizou-se quase 10 anos depois da sua vigência, especificamente em 20-04-2007, por ocasião do julgamento da ADI 3.510/DF. Naquele momento, conforme relata Barroso, a intenção era "reunir informações científicas que permitissem à Corte decidir acerca da constitucionalidade das pesquisas com células-tronco embrionárias".⁷¹⁵ Quanto ao art. 7º, §2º (*amicus curiae*), sua constitucionalidade chegou a ser questionada perante o Supremo Tribunal Federal na ADI MC 2.321. Acusava-se o dispositivo de contradizer a jurisprudência reiterada daquela Corte, no sentido da incompatibilidade de tal figura com a natureza objetiva do processo de fiscalização em abstrato. Felizmente, acabou-se por reconhecer a validade desse instrumento de pluralização do debate constitucional.⁷¹⁶

Frente ao exposto, pode-se sustentar que dispositivos dessa natureza possibilitam uma alteração fundamental *de método* no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade.

⁷¹² Em artigo publicado anteriormente à vigência da Lei 9.868/99, Gilmar Mendes já advertia que o § 2º do artigo 9º do *então* Projeto de Lei nº 2.960/97 (hoje Lei nº 9.868/99) "outorga ao STF um importante instrumento para aferição de fatos e prognoses legislativos no âmbito do controle abstrato de normas" (MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade: Hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial*, op. cit., p. 28).

⁷¹³ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. 1. ed. reimp. Traduzido por Gilmar Mendes. Porto Alegre: SAFe, 2002, p. 12. Tradução de: Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten.

⁷¹⁴ DONINI, Massimo. La relación entre derecho penal y política: método democrático y método científico, op. cit., p. 49.

⁷¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. A fé na ciência: constitucionalidade e legitimidade das pesquisas com células-tronco embrionárias. In: MENDES, Gilmar Ferreira et al (Org.). *A Jurisprudência do STF nos 20 anos da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 223.

⁷¹⁶ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Jurisdição constitucional democrática e participativa: a ADI MC 2.321 e o *amicus curiae*. In: MENDES, Gilmar Ferreira et al (Org.). *A Jurisprudência do STF nos 20 anos da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 14-15.

Desse modo, o juiz constitucional deixa de estar limitado às "claras evidências", podendo recorrer ao saber empírico, adquirido mediante investigações técnicas por ele requisitadas nos autos do processo, de modo a adequadamente deliberar sobre a validade de uma dada norma.⁷¹⁷ Tem-se assim uma interpretação constitucional muito mais democrática. Tal qualidade decorre, na hipótese, não da ideia de respeito à decisão majoritária, mas da abertura da jurisdição aos dados da realidade e do seu compromisso com o controle da eficácia (atingimento dos fins objetivados) e dos efeitos concretos das normas.⁷¹⁸

4.4 CRITÉRIOS PARA UM CONTROLE CONSTITUCIONAL DA REALIZAÇÃO DE FINS PELO DIREITO PENAL À LUZ DOS EFEITOS DAS NORMAS PENAIIS: ESBOÇO DE UM DUPLO MODELO

4.4.1 Preliminarmente: quando realizar o controle *ex ante* e o controle *ex post*

O exame de constitucionalidade da realização de fins pelo Direito Penal à luz dos efeitos das suas normas será dividido, nos limites deste estudo, em duas subespécies: o controle *ex ante* e o controle *ex post*. Devido à estruturação do sistema constitucional brasileiro, ambos somente poderão ser empreendidos quando já finalizado o processo legislativo. Logo, os termos *ex ante* e *ex post* não são aqui empregados como sinônimos, respectivamente, de controle preventivo de constitucionalidade e controle repressivo de constitucionalidade. Dizem respeito, isto sim, ao posicionamento temporal dos critérios utilizados na valoração da constitucionalidade dos efeitos da lei: (i) será *ex ante* a análise que se limitar ao exame dos elementos do processo legislativo e da matéria em discussão, isto é, a dados *prévios* à promulgação e à publicação da lei; (ii) será *ex post* a análise que se valer de informações posteriores ao processo legislativo, especialmente aquelas referentes ao impacto da inovação legislativa na realidade social.

É importante ressaltar, desde logo, que tais juízos, embora complementares, são autônomos. Uma vez que amparados em critérios não coincidentes, a realização de um exame

⁷¹⁷ DONINI, Massimo. La relación entre derecho penal y política: método democrático y método científico, op. cit., p. 37, nota de rodapé n° 26.

⁷¹⁸ Muito ilustrativo é, nesse contexto, o conteúdo do voto do Ministro Gilmar Mendes no *ainda não encerrado* julgamento sobre a constitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas (STF, RE 635.659, Tribunal Pleno). Na condição de Relator, ele preocupou-se em reforçar a percepção de que, cada vez mais, ganham "especial relevo as técnicas procedimentais postas à disposição do Tribunal e destinadas à verificação dos fatos e prognoses legislativos, como a admissão de e a realização de audiências públicas" (Supremo Tribunal Federal, RE 635.659, Tribunal Pleno, voto do Relator Ministro Gilmar Mendes, p. 8-9. Julgamento ainda em andamento. O voto, na íntegra, está disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>>).

não impede a do outro, nem vincula necessariamente o seu resultado. O recurso a apenas um deles, ou a ambos (em sequência), dependerá do momento da sua realização e dos dados disponíveis. Em certos casos, por exemplo, o intervalo de tempo entre o ingresso da lei no ordenamento e o questionamento de sua constitucionalidade, com pedido liminar, junto ao Supremo Tribunal Federal, é muito reduzido. Nesse contexto, não há possibilidade de que os efeitos concretos gerados pela lei sejam avaliados, porque muitas vezes eles ainda não existem. Isso conduz a um controle exclusivamente *ex ante*.

Noutros casos, contudo, há um decurso suficiente de tempo para questionar os impactos concretos da lei, condição que permite um controle *ex post*. Tal exame, ressalta-se, poderá ocorrer independentemente de um controle *ex ante* ter lhe precedido. Trata-se de consequência necessária da mútua autonomia antes mencionada. Por fim, também é possível excepcionalmente conjugá-los no âmbito da mesma ação direta de inconstitucionalidade. Para exemplificar, o controle *ex ante* pode ser empreendido para a análise de eventual pedido liminar; o controle *ex post*, para o exame definitivo, que, no mais das vezes, ocorre anos depois.

Como se observa, a realização de um exame *ex ante* não impede a posterior incidência de um *ex post*, desde que haja suficiente decurso de tempo para que as condições necessárias ao segundo juízo estejam presentes. Trata-se, reitera-se, de dois juízos que, embora diferentes e autônomos, entrelaçam-se enquanto manifestações (espécies) de um *mesmo* controle constitucional da realização de fins (gênero). Por se compreender este controle como um *processo* que se protraí no tempo, sustenta-se teoricamente neste estudo que uma dada lei, inicialmente constitucional, pode perder tal condição no futuro.⁷¹⁹ É justamente essa a premissa que, por sua vez, ampara a possibilidade de realização, frente a idêntico texto legal, de um controle *ex post* mesmo após um controle *ex ante* já ter declarado sua validade *em momento prévio*. É também ela que permite eventualmente emitir, no futuro, conclusão diversa, reconhecendo-se uma inconstitucionalidade superveniente quando do juízo *ex post*.

4.4.2 Controle *ex ante* da realização de fins através das normas penais (ou exame da constitucionalidade dos efeitos potenciais da norma penal)

4.4.2.1 Pressupostos do controle

⁷¹⁹ Ver seção 4.2.3.

4.4.2.1.1 Lei penal emitida no âmbito de liberdade de configuração do legislador

Como referido na seção 4.1.2, nas zonas de criminalização obrigatória ou proibida, a intensa vinculação existente entre as normas constitucionais e o exercício da atividade legiferante reduz, de um lado, a própria liberdade de configuração do legislador e legítima, de outro, um *forte* controle jurisdicional. Não há que se falar aqui, todavia, em exame de prognose e em controle de efeitos *quanto à decisão criminalizadora*. Se a Constituição desde logo proibiu ou obrigou o recurso à tutela penal, tem-se, naquele caso, uma presunção da *inadequação* e *desnecessidade* do seu emprego e, neste caso, uma presunção da *adequação* e da *necessidade* do seu emprego.

Uma ressalva, todavia, deve ser feita em relação aos *mandados constitucionais de criminalização*. Conforme afirmado durante o segundo capítulo, a liberdade de configuração do legislador quanto à imperatividade da medida penal foi-lhe retirada. Noutros termos, algum tipo incriminador precisará ser por ele emitido. Tal liberdade, no entanto, remanesce firme em relação à formulação precisa dessa intervenção (redação do tipo penal, fixação das penas, eleição da técnica de tutela etc.).

Desse modo, observa-se que jamais haverá, mesmo em relação a tais mandados, uma determinação "completa e acabada" da futura incriminação por parte das normas constitucionais. Por conseguinte, o exame de realização de fins (seja *ex ante*, seja *ex post*) *poderá*, sim, ser empreendido mesmo frente a mandados constitucionais de criminalização, desde que ele incida sobre o que remanesce de liberdade de escolha ao legislador (redação do tipo, técnica de tutela, *quantum* de pena etc.). Isso porque se trata de âmbito em que inegavelmente são emitidas prognoses constitucionalmente controláveis.

Já na esfera de liberdade de ação do legislador quanto à decisão criminalizadora, caberá a ele decidir sobre o recurso, ou não, à tutela penal para a promoção de determinados fins constitucionais. Isso porque a Constituição, de um lado, não proibiu e, de outro, não obrigou o legislador a valer-se do Direito Penal, delegando-lhe a decisão sobre a forma *adequada* de promover os fins em questão.⁷²⁰ Para tanto, ele deverá emitir *juízos prognósticos* sobre os efeitos futuros da lei em relação ao estado de coisas almejado, bem como sobre os direitos fundamentais contrapostos, que paralelamente sofrerão restrições, de modo a justificar o meio eleito. Logo, também nesse preciso contexto o controle da realização dos fins através de normas penais é tanto possível quanto necessário.

⁷²⁰ Sobre "liberdade de ação estatal", ver ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria da Segurança Jurídica*, op. cit., p. 530.

4.4.2.1.2 Possibilidade de delimitação dos fins objetivados a partir da lei penal (identificabilidade do estado de coisas desejado)

Os fins (estados de coisas) cuja realização é pretendida com a aprovação de um novo texto legal podem estar *expressos* ou *ocultos*. Naturalmente, o ideal seria que o legislador, a cada lei, assim anunciasse: "pretende-se reduzir em 10%, no período de dois anos, o número de pessoas que vivem abaixo da linha da pobreza. Considera-se que estão abaixo da linha da pobreza aqueles que possuem valor inferior a X por dia para viver". A realidade política, contudo, está a milhas de distância⁷²¹.

Na maioria das vezes, o legislador silencia ou, quando declara os fins ambicionados, o faz de modo amplo, vago, impreciso e até contraditório. Há, no entanto, uma causa para tal comportamento, qual seja, a busca do consenso político. A indefinição dos objetivos legais é um meio propício a conjugar posições muito distintas⁷²². Afinal, quem seria contrário ao "combate à corrupção", ao "fim da impunidade", à "tutela do meio ambiente"? Entretanto, quando as pretensões estão insuficientemente formuladas, como nos casos referidos, elas inviabilizam o seu controle.

Nesse contexto, os julgadores acabam convocados a dar continuidade ao processo de *apuração* e de *delimitação* dos fins da lei – se eles ainda estão demasiado vagos –, ou até mesmo a iniciá-lo – caso em que sequer foram minimamente indicados. Em ambas as situações, o *contexto* e o *texto* da lei serão elementos fundamentais para, de modo adequado, buscar apurá-los. Trata-se de tarefa cujos resultados, todavia, dificilmente estarão isentos de crítica ou de dissenso, especialmente quando sinalizarem um protagonismo intenso do Judiciário. Não se pode ignorar, no entanto, que sempre há um elemento construtivo, isto é, *novo*, acrescido após a interpretação jurídica, como se sustentou variadas vezes ao longo deste estudo.

Como, então, o juiz poderá identificar e precisar os fins da lei? O ponto foi examinado em pormenores no capítulo 2 (seção 2.2), de modo que será aqui retomado de forma breve. Consoante afirmado, para efetivar tal controle finalístico, é preciso recorrer à interpretação

⁷²¹ É essa a constatação de ENGEL, Christoph. The Constitutional Court – applying the proportionality principle – as a subsidiary authority for the assessment of political outcomes. In: *Gemeinschaftsgüter: Recht, Politik und Ökonomie*. Preprints aus der Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter. Bonn, 2001, p. 6.

⁷²² DELLEY, Jean-Daniel. Pensar a Lei. Introdução a um procedimento metódico, op. cit., p. 119 e ENGEL, Christoph. The Constitutional Court – applying the proportionality principle – as a subsidiary authority for the assessment of political outcomes, op. cit., p. 6. No âmbito brasileiro, conferir COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção Penal Ambiental*, op. cit., p. 131.

“genética”, “originalista” ou “intencionista”⁷²³, de modo a buscar indícios que desvelem os objetivos do legislador. Tal técnica interpretativa investiga a intenção *subjetivo-finalística* de um legislador “real”, materializado no conjunto formado pela maioria parlamentar que aprovou o Projeto de Lei e consentiu com sua Justificativa.

Contudo, o seu adequado emprego pressupõe algumas condições básicas. Em primeiro lugar, é fundamental que haja um suficiente paralelismo entre (i) intenção legislativa e (ii) redação final do dispositivo aprovado. Se não houver, o Judiciário terá de tomar por base o texto legal, colocando em segundo plano a intenção do legislador, na medida em que somos governados pelo que disseram nossos legisladores, não pelo que quiseram dizer.⁷²⁴ Em segundo lugar, deve-se ponderar que o decurso do tempo afeta, ainda que *gradualmente*, o sentido e a autoridade da ideia de *intenção* de um “legislador real”. Logo, em se tratando de textos normativos antigos, há de se investigar também quão preservada está a intenção legislativa subjacente ao texto legal frente a outra realidade social ou vivência histórica.

4.4.2.2 Objeto do controle: constitucionalidade dos efeitos potenciais da norma penal

Preenchidos os pressupostos necessários à promoção do controle *ex ante* da realização de fins pelas normas penais, deve-se agora indicar o critério que o guiará. Sendo a *constitucionalidade dos efeitos potenciais da lei* o objeto do exame, então o critério mais adequado para valorá-la é a *confiabilidade da prognose legislativa* (probabilidade da lei suficientemente produzir os efeitos esperados). No entanto, ela somente será aferível à luz de parâmetros concretos, os quais serão aqui chamados de “elementos indicativos” ou “indicadores”.

Tais indicadores, por sua vez, avaliam características fáticas do processo legislativo que originou a lei em questão, investigando-o sob duas lógicas: (i) a concreta racionalidade do processo legislativo e (ii) o nível de complexidade fática da matéria objeto da intervenção legislativa. Quando conjugados, permitem antever as chances da lei ser eficaz frente aos

⁷²³ O termo genético é empregado por Ávila (ÁVILA, Humberto Bergmann. *Argumentação jurídica e a imunidade dos livros eletrônicos*, op. cit., p. 131). Os demais são encontrados amplamente na doutrina estrangeira: Dworkin, por exemplo, fala da “intenção original” do legislador (DWORKIN, Ronald. *La lectura moral y la premisa mayoritarista*, op. cit., p. 113); Joseph Raz menciona a intenção (*intention*) dos *law-makers* (RAZ, Joseph. *Between Authority and Interpretation*, op. cit., p. 265 ss), enquanto Guastini trata a interpretação originalista como gênero do qual a interpretação intencionalista seria espécie (GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*, op. cit., p. 100).

⁷²⁴ DWORKIN, Ronald. *La lectura moral y la premisa mayoritarista*, op. cit., p. 110. Também para Ávila, “aquilo que foi dito (argumentos linguísticos e sistemáticos) deve prevalecer sobre o que deixou de ser (argumentos genéticos)” (ÁVILA, Humberto Bergmann. *Argumentação jurídica e a imunidade dos livros eletrônicos*, op. cit., p. 144). Sobre o ponto, conferir ainda RAZ, Joseph. *Between Authority and Interpretation*, op. cit., p. 288.

objetivos fomentados, isto é, a real possibilidade de obtenção dos efeitos fáticos desejados, justamente por revelarem o grau de *confiabilidade da prognose legislativa*.

4.4.2.3 Critério do controle: confiabilidade da prognose legislativa (probabilidade da lei *suficientemente* produzir os efeitos esperados)

4.4.2.3.1 *Elemento indicativo 1: concreta racionalidade do processo legislativo*

Defende-se, nesse ponto, que as características concretas do processo legislativo devem servir de indicadores do seu grau de *racionalidade*, isto é *da sua coerência com os dados da realidade social e da sua capacidade de eficazmente conformá-la à luz dos fins (constitucionais) ambicionados*.⁷²⁵ Tal verificação, no âmbito penal, é de extrema importância, haja vista se tratar do meio mais restritivo a direitos fundamentais de que dispõe o Estado na persecução de seus objetivos. Nesse sentido, sugerem-se três parâmetros para realizar a avaliação sugerida: (i) racionalidade *no impulso* do processo legislativo; (ii) racionalidade *no tempo* do processo legislativo e (iii) racionalidade *no modo* de condução do processo legislativo.

(a) *Parâmetro "i": racionalidade no impulso do processo legislativo (grau de clareza e de correção da base da prognose)*

Conforme referido quando do terceiro capítulo, a prognose pode analiticamente ser decomposta em três elementos: (a) *base* (diagnóstico); (b) *método* e (c) *resultado* (prognóstico). A *base* representa os dados fáticos recolhidos pelo legislador para delimitar o problema concreto e para eleger as medidas adequadas a saná-lo. Se a base da prognose não for bem construída, tanto uma identificação clara da disfunção social quanto uma criteriosa seleção de meios para uma eficaz intervenção sobre ela serão, *de plano*, inviáveis. Nesse contexto, um examinador prudente dirigiria um olhar de *desconfiança* a uma prognose legislativa eivada de vício na sua base.

Por tal razão, é fundamental avaliar a "racionalidade do impulso legislativo", isto é, o grau de clareza e de correção da *base da prognose*. Nesse contexto, inconsistências de duas

⁷²⁵ Muitos podem ser os critérios de racionalidade. O empregado neste trabalho é denominado por Atienza de "teleológico", e por Díez Ripollés de "pragmático". Sobre tais compreensões, ver, respectivamente, ATIENZA, Manuel. *Contribución a una teoría de la legislación*, op. cit., p. 46 ss e DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La Racionalidad de las leyes penales*, op. cit., pp. 86-7 e 95.

ordens podem ser verificadas. 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 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 eleição de meios para solvê-lo. Se não há destino certo, qualquer caminho serve.

Ilustrativamente, retoma-se o exemplo do direito alemão já referido no capítulo 3. Trata-se da *Apotheken-Urteil* (ou "Caso das Farmácias").⁷²⁶ Na ocasião, questionava-se, junto ao Tribunal Constitucional daquele país, a validade de lei do Estado da Baviera que restringia o número de licenças concedidas para a instalação de farmácias, ao exigir que novos estabelecimentos fossem comercialmente viáveis e não causassem prejuízo econômico a competidores próximos.⁷²⁷ A ideia era, com isso, proteger a saúde pública, na medida em que a não imposição de tais requisitos geraria, segundo o legislador, um descontrole no consumo de medicamentos, em razão da vasta oferta (prognóstico).⁷²⁸

No caso narrado, é possível identificar a *base da prognose* (a hipótese do legislador): "a utilização excessiva de medicamentos é causada pela plena liberdade de instalação de novas farmácias". O Tribunal Constitucional, no entanto, verificou que se tratava de leitura equivocada da realidade. A *causa* do problema era falsa. O aumento observado na utilização de medicamentos decorria *não* da abertura de novas farmácias, mas das alterações nas condições de vida da população em razão da Segunda Guerra Mundial.⁷²⁹ Como se constata, o equívoco na base da prognose contaminou todo o juízo: o meio eleito era inócuo; o prognóstico, equivocado. Percebe-se então a relevância do exame da *racionalidade* do impulso legislativo.

⁷²⁶ 7 BVerfGE 377, 1958.

⁷²⁷ A íntegra da decisão pode ser encontrada, em língua alemã, em <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv007377.html>>. Excertos fundamentais do julgado estão comentados, em língua inglesa, em KOMMERS, Donald P.; MILLER, Russel A. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, op. cit., pp. 666-72.

⁷²⁸ KOMMERS, Donald P.; MILLER, Russel A. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, op. cit., p. 670. Ver ainda MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de Constitucionalidade: Hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial, op. cit., pp. 22-3 e, do mesmo autor, *Controle Abstrato de Constitucionalidade: ADI, ADC e ADO*, op. cit., pp. 270-71.

⁷²⁹ 7 BVerfGE 377, 1958, p. 140. Disponível em <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv007377.html>>. Consultar MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de Constitucionalidade: Hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial, op. cit., p. 23.

(b) *Parâmetro "ii": racionalidade no tempo do processo legislativo. Grau de maturação da deliberação e da mudança legislativa.*

No âmbito de processos legislativos, sabe-se que, não raras vezes, "o tempo do poder político atropela o tempo da reflexão".⁷³⁰ Alguns exemplos concretos são bastante ilustrativos. Um deles diz respeito à aprovação da Lei n.º 9.677/98, a qual, dentre outras medidas, (i) separou as condutas de corromper, adulterar, falsificar ou alterar *substância ou produto alimentício destinado a consumo* (tipo penal do art. 272) de outras idênticas em relação, contudo, a *medicamentos* (tipo penal do art. 273) e (ii) elevou as penas em ambos os casos, que passaram a ser, para delitos dolosos, de 4 a 8 anos de reclusão, e multa, no caso do delito do art. 272, e de incriveis 10 a 15 anos de reclusão, e multa, no caso do delito do art. 273.

O Projeto de Lei (PL) 4.207/98, que deu origem à referida lei, já tramitava no Congresso Nacional desde março daquele ano. Todavia, encontrava-se estagnado na Comissão de Constituição e Justiça. Sua apressada aprovação foi amplamente catalisada pelo escândalo *Microvlar* (o famoso caso da pílula de farinha): em 24/06/1998, apenas uma semana após a denúncia dos fatos em rede nacional, o PL em questão foi votado *em regime de urgência* na Câmara dos Deputados⁷³¹. Encaminhado ao Senado Federal na sequência, foi enviado à sanção presidencial em 01/07/1998. Transformou-se em lei em 02/07/1998, tendo, sem mais delongas, ingressado imediatamente em vigor.⁷³²

O processo legislativo português também testemunhou situação que bem ilustra o problema lançado. Trata-se da Lei n.º 48/2007, que promoveu uma profunda mudança no Código de Processo Penal (mais de 200 inovações e alterações). Ela surpreendentemente entrou em vigor apenas *15 dias* após sua publicação no Diário Oficial, impedindo, nas fortes palavras de Costa Andrade, que fosse "lida, ponderada, problematizada, discutida, consensual e intersubjetivamente consolidada"⁷³³. A isso se soma o fato de que alteração de igual magnitude, tendo como objeto o Código Penal, havia ingressado naquele ordenamento pouco

⁷³⁰ PIRES, Maria Coeli Simões. Paineis 4. Diálogos e conflitos no processo de elaboração das leis (conferência reduzida a termo), op. cit., p. 145.

⁷³¹ A tramitação *em regime de urgência*, como bem constata Mendes de Paiva, é característica marcante e compartilhada por vários Projetos de Lei aprovados durante a década de 1990 que recrudesceram intensamente o poder punitivo no Brasil (PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. *A Fábrica de Penas*. Racionalidade legislativa e a lei dos crimes hediondos, op. cit., p. 113 ss.).

⁷³² Conforme bem adverte Helena Lobo da Costa, trata-se de exemplo de uma *lei de crise* ou *álibi*, isto é, aquela voltada a "acalmar a população e demonstrar presteza, resolução e prontidão diante de determinada situação de crise ou problemática" (COSTA, Helena Lobo da. *Proteção Penal Ambiental*, op. cit., pp. 129-31). Ver a tramitação da referida lei em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=219655>>.

⁷³³ COSTA ANDRADE, Manoel da. *"Bruscamente no verão passado", a reforma do Código de Processo Penal*. Observações críticas sobre uma Lei que podia e devia ter sido diferente. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 13.

mais de uma semana antes (Lei nº 59/2007), a configurar inédita cumulação de reformas de Códigos na história do Direito português⁷³⁴.

Outros casos, por sua vez, revelam o problema inverso: em lugar da *pressa*, a *tardança*. Exemplificativamente, a dificuldade de gerar um consenso político mínimo ou mesmo um pleno desinteresse político por dado problema simplesmente podem impedir a aprovação de uma nova legislação. Tal situação é verificada inclusive em relação a obrigações constitucionais de legislar em matéria penal, sendo o art. 7º, inc. X, da Constituição Federal um notório exemplo. Como já referido no capítulo 2, ainda não houve, por parte do legislador, o cumprimento de tal mandado de criminalização. Surpreendentemente, tem-se Projeto de Lei com o intuito de criminalizar a retenção dolosa do salário do trabalho desde o ano de 1989.⁷³⁵ A esta altura dos acontecimentos, ainda que haja a sua eventual aprovação, ela não mais será capaz de compensar anos de omissão.

Nesse contexto, argumenta-se que a duração *racional* de um processo legislativo deve ser aquela capaz de *elaborar* a tensão existente entre o grau de complexidade do tema e o grau de urgência da tomada de decisão. Logo, tanto deliberações excessivamente breves quanto excessivamente longas dificultarão a construção de soluções jurídicas aptas a, em alguma medida (sempre singela), responder ao problema concreto objeto da intervenção legal. No primeiro caso, a legislação elaborada às pressas provavelmente não gerará efeitos para além do plano simbólico. No segundo, como adverte Delley, "se um avaliador pedir para ficar 10 anos estudando os efeitos de determinada legislação, os políticos, com razão, talvez digam que em 10 anos o problema será outro"⁷³⁶. Noutras palavras, a lei já nascerá anacrônica diante de um contexto social cada vez mais instável e em constante transformação.

(c) *Parâmetro "iii": racionalidade no modo de condução do processo legislativo*

A relevância da presente análise decorre da constatação de que a *forma* ou o *modo* como as leis são elaboradas pode tanto incrementar quanto reduzir sua validade constitucional. Não por acaso, Habermas deriva parcela da legitimidade das normas jurídicas do cumprimento de certas exigências mínimas de racionalidade pelo processo legislativo que

⁷³⁴ COSTA ANDRADE, Manoel da. "*Bruscamente no verão passado*", a reforma do Código de Processo Penal, op. cit., p. 13.

⁷³⁵ A tramitação do Projeto de Lei nº 3.943/1989 pode ser verificada em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=20489&ord=>>.

⁷³⁶ DELLEY, Jean-Daniel. Painel 5. Lei e políticas públicas: mecanismos de avaliação (conferência reduzida a termo), op. cit., p. 184.

as criou.⁷³⁷ O presente estudo, amparado em tais premissas, aferirá o nível de racionalidade *no modo de condução* do processo legislativo a partir de dois critérios: (i) grau de publicidade e de inclusão nas deliberações e (ii) grau de amparo das deliberações em estudos técnicos e em avaliações de impacto legislativo *ex ante* ou prospectivas. É o que se passa a examinar.

(c.1) *Grau de publicidade e de inclusão nas deliberações*

Em razão do conteúdo normativo do princípio democrático, sustenta-se que o processo legislativo deve estar sempre amparado em *argumentos públicos*, isto é, "explícitos, definidos e sujeitos a contestação".⁷³⁸ O concreto cumprimento de tal exigência passaria, por sua vez, pelo respeito a três deveres fundamentais: (i) "dever de dar razões", (ii) "dever de informar" e (iii) "dever de incluir e de consultar as partes interessadas".⁷³⁹ Nesse contexto, os legisladores estariam 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.

Ilustrativamente, uma boa medida para cumprir os dois primeiros deveres seria o preenchimento de *checklists*, instrumentos cuja natureza, estrutura e função já foram examinadas em pormenores no decorrer do terceiro capítulo⁷⁴⁰. Em tais documentos, portanto, deverão estar expressamente indicados os principais dados fáticos acerca da matéria objeto de regulação, os objetivos pretendidos, os direitos fundamentais e/ou garantias constitucionais eventualmente promovidos ou afetados, os meios disponíveis a tanto, a justificação do meio eleito etc.⁷⁴¹

Questão problemática diz respeito à obrigatoriedade – ou não – de o legislador apontar claramente o bem jurídico que pretende tutelar com a norma penal, bem como às consequências de sua eventual omissão.⁷⁴² Nesse tocante, sustenta-se, de um lado, que tal

⁷³⁷ HABERMAS, Jürgen. Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Traduzido por Manuel Jiménez Redondo. 4. ed. Madrid: Trotta, 2005, p. 363 ss.

⁷³⁸ CARVALHO NETTO, Menelick de. Paineis 3. A contribuição da Legística para uma política de legislação: concepções, métodos e técnicas (conferência reduzida a termo), op. cit., p. 112.

⁷³⁹ VOERMANS, Wim. Quality of EU Legislation under Scrutiny: what kind of Problem, by what kind of Standards?, op. cit., p. 37.

⁷⁴⁰ Ver seção 3.2 e seguintes.

⁷⁴¹ Pode-se utilizar como padrão básico o *checklist* disposto no Anexo I do Decreto nº 4.176/02.

⁷⁴² Sobre a questão, Marta Romero sustenta que, dado o grau de afetação de direitos fundamentais ocasionado por normas penais, a motivação do legislador nesse exato âmbito, além de ser essencial, deve ostentar redobrada minúcia e detalhamento. Nesse sentido, indicações do bem jurídico tutelado, da grave danosidade da conduta regulada, bem como dos direitos fundamentais imbricados são, para a autora, *obrigatórias* (MORALES

indicação, embora muito recomendável, não é peremptória e, de outro, que sua ausência não conduz de imediato à inconstitucionalidade da lei elaborada. A questão parece encontrar ponderada solução em um plano de *graduabilidade*, não de *tudo* ou *nada*. Noutras palavras, uma coisa é o legislador não indicar o bem jurídico tutelado em relação a uma nova qualificadora do delito de homicídio. Outra, muito diferente, é não o fazer em relação a delito de alta complexidade técnica, localizado, por exemplo, no âmbito do Direito Penal Secundário (crimes econômicos, crimes falimentares, crimes informáticos etc.).

Quanto maior a dificuldade de identificar o bem jurídico tutelado pelo novo tipo penal, maior é a obrigação de o legislador se antecipar e, desde logo, apontá-lo. O motivo é simples: trata-se de uma decorrência lógica dos próprios deveres de *dar razões* e de *informar*. Ora, no contexto de uma nova criminalização controversa, cujo bem jurídico protegido tem contornos pouco claros ou talvez sequer exista, o silêncio do legislador significa não apenas a ausência de motivação, mas um atestado da sua própria incompreensão sobre o crime que está tipificando. Logo, caso a lei venha a ser submetida a controle de constitucionalidade, maior dificuldade haverá para superar o juízo de proporcionalidade, uma vez que presentes significativos indícios da sua inadequação e da sua desnecessidade.

Tão relevante quanto a motivação e a indicação de tais elementos seria o recurso a avaliações de impacto legislativo *ex ante*, as quais poderiam antecipar dificuldades, prevenindo-as, ou mesmo avaliar a escolha legislativa por uma certa medida em detrimento de outras⁷⁴³. Já quanto ao terceiro e último dever, a realização de audiências públicas em processos legislativos controversos ou de elevada complexidade seria uma das medidas úteis para permitir uma maior participação de minorias ou de interessados nas deliberações legislativas.

Como se pode antever, tais obrigações estão profundamente relacionadas. O não cumprimento dos deveres de dar razões (justificar) e de informar (tornar a deliberação acessível e transparente) fulmina toda e qualquer participação *efetiva* de interessados/afetados na discussão parlamentar. Ademais, o concreto respeito – ou não – a tais exigências tem impactos significativos no plano jurídico. Quanto menor o nível de justificação, de publicidade e de inclusão nos processos legislativos, tanto mais provável que uma dada Corte

ROMERO, Marta Muñoz de. *El Legislador Penal Europeu: legitimidad y racionalidad*. Pamplona: Civitas, 2011, p. 587 ss). Sobre a questão, ver ainda CORRÊA, Eduardo Pitrez de Aguiar. Abertura, inserção e relacionamento da política criminal transnacional na sociedade em rede, *op. cit.*, p. 247 ss.

⁷⁴³ Conforme Marta Romero, as avaliações de impacto *ex ante* representam, no âmbito jurídico, “um procedimento standard que legitima a eleição normativa em um ou em outro sentido” (MORALES ROMERO, Marta Muñoz de. *El Legislador Penal Europeu*, *op. cit.*, p. 585 – trad. nossa). Em similar sentido, consultar CORRÊA, Eduardo Pitrez de Aguiar. Abertura, inserção e relacionamento da política criminal transnacional na sociedade em rede, *op. cit.*, p. 250 ss.

Constitucional seja utilizada como "terceira" arena política por aqueles que não tiveram voz.⁷⁴⁴

Um caso advindo do Direito português pode bem ilustrar as repercussões constitucionais de decisões legislativas que ignoram os deveres acima elencados. Trata-se do Acórdão nº 377 de 2015 do Tribunal Constitucional do referido país.⁷⁴⁵ Na ocasião, discutiu-se a constitucionalidade do crime de "enriquecimento *injustificado*", inserido no Código Penal (crime comum) e na Lei dos Crimes de Responsabilidade dos titulares de cargos públicos (crime próprio), após a aprovação do Decreto nº 369/XII pela Assembleia da República. É interessante observar que não se tratava de discussão nova no âmbito daquela Corte.⁷⁴⁶ Em ano prévio (2012), mas da mesma Legislatura, o Parlamento havia aprovado o crime de "enriquecimento *ilícito*" (Decreto nº 37/XII), o qual foi submetido a controle preventivo de constitucionalidade a pedido do Presidente da República.⁷⁴⁷

Naquele primeiro momento, o Tribunal pronunciou-se pela inconstitucionalidade das normas penais em questão, especialmente por não verificar, à luz da redação dos tipos, uma clara e definida tutela de bens jurídicos.⁷⁴⁸ Datando tal veredito de 2012, os legisladores portugueses aguardaram 03 (três) anos para aprovar novo crime, não mais de enriquecimento *ilícito*, mas de enriquecimento *injustificado*, ainda que fosse muito similar a descrição típica. A intenção do legislador era, em realidade, pôr em vigor a política criminal gestada ainda em

⁷⁴⁴ Em similar sentido, conferir ENGEL, Christoph. The Constitutional Court – applying the proportionality principle – as a subsidiary authority for the assessment of political outcomes, op. cit., p. 17.

⁷⁴⁵ Tribunal Constitucional Português, processo nº 658/2015, Acórdão nº 377/2015, Relatora Senhora Conselheira Maria Lúcia Amaral, por maioria, publicado em 12-08-2015. O inteiro teor pode ser obtido em <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20150377.html>>.

⁷⁴⁶ Eis a parcial redação dos crimes nos termos do Decreto nº 369/XII: Artigo 335.º-A, aditado ao Código Penal. Enriquecimento injustificado. 1 – Quem por si ou por interposta pessoa, singular ou coletiva, adquirir, possuir ou detiver património incompatível com os seus rendimentos e bens declarados ou que devam ser declarados é punido com pena de prisão até 3 anos. [...]; Artigo 27.º-A, aditado à Lei 34/87. Enriquecimento injustificado. 1 – O titular de cargo político ou de alto cargo público que durante o período do exercício de funções públicas ou nos três anos seguintes à cessação dessas funções, por si ou por interposta pessoa, singular ou coletiva adquirir, possuir ou detiver património incompatível com os seus rendimentos e bens declarados ou que devam ser declarados é punido com pena de prisão até 5 anos. [...].

⁷⁴⁷ Eis a parcial redação dos crimes nos termos do Decreto nº 37/XII: Artigo 335.º-A, aditado ao Código Penal. Enriquecimento ilícito. 1 - Quem por si ou por interposta pessoa, singular ou coletiva, adquirir, possuir ou detiver património, sem origem lícita determinada, incompatível com os seus rendimentos e bens legítimos é punido com pena de prisão até três anos, se pena mais grave não lhe couber por força de outra disposição legal [...]; Artigo 386.º, aditado ao Código Penal. Enriquecimento ilícito por funcionário. 1 - O funcionário que, durante o período do exercício de funções públicas ou nos três anos seguintes à cessação dessas funções, por si ou por interposta pessoa, singular ou coletiva, adquirir, possuir ou detiver património, sem origem lícita determinada, incompatível com os seus rendimentos e bens legítimos é punido com pena de prisão de um a cinco anos, se pena mais grave não lhe couber por força de outra disposição legal [...].

⁷⁴⁸ Tribunal Constitucional Português, processo nº 182/2012, Acórdão nº 179/2012, Relator Senhor Conselheiro José da Cunha Barbosa, por maioria, publicado em 19-04-2012. O inteiro teor pode ser obtido em <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120179.html>>.

2012, o que, contudo, exigia a superação das deficiências apontadas pelo Tribunal Constitucional.

Para tanto, uma das medidas tomadas foi a de expressamente declinar os motivos que conduziram a Assembleia da República à criação do referido delito, bem como a de elencar os bens jurídicos cuja proteção se intencionava. Nesse sentido, afirmou-se que as condutas criminalizadas atentavam contra "a confiança nas instituições e no mercado, a transparência, a probidade, a idoneidade sobre a proveniência das fontes de rendimento e património, a equidade, a livre concorrência e a igualdade de oportunidades". Como se observa, diversamente do que ocorreu quando da deliberação de 2012, nesta o legislador, ciente das dificuldades que circunscreviam tal crime, preocupou-se em cumprir deveres de *justificação* e de *informação*.

Como bem se argumentou no voto condutor do Acórdão nº 377 de 2015, as considerações do legislador durante a exposição de motivos são de grande valia para fins de interpretação histórica⁷⁴⁹. Ademais, auxiliam na identificação da ponderação realizada, permitindo ao julgador verificar se o emprego da tutela penal era "indispensável [...] para a realização de um fim suficientemente valioso"⁷⁵⁰ e, portanto, constitucionalmente justificado. Uma ressalva, contudo, é necessária. Embora o legislador se empenhe em legitimar seu ato, declarando os supostos bens jurídicos protegidos e as razões da alteração normativa, será o Poder Judiciário que, metaforicamente, "homologará" essa manifestação, analisando se ela é coerente com o recorte que, ao final, foi dado ao tipo incriminador.⁷⁵¹

Nesse sentido, o Tribunal Constitucional português acabou decidindo que, apesar dos motivos legiferantes, não era possível derivar dos tipos penais analisados (crime comum e crime próprio de enriquecimento injustificado) uma eventual proteção de bens jurídicos. Portanto, mesmo tendo o legislador cumprido deveres de *dar razões* e de *informar* sobre o conteúdo da proposta legislativa, seu ato acabou não sendo constitucionalmente válido. Contudo, não há aqui qualquer incoerência. É preciso ter claro que o respeito a tais deveres não será capaz de, *por si só*, assegurar a validade do ato legislativo. O seu descumprimento, todavia, indubitavelmente o vulnerará frente ao controle constitucional.

Do exposto, é possível constatar que, ao se convocar a Assembleia da República a repensar a incriminação proposta, obteve-se um incremento da racionalidade *no modo de*

⁷⁴⁹ Tribunal Constitucional Português, processo nº 658/2015, Acórdão nº 377/2015, Relatora Senhora Conselheira Maria Lúcia Amaral, p. 8.

⁷⁵⁰ Tribunal Constitucional Português, processo nº 658/2015, Acórdão nº 377/2015, Relatora Senhora Conselheira Maria Lúcia Amaral, p. 12.

⁷⁵¹ Tribunal Constitucional Português, processo nº 658/2015, Acórdão nº 377/2015, Relatora Senhora Conselheira Maria Lúcia Amaral, p. 3.

condução do segundo processo legislativo em relação ao primeiro. O seu produto também não passou pelo crivo constitucional, é bem verdade. No entanto, parece inegável que o legislador, ao ter de apresentar publicamente justificações materiais a favor da sua decisão criminalizadora, tornou-se muito mais responsável por ela. Ademais, este último processo deliberativo, justamente por que mais transparente e acessível a terceiros do que o anterior, possibilitou uma discussão constitucional muito mais profunda e complexa no âmbito da Corte portuguesa.⁷⁵²

(c.2) *Grau de amparo das deliberações em estudos técnicos e em avaliações de impacto legislativo ex ante (revalorização dos experts)*

Desde o terceiro capítulo, vem-se argumentando que, no âmbito penal, as avaliações de impacto legislativo *ex ante* (prospectivas) acerca dos possíveis efeitos concretos de leis deveriam ser obrigatórias.⁷⁵³ Não se trata de mero capricho, mas de medida fundamental para o incremento da sempre modesta racionalidade da intervenção penal. Se ao Estado é vedado agir arbitrariamente, exige-se do Poder Legislativo, em paralelo, que as leis emitidas ostentem ao menos algum grau de adequação frente aos objetivos perseguidos (eficácia). Nesse contexto, os resultados de avaliações de impacto *ex ante* adquirem uma espécie de "força normativa" que limita o legislador na escolha dos meios de intervenção, na medida em que revelam a inocuidade manifesta e categórica de muitos deles.⁷⁵⁴

O recurso a tais instrumentos avaliativos, para além de permitir um incremento de racionalidade na tomada de decisão política, promove uma espécie de revalorização da academia ou dos "experts" no processo legislativo. Conforme referido no terceiro capítulo, o ideal é que eles sejam terceiros externos, selecionados, por exemplo, mediante editais para grupos de pesquisadores. Subsidiariamente, os próprios consultores legislativos poderiam realizar uma espécie simplificada de tal avaliação. Entretanto, quanto mais imparcial o exame, tanto melhor, de modo que a primeira hipótese se apresenta mais consentânea ao objetivo buscado.

De qualquer sorte, é preciso estar ciente de que mesmo avaliações de impacto realizadas pelos *experts* da academia (cientistas políticos, sociólogos etc.) ostentarão, em

⁷⁵² Não é outra a constatação de Marta Romero, para quem a justificação ou a motivação das decisões legislativas oferece uma ferramenta essencial à verificação da sua legitimidade pelos Tribunais (MORALES ROMERO, Marta Muñoz de. *El Legislador Penal Europeo: legitimidad y racionalidad*, op. cit., p. 577).

⁷⁵³ Para similar compreensão, consultar MORALES ROMERO, Marta Muñoz de. *El Legislador Penal Europeo: legitimidad y racionalidad*, op. cit., p. 587 ss.

⁷⁵⁴ DELLEY, Jean-Daniel. *Pensar a Lei. Introdução a um procedimento metódico*, op. cit., p. 136.

medida não insignificante, uma natureza política. Como bem adverte Engel, elas podem ser armas contra o oponente na arena legislativa.⁷⁵⁵ Por esse motivo, os referidos exames têm uma reduzida capacidade de racionalizar a decisão política, na medida em que também eles apresentam limitações de várias ordens (epistêmicas, democráticas, hermenêuticas).⁷⁵⁶ Tais condições não devem conduzir, todavia, a uma confortável resignação, mas apenas exigem uma responsável modéstia nas pretensões de racionalização do produto legislativo.⁷⁵⁷

Feitas tais advertências, retoma-se o argumento principal. Sabe-se, pois, que no contexto brasileiro as mencionadas avaliações de impacto são, no máximo, facultativas. Enquanto tal situação se mantiver, seria possível indicar consequências, no plano jurídico, decorrentes da sua ausência ou da sua presença em um dado processo legislativo? Sustenta-se que sim. No entanto, as eventuais repercussões não se materializarão imediatamente sob a forma de mandados, proibições ou permissões.

Em realidade, seus impactos serão de outra ordem, a saber: tal característica do processo legislativo deverá atuar como uma espécie de termômetro ou de indicador do seu grau de racionalidade. Logo, a ausência de tais estudos de impacto, se não suprida por outros instrumentos, acaba indicando uma elevada arbitrariedade na decisão legislativa.⁷⁵⁸ Tal conclusão, por sua vez, deverá ressoar tanto na presunção de constitucionalidade da lei, quanto na intensidade do controle de constitucionalidade exercível sobre ela. No primeiro caso, tem-se uma relação de direta proporção; no segundo, de inversa. Noutras palavras, quanto *menor* for a racionalidade do processo legislativo, tanto *menor* a presunção de constitucionalidade do seu produto e tanto *maior* o rigor no seu controle e vice-versa.

4.4.2.3.2 *Elemento indicativo 2: complexidade do contexto fático da matéria objeto da intervenção legislativa*

⁷⁵⁵ ENGEL, Christoph. The Constitutional Court – applying the proportionality principle – as a subsidiary authority for the assessment of political outcomes, op. cit., p. 7.

⁷⁵⁶ Sobre tais limitações, ver análise detalhada na seção 3.2.5 do capítulo 3 e, ainda, DELLEY, Jean-Daniel. Painel 5. Lei e políticas públicas: mecanismos de avaliação (conferência reduzida a termo), op. cit., p. 183; GAROUPA, Nuno. Regulatory Impact Assessment. Economic and Political dimensions, op. cit., pp. 205-6; MADER, Luzius. Legistic training and Education in Switzerland, op. cit., p. 47 e CARVALHO NETTO, Menelick de. Painel 3. A contribuição da Legística para uma política de legislação: concepções, métodos e técnicas (conferência reduzida a termo), op. cit., p. 103.

⁷⁵⁷ ENGEL, Christoph. The Constitutional Court – applying the proportionality principle – as a subsidiary authority for the assessment of political outcomes, op. cit., p. 11.

⁷⁵⁸ KEYAERTS, David. Interaction between *ex ante* evaluation and judicial review by EU courts. In: MADER, Luzius; MOLL, Chris (Coords.). *The Learning Legislator*. Proceedings of the Seventh Congress of the European Association of Legislation (EAL). Nomos: Baden-Baden, 2009, p. 116

As leis podem regular questões que ostentam *maior* ou *menor* grau de complexidade. Em certos casos, as decisões legislativas serão tomadas sobre matérias amplamente controversas, com base em conhecimentos científicos pouco seguros ou até contraditórios, de modo a incrementar – e muito – a dificuldade da deliberação. Ilustrativamente, pode-se mencionar discussões acerca da segurança de um novo modelo de energia nuclear, dos efeitos da liberação do consumo de drogas ilícitas, dos impactos da descriminalização da eutanásia ou do aborto etc.⁷⁵⁹ Nesse âmbito, a imprecisão inerente a qualquer prognose legislativa é potencializada pelo *complexo contexto fático* que cerca a matéria regulada. Torna-se, assim, praticamente inviável a emissão de juízos peremptórios acerca da sua efetiva (in)correção.

Como exemplo, lança-se mão, novamente, de caso levado ao Tribunal Constitucional alemão conhecido como *Kalkar I* (1978).⁷⁶⁰ O cerne da discussão dizia respeito a licenças concedidas para a instalação de um regenerador rápido em *Kalkar*, distrito da cidade de Kleve, no Estado de *Nordrhein-Westfalen*, e os possíveis riscos a direitos fundamentais contrapostos.⁷⁶¹ Na ocasião, afirmou-se que danos causados pela construção ou operação da usina não poderiam ser antecipados com grande segurança.

Segundo a lei alemã que disciplinava a sua instalação à época, poder-se-ia exigir, no máximo, que fossem tomadas as precauções necessárias, em conformidade com o conhecimento científico mais atual, para evitar danos a direitos fundamentais, dentre outras medidas.⁷⁶² O Tribunal Constitucional entendeu que os requisitos estipulados pelo legislador eram, em princípio, *suficientes* para controlar os riscos da utilização de energia nuclear. Todavia, admitiu que, no caso de desenvolvimentos fáticos não antecipáveis nem previsíveis, a Constituição poderia obrigar o legislador a rever a sua política – e sua prognose – à luz das mudanças verificadas, para investigar se a medida (e a prognose) *permanecia correta*.⁷⁶³

⁷⁵⁹ Consultar FLÜCKIGER, Alexandre. A obrigação jurisprudencial de avaliação legislativa: uma aplicação do princípio da precaução aos Direitos Fundamentais, op. cit., p. 14.

⁷⁶⁰ 49 BVerfGE 89, 1978. A íntegra da decisão pode ser encontrada, em língua alemã, em <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv049089.html>>. Excertos fundamentais do julgado estão comentados, em língua inglesa, em KOMMERS, Donald P.; MILLER, Russel A. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, op. cit., p. 177-82. Em língua portuguesa, ver SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*, op. cit., p. 859-65.

⁷⁶¹ KOMMERS, Donald P.; MILLER, Russel A. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, op. cit., p. 177 ss e SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*, op. cit., p. 859 ss.

⁷⁶² Trata-se do § 7 da Lei sobre o Uso Pacífico da Energia Nuclear e Proteção contra seus Riscos (*Gesetz über die friedliche Verwendung der Kernenergie und den Schutz gegen ihre Gefahren*), de 23 de dezembro de 1959. Os requisitos listados no artigo em questão podem ser encontrados, em língua portuguesa, em SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*, op. cit., p. 861.

⁷⁶³ KOMMERS, Donald P.; MILLER, Russel A. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, op. cit., p. 179 e SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*, op. cit., p. 860.

A situação concreta é, pois, a seguinte: de um lado, não se é capaz de afirmar, de antemão, a existência de erros *cabais* na prognose legislativa; de outro, subsistem *incertezas relevantes* sobre os efeitos concretos da lei. Como se observa, matérias de elevada complexidade, acima exemplificadas, dificultam intensamente a emissão de prognoses dotadas de razoável grau de precisão. O argumento exposto encontra síntese, pois, na seguinte assertiva: quanto mais complexo o contexto fático da matéria objeto da intervenção legal, mais incertos os seus efeitos sobre direitos fundamentais e menos confiável a prognose legislativa. Trata-se, todavia, de insegurança não evitável, nem imputável ao legislador, característica que repercutirá na intensidade do seu controle constitucional, como será a seguir argumentado.

4.4.2.4 Resultados à luz da proporcionalidade

Todos os elementos indicativos da *confiabilidade da prognose* – *a.* grau de racionalidade do processo legislativo e *b.* nível de complexidade fática do objeto da intervenção – deverão ser utilizados pela Corte para informar o exame de proporcionalidade na sua variante *abstrata e a priori*.⁷⁶⁴ Considerando que os subcritérios de adequação e de necessidade demandam um recurso a bases empíricas, tais dados os tornarão consideravelmente mais seguros e menos especulativos, reforçando-os. No entanto, dentre todos os indicadores estudados, um merece, sem dúvida, especial atenção. Trata-se das avaliações *ex ante* (prospectivas) de impacto legislativo. E a razão é simples, ainda que por vezes ignorada: elas guardam semelhança estrutural com o juízo de proporcionalidade.⁷⁶⁵

Dentre as características que os aproximam, destacam-se os questionamentos acerca (i) de dados fáticos seguros a informar o juízo; (ii) da adequação da medida eleita pelo legislador em relação aos objetivos buscados; (iii) da existência de meios alternativos também eficazes; (iv) dos possíveis efeitos concretos das medidas sobre direitos fundamentais etc.⁷⁶⁶ De outro lado, uma importante diferença reside no fato de que, enquanto tais avaliações normalmente são feitas por cientistas políticos ou sociais, após determinação do próprio Poder

⁷⁶⁴ Sobre a distinção entre uma aplicação da proporcionalidade em abstrato e *a priori*, e uma aplicação em concreto e *a posteriori*, ver seção 2.4.2.1.1, alínea "a" do capítulo 2. Conferir ainda ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., pp. 210-11.

⁷⁶⁵ Conferir ENGEL, Christoph. *The Constitutional Court – applying the proportionality principle – as a subsidiary authority for the assessment of political outcomes*, op. cit., p. 3 ss e KEYAERTS, David. *Interaction between ex ante evaluation and judicial review by EU courts*, op. cit., p. 112.

⁷⁶⁶ ENGEL, Christoph. *The Constitutional Court – applying the proportionality principle – as a subsidiary authority for the assessment of political outcomes*, op. cit., p. 3-4 e KEYAERTS, David. *Interaction between ex ante evaluation and judicial review by EU courts*, op. cit., pp. 110-112.

Legislativo, já a análise da proporcionalidade cabe a magistrados no âmbito de processos judiciais instaurados por iniciativa necessariamente alheia.

Ainda assim, a proximidade do conteúdo normativo da proporcionalidade e das avaliações de impacto legislativo é suficiente para justificar a seguinte proposição: as Cortes Constitucionais implícita ou expressamente também avaliam os impactos das leis. Reputando-se verdadeira a assertiva e tendo-a por premissa, argumenta-se que duas poderão ser as situações concretamente verificadas. Primeiro caso: não foram realizados, durante o processo legislativo, exames de impacto legislativo *ex ante* (prospectivos) sobre os possíveis efeitos da lei. Nesse específico contexto, a proporcionalidade acabará atuando como um *instrumento de avaliação subsidiário*; a Corte, como uma *autoridade avaliadora subsidiária*⁷⁶⁷.

Em termos concretos, ela, mediante o manejo da proporcionalidade, poderá empreender *por si mesma* tal valoração, ainda que nos limites do instrumental jurídico disponível. Por certo não haverá perfeita coincidência entre uma avaliação feita por cientistas políticos e aquela empreendida pela Corte. Ainda assim, é possível conceber a intervenção da Corte, nessa hipótese, como a de um agente fronteiro, limítrofe, que intersecciona – mas não sobrepõe – o sistema político e o sistema jurídico.⁷⁶⁸

Segundo caso: houve avaliação *ex ante* durante o processo legislativo. Nessa circunstância, a Corte poderá valer-se dela para informar os juízos de adequação e de necessidade, ainda que a conclusão de tal instrumento não vincule obrigatoriamente o resultado da proporcionalidade.⁷⁶⁹ O caso *Afton Chemical*, analisado pela Corte de Justiça da União Europeia (*Court of Justice of the European Union*), pode bem ilustrar o ponto.⁷⁷⁰

Na ocasião, os postulantes valeram-se do resultado da avaliação *ex ante* de impacto legislativo para sustentar que a medida eleita pelo legislador europeu era desproporcional. Isso porque ele teria utilizado um dispositivo de natureza sancionatória, mesmo tendo a avaliação indicado sua baixa eficácia e sugerido a adoção de diversa medida. Como resposta, a Corte pontuou que tais estudos *não* seriam plenamente vinculantes em relação ao Poder

⁷⁶⁷ ENGEL, Christoph. The Constitutional Court – applying the proportionality principle – as a subsidiary authority for the assessment of political outcomes, op. cit., pp. 3 e 13 ss.

⁷⁶⁸ ENGEL, Christoph. The Constitutional Court – applying the proportionality principle – as a subsidiary authority for the assessment of political outcomes, op. cit., p. 16.

⁷⁶⁹ Nesse sentido, ver KEYAERTS, David. Interaction between *ex ante* evaluation and judicial review by EU courts, op. cit., p. 115.

⁷⁷⁰ Trata-se do caso C-343/09, julgado em 08-10-2010, no qual a empresa *Afton Chemical Limited*, uma das maiores do ramo, discutia o conteúdo do art. 1º, n.º 8, da Diretiva 2009/30 do Parlamento Europeu e do Conselho, a qual introduziu limites rígidos à introdução de tricarbonilo metilciclopentadienil de manganês (MMT) em combustíveis, bem como obrigou que sua presença em aditivos seja expressamente advertida no respectivo rótulo. O inteiro teor da decisão está disponível em <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-343/09>>.

Legislativo, antes o orientando do que lhe obrigando a algo. É inegável, contudo, que a sua consideração no processo decisório fortalece a presunção de constitucionalidade do produto legislativo.

Frente ao exposto, verifica-se, de um lado, a relevância das avaliações de impacto legislativo para ressignificar o controle constitucional e, de outro, a importância do papel da proporcionalidade e da Corte Constitucional na atribuição de um maior "impacto" *jurídico* a avaliações dessa natureza. E quanto aos demais elementos indicativos anteriormente trabalhados? Também eles influenciarão significativamente tal controle? A resposta é positiva. Além de informar os subcritérios da proporcionalidade, eles, da mesma forma, impactam a intensidade do exame constitucional.

O estudo detalhado de sua influência, bem como das possíveis conclusões do controle constitucional *ex ante* aqui desenvolvido, é justamente o próximo campo de trabalho.

4.4.2.4.1 Declaração de inconstitucionalidade

Consoante já referido em diversas oportunidades ao longo deste escrito, o controle de constitucionalidade em *matéria penal* apresenta significativas peculiaridades. Dentre elas, merece destaque o sobressaliente *rigor* de tal juízo, cujo elevado cuidado serve para contrabalançar a contundente restrição a direitos fundamentais examinada. Trata-se de decorrência lógica da segunda Lei da Ponderação de Alexy: quanto mais intensa for a intervenção do Estado sobre direitos fundamentais, mais consistentes devem ser as premissas que a amparam.⁷⁷¹ Transpondo-a para o plano judicial, pode-se afirmar que, quanto mais intensa for a intervenção estatal sobre direitos fundamentais, mais rigoroso deve ser o seu controle constitucional.⁷⁷² Uma vez que o sistema penal é a manifestação mais invasiva do Estado, então também o seu controle constitucional ascende em exigência.

Contudo, mesmo no âmbito penal, tal juízo poderá ser ora *mais* rigoroso, ora *menos* rigoroso, ainda que sempre deva ser empreendido com suficiente cuidado. Nesse sentido, não basta que este estudo indique os *critérios* do controle, sendo fundamental também que

⁷⁷¹ Consoante afirma Alexy: "quanto mais intensa for a intervenção em um direito fundamental, tanto maior deve ser a *certeza* das premissas que sustentam a intervenção" (trad. nossa) (ALEXY, Robert. *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*. Traduzido por Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2004, p. 93). Tal Lei foi reformulada por Klatt e Meister, para os quais o crescimento da incerteza conduz, paralelamente, a uma redução na legitimidade da intervenção no princípio ou no direito contraposto (KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *The Constitutional Structure of Proportionality*, op. cit., pp. 81 ss e 110).

⁷⁷² KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *The Constitutional Structure of Proportionality*, op. cit., p. 145, nota de rodapé nº 96, MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Abstrato de Constitucionalidade: ADI, ADC e ADO*, op. cit., 2012, p. 275 e ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 218.

esclareça a *intensidade* com a qual ele deverá ser realizado. Fato é que idênticas normas poderão ser reputadas constitucionalmente válidas ou inválidas a depender de quão intenso seja o controle. Diante da relevância do ponto, as próximas linhas justamente dele se ocupam.

Em primeiro lugar, adverte-se que *exame forte* e *exame fraco* são modelos ideais. Não se apresentam, na prática, nem claramente separados, nem radicalmente contrapostos. No contexto do controle da realização de fins, mais adequado é trabalhar a partir de uma escala *gradual* de intensidade. Tal escala pode ser estruturada em três pilares fundamentais: (a) controle de baixa intensidade (evidência); (b) controle de média intensidade (justificabilidade) e (c) controle de alta intensidade (conteúdo).⁷⁷³ Enquanto "a" e "c" ocupam os extremos, já "b" se situa no meio, ou seja, numa zona fronteira, de transição entre menor e maior intensidade de controle.

O primeiro controle, de baixa intensidade, configura-se como um exame de *evidência* (*Evidenzkontrolle*). Noutros termos, confere-se uma ampla margem de apreciação ao legislador quanto aos juízos de adequação e de necessidade do emprego da tutela penal para a suficiente proteção de um bem jurídico relevante.⁷⁷⁴ É ele, pois, o competente para fixar as premissas fáticas e, a partir delas, emitir o prognóstico. Nesse contexto, caberá ao Poder Judiciário (i) verificar se há algum equívoco *evidente* – ou seja, ostensivo, categórico – nas premissas do legislador e (ii) analisar se das premissas decorrem, logicamente, as conclusões do legislador acerca da adequação e da necessidade da medida (exame da *justificação interna*).⁷⁷⁵

Por sua vez, o segundo controle, de média intensidade, caracteriza-se como um exame de *justificabilidade* (*Vertretbarkeit*)⁷⁷⁶. Nesta hipótese, o Poder Legislativo remanesce detentor de considerável margem de apreciação sobre a proporcionalidade do meio eleito (tutela penal). Contudo, o juiz não estará limitado à procura de equívocos manifestos (*evidentes*) nas premissas do legislador. Ele poderá ir além, investigando o *modo* como elas foram construídas, ou seja, se estão realmente amparadas em fatos concretos e em informações suficientemente sólidas e confiáveis, bem como em conhecimentos científicos

⁷⁷³ O modelo apresentado inspira-se naquele consagrado no âmbito do Tribunal Constitucional Federal alemão (BVerfG), especialmente após a decisão sobre a participação ou a cogestão dos trabalhadores nas empresas (*Mitbestimmungsurteil* – 1979, 50 BVerfGE 290, p. 333 ss).

⁷⁷⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Abstrato de Constitucionalidade: ADI, ADC e ADO*, op. cit., 2012, p. 276-77. Sobre controle de evidência, conferir também ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., pp. 213 e 217 ss.

⁷⁷⁵ KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *The Constitutional Structure of Proportionality*, op. cit., p. 141 ss. Sobre a distinção entre justificação interna e justificação externa, ver ainda ÁVILA, Humberto Bergmann. *Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico*, op. cit., p. 110 ss.

⁷⁷⁶ Consultar MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Abstrato de Constitucionalidade: ADI, ADC e ADO*, op. cit., 2012, p. 278 ss e ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 213 e 217 ss.

atuais e seguros acerca do tema.⁷⁷⁷ A questão é, pois, saber se o legislador exerceu sua liberdade de conformação de modo *justificável* e *sustentável* à luz de tais dados teóricos e fáticos.

Como se pode perceber, neste momento uma fronteira importante é ultrapassada. O controle não estará mais limitado à justificação interna, na medida em que fiscalizará a própria validade da construção das premissas (exame da *justificação externa*), isto é, irá "avaliar a avaliação" do legislativo.⁷⁷⁸ No entanto, esta investigação poderá ser, em certas situações, ainda mais rigorosa, momento em que se transmutará em um controle de alta intensidade, também chamado controle intensivo de conteúdo (*intensivierte inhaltliche Kontrolle*). Nesta hipótese, o julgador não apenas examinará a justificabilidade das premissas que ampararam a tomada de decisão, mas irá propriamente *substituí-las* por outras, desconsiderando, por vezes, as avaliações fáticas e teóricas do legislador⁷⁷⁹.

Têm-se, assim, os três grandes marcos na escala de intensidade do juízo de constitucionalidade de normas penais: (a) controle de evidência (fraca intensidade); (b) controle de justificabilidade (média intensidade) e (c) controle intensivo de conteúdo (alta intensidade). À luz das distinções empreendidas, deve-se reiterar a advertência que inaugurou esta seção: a intensidade do exame não será constante nem mesmo no exclusivo âmbito penal. Noutros termos, tais níveis de controle coexistirão, estando sempre disponíveis ao julgador. Se isso é correto, a tarefa subsequente é esclarecer quais critérios indicarão a intensidade *mínima* e *máxima* de controle que o Supremo Tribunal Federal deverá empreender em cada caso.

Nesse momento, é fundamental promover um frutífero diálogo entre algumas das categorias anteriormente estudadas, a saber: (a) nível de racionalidade do processo legislativo e (b) nível de complexidade fática da matéria objeto da prognose legislativa. Da conjugação do primeiro elemento ("a") com o problema da *intensidade do controle*, pode-se derivar a seguinte assertiva: quanto mais irracional for o processo legislativo, mais incertos serão os

⁷⁷⁷ Ver KEYAERTS, David. Interaction between *ex ante* evaluation and judicial review by EU courts, op. cit., pp. 112 e 116 e ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 218-19. Em sentido similar, a Corte de Justiça da União Europeia, no caso *Afton Chemical* (C-343/09), sustentou que as instâncias legislativas devem ser capazes de comprovar que a lei foi criada "mediante um exercício efectivo do seu poder de apreciação, o qual pressupõe a tomada em consideração de todos os elementos e circunstâncias pertinentes da situação que esse acto pretendeu regular". A decisão, em variados idiomas, está disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:62009CJ0343>>.

⁷⁷⁸ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 218. Ver também KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *The Constitutional Structure of Proportionality*, op. cit., p. 143.

⁷⁷⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Abstrato de Constitucionalidade: ADI, ADC e ADO*, op. cit., 2012, p. 283. Sobre os limites da fixação de premissas pelo Poder Judiciário, ver ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., pp. 217-219.

efeitos da inovação legal sobre direitos fundamentais, de modo a exigir um controle também *mais intenso* por parte de uma Corte Constitucional (no caso do Brasil, pelo Supremo Tribunal Federal). A elevação da intensidade do controle justifica-se na medida em que se considera que a insegurança da decisão e o risco ensejado a direitos fundamentais poderiam ser superados, porém o legislador não atuou para mitigá-los. Logo, quanto mais evitável a irracionalidade legislativa e maior o risco a direitos fundamentais, tanto mais legítimo um controle constitucional de *alta intensidade*.

De outro lado, também a complexidade fática da matéria da prognose ("b") influenciará significativamente a intensidade do juízo constitucional, mas em sentido diametralmente oposto. Sua ressonância pode ser assim formulada: quanto mais complexo for o contexto fático da matéria submetida à intervenção legal, mais incertos serão os seus efeitos sobre direitos fundamentais. No entanto, se no caso anterior isso conduziu a um controle constitucional intenso, aqui irá produzir o contrário. Ocorre que a insegurança constatada no juízo prognóstico desta vez não é imputável ao legislador, nem poderia ser por ele evitada. Portanto, a Corte não está autorizada a realizar um controle de alta intensidade *neste caso*. Noutros termos, em âmbitos naturalmente inseguros e de baixa controlabilidade, é o legislador o competente para fixar as premissas e para emitir prognoses, devendo o Judiciário limitar-se a um controle de *menor* intensidade.

Do cruzamento dos critérios acima elencados com os níveis de controle propostos são estabelecidas relações cuja síntese encontra, no quadro a seguir, sua forma mais didática:



Por fim, como ponto derradeiro desta seção, recorrer-se-á a um caso muito relevante – mas ainda dependente de definitiva decisão pelo Supremo Tribunal Federal – para concretamente ilustrar os níveis de intensidade de controle acima apresentados de modo apenas abstrato. Trata-se do Recurso Extraordinário (RE) nº 635.658, no qual se discute a constitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343/06 (criminalização do porte de drogas para

consumo pessoal).⁷⁸⁰ Em seu voto, o Relator, Ministro Gilmar Mendes, faz expressa alusão tanto ao problema do exame de prognoses e motivações do legislador no âmbito daquele Tribunal, quanto aos diversos níveis de intensidade do controle constitucional de normas penais.

Em relação à primeira questão, ele afirmou categoricamente que o Supremo deveria "inteirar-se dos diagnósticos e prognósticos realizados pelo legislador na concepção de determinada política criminal", a fim de "averiguar se o órgão legislativo utilizou-se de sua margem de ação de maneira justificada".⁷⁸¹ Quanto à segunda questão, encampou o tríplice modelo de intensidade de controle (evidência, justificabilidade e intensivo de conteúdo), com clara inspiração nas decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão.⁷⁸²

Após, ao aplicar o primeiro subcritério da proporcionalidade, qual seja, o exame de *adequação*, afirmou que um controle de mera evidência (*Evidenzkontrolle*) já seria suficiente a indicar a *inconstitucionalidade* do art. 28 da Lei de Drogas. Nesse sentido, pontuou que o Título III da lei em questão, setor em que se encontra a norma examinada, agrupa dispositivos atinentes a "atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas". Todavia, contraditoriamente a isso, as condutas descritas no art. 28 foram também definidas como *crime* pelo art. 33, no qual, por sua vez, está inserido o Título IV, setor relativo ao "tráfico de drogas".

Portanto, a política proibicionista adotada não seria condizente, segundo o Relator, com "a realização dos fins almejados no que diz respeito a usuários e dependentes, voltados à atenção à saúde e à reinserção social, circunstância a denotar clara incongruência em todo o sistema".⁷⁸³ Ao final, reconheceu a violação da proporcionalidade como *adequação*, uma vez que o descompasso entre a criminalização de condutas relativas ao consumo pessoal de drogas e os objetivos "expressamente estabelecidos pelo legislador em relação a usuários e dependentes, [...] *evidencia a clara inadequação da norma impugnada*"⁷⁸⁴ (grifo nosso).

Conquanto a análise até então realizada já indicasse o resultado final, o voto foi além, intensificando o exame de proporcionalidade, para questionar se a medida eleita era, de algum modo, justificável (*vertretbar*). Para tanto, o julgador regressou ao processo legislativo que aprovou a lei, a fim de verificar se, à luz das justificativas agregadas ao Projeto de Lei

⁷⁸⁰ O voto, na íntegra, está disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>>. Reitera-se que o caso ainda não foi julgado em definitivo pelo Supremo Tribunal Federal.

⁷⁸¹ Supremo Tribunal Federal, RE 635.659, Tribunal Pleno, voto do Relator Ministro Gilmar Mendes, p. 9.

⁷⁸² Supremo Tribunal Federal, RE 635.659, Tribunal Pleno, voto do Relator Ministro Gilmar Mendes, p. 7 ss.

⁷⁸³ Supremo Tribunal Federal, RE 635.659, Tribunal Pleno, voto do Relator Ministro Gilmar Mendes, pp. 16-17.

⁷⁸⁴ Supremo Tribunal Federal, RE 635.659, Tribunal Pleno, voto do Relator Ministro Gilmar Mendes, p. 21.

7.134/02, bem como dos dados e estudos disponíveis à época, a decisão pela incriminação do usuário era, de algum modo, sustentável.

Após atento exame da Justificativa, o voto constatou que nela inexistia "referência a dados técnicos quanto à correlação entre o porte para uso pessoal e a proteção aos bens jurídicos que se pretendeu tutelar". Pelo contrário, o próprio relatório teria concebido o usuário como *vulnerável*, como *vítima* do tráfico, a merecer, por tal razão, atenção à sua saúde e auxílio à reinserção social. Sendo assim, haveria uma "nítida contrariedade entre meios e fins"⁷⁸⁵ – a medida eleita (criminalização do porte para consumo pessoal) não seria adequada ao objetivo declaradamente perseguido pelo legislador (redução de danos ao usuário).

Finalmente, ao examinar a *necessidade* da criminalização, o Ministro Relator empreendeu um controle material ou de conteúdo (alta intensidade). Nesse contexto, afastou não apenas a premissa de que haveria bem jurídico tutelado pela criminalização do porte para consumo pessoal, mas também a ideia de que a tal incriminação "se justificaria em função da expansibilidade do perigo abstrato à saúde", negando, assim, que "a proteção da saúde coletiva dependeria da ausência de mercado para a traficância".⁷⁸⁶ Ponderou, ademais, que o uso de drogas é conduta cujo risco não ultrapassa a pessoa do usuário, bem como que a autolesão é criminalmente irrelevante.⁷⁸⁷ Ao final, concluiu pela *desnecessidade* da medida criminalizadora utilizada pelo legislador, reconhecendo a inconstitucionalidade plena do art. 28 da Lei de Drogas.

4.4.2.4.2 Declaração de constitucionalidade conjugada a dever de observar os efeitos concretos da lei penal

É possível que inconstitucionalidades não tenham sido verificadas nem à luz de um controle de maior intensidade, nem à luz de um de menor intensidade. Isso não conduz à conclusão de que a norma penal analisada deva ser simplesmente reputada constitucional. Em certos casos, pode uma Corte Constitucional reconhecer a sua validade, mas diagnosticar incertezas relevantes quanto aos seus efeitos concretos. Por tal razão, acaba impondo ao legislador um dever de *observar* ou de *vigiar* (*Beobachtungspflicht*) a sua aplicação, recolhendo e avaliando *periodicamente* seus impactos na realidade social.⁷⁸⁸ O Tribunal

⁷⁸⁵ Supremo Tribunal Federal, RE 635.659, Tribunal Pleno, voto do Relator Ministro Gilmar Mendes, p. 25.

⁷⁸⁶ Supremo Tribunal Federal, RE 635.659, Tribunal Pleno, voto do Relator Ministro Gilmar Mendes, p. 26.

⁷⁸⁷ Supremo Tribunal Federal, RE 635.659, Tribunal Pleno, voto do Relator Ministro Gilmar Mendes, pp. 36-37.

⁷⁸⁸ CHOI, Yooncheol. Die Pflicht des Gesetzgebers zur Beseitigung von Gesetzesmängeln. Universität Hamburg, Rechtswissenschaft, 2002, p. 69 ss. Disponível em <<http://ediss.sub.uni->

Constitucional alemão assim já determinou em diversas oportunidades.⁷⁸⁹ Uma delas será, a seguir, examinada de modo mais detalhado.

Faz-se importante ressaltar que, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, não se tem até o momento notícia do emprego de tal categoria dogmática em relação ao Poder Legislativo. Não se ignora tratar-se de construção “estrangeira”, cujo transplante e cuja recepção exigem, por tal motivo, redobrado cuidado. Apesar disso, sustenta-se não haver impedimento à emissão de deveres de *fiscalização* ou de *observação* da lei também pela Corte brasileira, nos mesmos termos desenvolvidos e consagrados pelo Tribunal Constitucional alemão. A ausência de previsão constitucional ou mesmo legal não parece configurar obstáculo relevante, na medida em que sequer no ordenamento alemão há norma que expressamente permita ao Tribunal fazê-lo.

É bem verdade que a Lei Fundamental de Bonn caracteriza-se justamente por não conter regras explícitas sobre quais deverão ser as espécies e os efeitos das decisões no âmbito do controle de constitucionalidade. Tal silêncio acaba inegavelmente conferindo uma significativa liberdade de "configuração judicial" à Corte alemã,⁷⁹⁰ o que explica (e em parte autoriza) certa "criatividade" decisória. A realidade jurídica brasileira é, contudo, *diversa*, na medida em que *aqui* a Constituição instituiu uma série de *regras* sobre as espécies e os tipos de decisão no campo do controle constitucional.⁷⁹¹ A ausência de paralelismo nesse tocante entre os dois ordenamentos não parece impedir, todavia, o recurso à mesma técnica também pelo Supremo Tribunal Federal. Entretanto, o seu emprego deverá ser feito com *redobrado cuidado* e sempre de modo *excepcional*.

Feito esse esclarecimento, procede-se à apresentação da *premissa*, do *fundamento* e do *requisito fático* que amparam a configuração e a imposição do referido dever, detalhando-o logo após. É o que se passa a realizar.

(a) *Premissa teórica para a configuração de um dever de observar os efeitos concretos da lei*

A ideia de que uma Corte Constitucional (ou um Tribunal com funções similares) possa impor ao legislador ordinário um dever de investigar/vigiar os efeitos de uma dada lei

hamburg.de/volltexte/2002/637/pdf/dissertation.pdf> e FLÜCKIGER, Alexandre. A obrigação jurisprudencial de avaliação legislativa: uma aplicação do princípio da precaução aos Direitos Fundamentais, op. cit., p. 15.

⁷⁸⁹ Para ilustrativa, citam-se as seguintes decisões do Tribunal Constitucional alemão: (a) 37 BVerfGE, 104 (1974) - Regime legal do *Bonus Malus* (*Bonus Malus Regelung*); (b) 43 BVerfGE, 291 (1977) - Decisão *numerus clausus II* (*Numerus-clausus-Urteil II*); (c) 88 BVerfGE, 203 (1993) - Interrupção da gravidez II (*Schwangerschaftsabbruch II*) e, finalmente, (d) 95 BVerfGE 267 (1997) - Dívidas antigas (*Altschulden*).

⁷⁹⁰ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria da Segurança Jurídica*, op. cit., p. 540.

⁷⁹¹ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria da Segurança Jurídica*, op. cit., p. 540.

penal ampara-se em uma *premissa básica*: o caráter parcialmente instrumental do Direito Penal.⁷⁹² A justificativa para a emissão de novos tipos penais reside, cada vez mais, no propósito de realizar ou de promover *prospectivamente* um estado de coisas futuro (tutela de bens jurídicos, prevenção especial, etc.). Tal premissa exige mudanças relevantes no plano do seu controle constitucional. Noutros termos, a constatação de um caráter prospectivo nas leis penais demanda, em paralelo, um juízo *dinâmico* de constitucionalidade. Um juízo, pois, compreendido não como um fato isolado, mas como um processo que se protraí no tempo.⁷⁹³

Instrumentalidade da lei e dinamicidade do juízo constitucional são as condições que possibilitam a uma dada lei penal, embora válida no momento do seu nascimento, futuramente se tornar inconstitucional.⁷⁹⁴ Nesse contexto, pode-se afirmar que tal lei não "é", mas "está" constitucional. A sua validade seria, pois, uma *qualidade* excepcionalmente alterável a partir da renovação do juízo de proporcionalidade à luz dos seus *efeitos concretos*. Fato é que o recolhimento e a análise de tais dados, como já referido, pode revelar que uma lei foi elaborada com base em prognósticos redondamente equivocados. Para exemplificar, uma intencionada promoção de princípios constitucionais e/ou direitos fundamentais pode ter sido extremamente mal sucedida. Uma restrição a direitos fundamentais contrapostos pode ter se apresentado em patamar muitíssimo superior ao inicialmente imaginado etc.

(b) Fundamento teórico para a imposição de um dever de observar os efeitos concretos da lei

Em relação à função judicante, o fundamento que ampara a possibilidade de expedir uma determinação de tal natureza reside, como acima explanado, na superação da ideia de que a constitucionalidade de uma dada lei penal deve ser avaliada apenas à luz das circunstâncias relevantes no momento da sua *elaboração*. Inconstitucionalidades supervenientes em razão de (i) alterações significativas em elementos fáticos ou de (ii) mudanças relevantes na interpretação do texto constitucional seriam, portanto, plenamente possíveis.⁷⁹⁵

Para o titular do dever, isto é, o Poder Legislativo, isso significa, paralelamente, que não basta apenas respeitar os limites constitucionais ao emitir a lei. A compreensão do juízo de constitucionalidade como um processo torna-o responsável por verificar e assegurar que as

⁷⁹² Ver seção 4.1.3.1 deste estudo.

⁷⁹³ Ver seção 4.2.3 deste estudo.

⁷⁹⁴ FLÜCKIGER, Alexandre. A obrigação jurisprudencial de avaliação legislativa: uma aplicação do princípio da precaução aos Direitos Fundamentais, op. cit., p. 16.

⁷⁹⁵ No ponto, consultar DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 92 e MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Abstrato de Constitucionalidade: ADI, ADC e ADO*, op. cit., p. 677.

leis emitidas *mantenham-se* constitucionais ao longo dos anos.⁷⁹⁶ Noutros termos, é sua tarefa evitar, na medida do possível, a ocorrência de inconstitucionalidades supervenientes.

(c) *Requisito fático para a configuração de um dever de observar os efeitos concretos da lei*

A possibilidade de impor ao legislador deveres de observar *periodicamente* a aplicação de uma lei penal pressupõe um contexto bastante específico. Ocorre que, em certos casos, mesmo já finalizado o processo legislativo e já estando em vigor a lei penal, *subsistem* incertezas relevantes acerca dos efeitos que serão por ela concretamente gerados. Significa dizer que, embora os prognósticos do legislador sejam plausíveis no momento da elaboração normativa, remanesce o risco de que se revelem equivocados com o transcurso do tempo, ameaçando os direitos fundamentais imbricados.

Tal "instabilidade", como já mencionado, normalmente é consequência da elevada complexidade fática da matéria objeto da intervenção legislativa.⁷⁹⁷ Ilustrativamente, podem ser mencionadas leis que criminalizam/descriminalizam o consumo de certas drogas ou a realização de eutanásia e de aborto etc.⁷⁹⁸ Os seus impactos são, em regra, alvo de grande controvérsia e incerteza, o que poderia vir a justificar a imposição de deveres de vigilância sobre os seus reais efeitos.

O exposto revela, pois, uma mudança fundamental na compreensão das potencialidades da lei e das responsabilidades do legislador. De um lado, admite-se que a lei não é mais capaz de dar uma solução *perene* a problemas complexos e em constante modificação. Nesse sentido, a evolução dos fatos e a constatação dos reais efeitos da lei podem conduzir, pois, a inconstitucionalidades supervenientes. De outro lado, se antes a publicação da nova lei era considerada a etapa *final* da atividade do legislador, hoje ela deve ser compreendida como uma etapa tão somente *inicial*.⁷⁹⁹ O seu papel e a sua responsabilidade não se encerram nesse ponto, senão que nele recomeçam, com reforçada intensidade.

⁷⁹⁶ FLÜCKIGER, Alexandre. A obrigação jurisprudencial de avaliação legislativa: uma aplicação do princípio da precaução aos Direitos Fundamentais, op. cit., p. 16. Ver também 88 BVerfGE, 203, p. 310 (1993).

⁷⁹⁷ Ver seção 4.4.2.3.2 deste estudo.

⁷⁹⁸ Consultar FLÜCKIGER, Alexandre. A obrigação jurisprudencial de avaliação legislativa: uma aplicação do princípio da precaução aos Direitos Fundamentais, op. cit., p. 14.

⁷⁹⁹ Nesse sentido, FLÜCKIGER, Alexandre. A obrigação jurisprudencial de avaliação legislativa: uma aplicação do princípio da precaução aos Direitos Fundamentais, op. cit., p. 20. Ver ainda TAVARES DE ALMEIDA, Marta. Painel 3. A contribuição da Legística para uma política de legislação: concepções, métodos e técnicas (conferência reduzida a termo), op. cit., p. 100.

(d) *Tempo e modo de cumprimento do dever de observar os efeitos concretos da lei*

O monitoramento do impacto da lei deve ser realizado periodicamente, ou seja, em intervalos regulares. Como regra, o Tribunal Constitucional alemão não fixa um prazo exato para que o Poder Legislativo cumpra o dever estabelecido, ofertando-lhe o tempo *razoável e adequado* às circunstâncias do caso.⁸⁰⁰ Não há dúvida, todavia, de que ele deverá fazê-lo *tão logo que possível (sobald als möglich)*.⁸⁰¹ Trata-se de solução adequada a preservar a separação dos poderes, evitando-se, assim, uma intromissão superlativa na autonomia do legislador. Quanto ao modo de execução de tal mandado, a elaboração de relatórios estatísticos com o emprego da metodologia típica das *avaliações de impacto legislativo retrospectivas (ex post)* seria uma forma adequada de realizar o monitoramento pretendido.⁸⁰²

Questão complexa diz respeito à inércia do legislador, dia após dia, frente a um dever de observar os efeitos da lei, estabelecido, em momento prévio, pelo Judiciário. No contexto do Tribunal Constitucional alemão, admite-se que a não fixação de prazos para o cumprimento do mandado pelo Poder Legislativo decorre tanto da incapacidade de fiscalizar sua execução, quanto da dificuldade de sancionar *juridicamente* seu descumprimento. Ademais, não se pode esquecer que se trata de norma reputada *constitucional*, ainda que seus efeitos concretos, dada a alta incerteza que os ronda, devam sofrer periódica investigação.

É claro que a observação e a avaliação de seus impactos poderiam minar *futuramente* a validade da lei (inconstitucionalidade superveniente) ou, ao menos, exigir que o legislador a repare (*Nachbesserungspflicht*) em razão de uma constitucionalidade *mitigada*.⁸⁰³ Todavia, fato é que, no momento da fixação do dever ora estudado, tais situações necessariamente não estão presentes. Do contrário, deveria o Tribunal ou nulificar a lei, se já houver inconstitucionalidade, ou determinar ao legislador que a corrija, se ela ainda for

⁸⁰⁰ CHOI, Yooncheol. Die Pflicht des Gesetzgebers zur Beseitigung von Gesetzesmängeln, op. cit., p. 74 e FLÜCKIGER, Alexandre. A obrigação jurisprudencial de avaliação legislativa: uma aplicação do princípio da precaução aos Direitos Fundamentais, op. cit., p. 15. Ilustrativamente, tal compreensão pode ser observada na decisão *Aborto II* ou *Interrupção da Gravidez II* (1993) do Tribunal Constitucional alemão (88 BVerfGE, 203, p. 310).

⁸⁰¹ 88 BVerfGE, 203, p. 309.

⁸⁰² Nesse sentido, ver CHOI, Yooncheol. Die Pflicht des Gesetzgebers zur Beseitigung von Gesetzesmängeln, op. cit., p. 74 e FLÜCKIGER, Alexandre. A obrigação jurisprudencial de avaliação legislativa: uma aplicação do princípio da precaução aos Direitos Fundamentais, op. cit., p. 15. Sobre avaliações de impacto legislativo retrospectivas, consultar MADER, Luzius. Evaluation of Legislation. Contribution to the quality of legislation, op. cit., item 3, do mesmo autor, Improving legislation by evaluating its effects: the Swiss experience, op. cit., p. 85 ss e, ainda, KARPEN, Ulrich. The evaluation of legislation, op. cit., p. 46 ss. O tema já foi examinado na seção 3.2.4.1 deste estudo.

⁸⁰³ No ponto, Flückiger refere, acertadamente, ser questão delicada a identificação do "momento a partir do qual se deve considerar que a lei infringe a Constituição" (FLÜCKIGER, Alexandre. A obrigação jurisprudencial de avaliação legislativa: uma aplicação do princípio da precaução aos Direitos Fundamentais, op. cit., p. 16).

constitucional, mas caminhar para uma inconstitucionalidade.⁸⁰⁴ Não poderia, por conseguinte, contentar-se apenas com o monitoramento periódico da sua aplicação na realidade social.

Sendo assim, na hipótese de não cumprimento do mandado anteriormente estabelecido, e retornando a questão à Corte, será preciso indagar, portanto, qual a situação *atual* da lei. Há inconstitucionalidade? Há necessidade de reparo em seus termos ou na forma de sua implementação (constitucionalidade mitigada)? Se a conclusão for a de que prosseguem *ausentes* tanto inconstitucionalidades quanto indícios de que a lei claramente demanda correções, restará ao Tribunal apenas declarar a mora do legislador, instigando-o a cumprir o dever de observação antes fixado. Se, mesmo após tal reiteração, o Parlamento insistir na desobediência, haverá invariavelmente perda de legitimidade, a possibilitar, no futuro, uma eventual responsabilização política.⁸⁰⁵

(e) A decisão Aborto II do Tribunal Constitucional Federal alemão (88 BVerfGE 203): um relevante exemplo da imposição de deveres de fiscalizar os efeitos concretos da lei

A adequada compreensão da decisão do Tribunal Constitucional alemão no caso Aborto II (*Schwangerschaftsabbruch II*, 88 BVerfGE, 203 – 1993) pressupõe a sua prévia contextualização político-social. No momento da reunificação alemã, verificou-se a existência de relevantes assimetrias no campo das políticas públicas e criminais, dentre as quais se destacava o tratamento jurídico conferido à interrupção da gravidez. Enquanto na ex-República Democrática alemã (leste) o aborto realizado até a décima segunda (12ª) semana era lícito, já na República Federal alemã (oeste), salvo raríssimas exceções legais (por razões médicas, por risco à saúde da gestante etc.), tal conduta configurava um ilícito penal independentemente do momento em que realizada.⁸⁰⁶ Esta e outras disparidades foram responsáveis pela inclusão, na Lei Fundamental de Bonn, do artigo 143 a partir da assinatura do Tratado da Reunificação.

Tal norma veio a permitir que cada parte da Alemanha mantivesse suas decisões no âmbito da política pública sempre que práticas muito diversas já estivessem *arraigadas* em

⁸⁰⁴ A questão da constitucionalidade mitigada e dos deveres de correção será melhor examinada a seguir.

⁸⁰⁵ KARPEN, Ulrich. *Gesetzgebungs-, Verwaltungs- und Rechtsprechungslehre*. Beiträge zur Entwicklung einer Regelungstheorie. Baden-Baden: Nomos, 1989, p. 39 e CHOI, Yooncheol. Die Pflicht des Gesetzgebers zur Beseitigung von Gesetzesmängeln, op. cit., p. 78.

⁸⁰⁶ Relevantes comentários sobre a decisão podem ser encontrados em KOMMERS, Donald P.; MILLER, Russel A. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, op. cit., p. 385-7 e SCHWABE, Jürgen. *Cinqüenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*, op. cit., p. 273-74.

cada um dos "lados". Era novamente o caso do aborto, o qual permaneceu, por certo período, sujeito a disciplinas legais bastante díspares. Essa peculiar situação, contudo, perduraria por 02 (dois) anos (até 31 de dezembro de 1992), período para que legislações fossem elaboradas no intuito de propor novos consensos. Em julho de 1992, ocorreu então a aprovação da Lei da Assistência à Gestante e à Família, a qual construía uma solução intermediária, conhecida como "modelo do aconselhamento".⁸⁰⁷

A ideia era substituir punição por suporte psicológico; repressão criminal por prevenção social. Nesse sentido, estabelecia-se um vasto conjunto de medidas de política pública no campo do controle de natalidade, educação, assistência social etc. Ademais, a lei em questão tornava penalmente *lícita* a interrupção da gravidez até a 12^a (décima segunda) semana, desde que realizada por um médico licenciado e somente após aconselhamento compulsório que seria oferecido pelo Estado às gestantes em conflito com a situação de gravidez.

Os parlamentares opositores a tal descriminalização submeteram a lei a controle de constitucionalidade em abstrato no âmbito do Tribunal Constitucional alemão. Na famosa decisão *Aborto II*, a Corte reiterou, em parte, o afirmado no caso *Aborto I* (39 BVerfGE 1 – 1975). Da necessária tutela da vida humana (inclusive intrauterina) decorreria, de um lado, uma proibição do aborto e, de outro, um dever de levar a gravidez até seu termo.⁸⁰⁸ Exigiu-se do Estado, portanto, que garantisse uma suficiente proteção ao direito à vida do nascituro, a qual não poderia, logicamente, ficar aquém de um *standard* mínimo (*Untermassverbot*)⁸⁰⁹.

Afirmou-se ainda que, com o intuito de promover tal tutela, o Estado poderia valer-se de variados meios, sendo o Direito Penal apenas mais um e, precisamente, o *último*. Em razão do seu alto grau de restrição a direitos fundamentais de liberdade, outras medidas *não penais* poderiam ser empregadas com primazia.⁸¹⁰ Em síntese, para a Corte alemã, o aborto, realizado em qualquer momento da gravidez, deveria permanecer penalmente ilícito, mas a sanção, em certos casos, poderia não ser aplicada. Por tal razão, foi considerada *nula* a regra que

⁸⁰⁷ KOMMERS, Donald P.; MILLER, Russel A. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, op. cit., p. 386 e SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*, op. cit., p. 274.

⁸⁰⁸ 88 BVerfGE, 203, p. 253 (1993). Eis o trecho do voto: "Das grundsätzliche Verbot des Schwangerschaftsabbruchs und die grundsätzliche Pflicht zum Austragen des Kindes sind zwei untrennbar verbundene Elemente des verfassungsrechtlich gebotenen Schutzes". Disponível em <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv088203.html>>.

⁸⁰⁹ 88 BVerfGE, 203, p. 254 ss (1993).

⁸¹⁰ 88 BVerfGE, 203, p. 258 (1993).

introduzia no Código Penal alemã uma causa de exclusão da ilicitude para abortos perpetrados até a 12ª (décima segunda) semana.⁸¹¹

Apesar disso, reconheceu-se que um refinado sistema de aconselhamento orientado à preservação da vida do feto e à dissuasão da mãe *poderia, sim, substituir a sanção penal* (ainda que não a *proibição penal*), desde que ensejasse uma proteção constitucionalmente adequada e suficiente à vida do nascituro.⁸¹² No entanto, o último ponto era, justamente, um dos mais controversos. Não havia dados seguros para afirmar que a medida a ser empregada em lugar da pena criminal geraria um nível suficiente de tutela à vida intrauterina. Nesse contexto, questionou-se: poderia o legislador introduzir mudanças tão relevantes, mas cujos impactos sobre direitos fundamentais não eram nada seguros? Sim, desde que ele investigasse, a seguir, os efeitos concretamente gerados pela inovação legal.

E aqui, finalmente, ingressa-se no ponto fundamental para o presente estudo: o dever de vigilância, monitoramento ou de observação (*Beobachtungspflicht*). Após longa digressão, o Tribunal rejeitou a validade da Lei da Assistência à Gestante e à Família, determinando ao Parlamento que aprovasse um novo estatuto seguindo as determinações principais da decisão *Aborto II*. Dentre tais exigências, destacou a necessidade de recolhimento de dados e de elaboração de estudos estatísticos sobre os impactos da lei na realidade social, medida até então menosprezada pelo legislador.

Ainda segundo tal Corte, a relevância dos direitos fundamentais envolvidos e as incertezas quanto aos efeitos da nova medida protetiva eleita (aconselhamento em lugar da punição criminal) demandam que o legislador "monitore" (*beobachtet*) seus impactos.⁸¹³ Esclareceu-se, ainda, que deveria fazê-lo em intervalos apropriados e no modo adequado, verificando se defeitos no projeto de proteção teorizado (na prognose) ou na sua execução prática iriam revelar eventual violação à proibição de infraproteção de direitos fundamentais.⁸¹⁴

⁸¹¹ Conferir KOMMERS, Donald P.; MILLER, Russel A. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, op. cit., p. 392 ss.

⁸¹² 88 BVerfGE, 203, p. 258 (1993). Conforme o Tribunal Constitucional alemão: "Sofern allerdings wegen verfassungsrechtlich ausreichender Schutzmaßnahmen anderer Art von einer Strafdrohung für nicht gerechtfertigte Schwangerschaftsabbrüche in begrenztem Umfang abgesehen werden darf, kann es auch genügen, das Verbot für diese Fallgruppe auf andere Weise in der Rechtsordnung unterhalb der Verfassung klar zum Ausdruck zu bringen". Disponível em <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv088203.html>>.

⁸¹³ 88 BVerfGE, 203, p. 310 (1993).

⁸¹⁴ 88 BVerfGE, 203, p. 310 (1993). Eis o trecho da decisão: "Er muß sich in angemessenen zeitlichen Abständen in geeigneter Weise - etwa durch periodisch zu erstattende Berichte der Regierung - vergewissern, ob das Gesetz die erwarteten Schutzwirkungen tatsächlich entfaltet oder ob sich Mängel des Konzepts oder seiner praktischen Durchführung offenbaren, die eine Verletzung des Untermaßverbots begründen [...]". Disponível em <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv088203.html>>.

É interessante perceber o detalhamento dado pela Corte ao dever de vigilância então dirigido ao legislador: ele precisaria assegurar que dados necessários à avaliação dos impactos da lei fossem recolhidos, organizados e estudados. Mas não só. Ela foi além, frisando que levantamentos sobre o número absoluto de abortos, sua relação com o número total da população, o número de mulheres em idade fértil e o de grávidas, a taxa de natimortos, a distribuição de abortos não puníveis nas diferentes bases jurídicas, dentre outros, seriam absolutamente "indispensáveis" (*unerlässlich*).⁸¹⁵

Como se pode constatar, o Tribunal Constitucional alemão, no caso Aborto II, ao impor deveres de fiscalização dos efeitos da norma penal, partiu da premissa de que a tarefa do Parlamento não se encerra com o término do processo legislativo. É claro que ele deve respeitar os limites da ordem constitucional quando da formulação das leis, mas apenas isso não basta. Ao legislador cabe, também, garantir que elas "permaneçam" (*bleiben*) em "harmonia" (*Übereinstimmung*) com a Constituição apesar do transcurso do tempo e das alterações fáticas e interpretativas dele decorrentes.⁸¹⁶

4.4.2.4.3 Declaração de constitucionalidade

Não estando presentes os requisitos necessários a configurar uma declaração *ou* de inconstitucionalidade, *ou* de constitucionalidade conjugada à expedição de deveres de monitorar ou fiscalizar os efeitos concretos da norma, então restará ao julgador reconhecer a sua plena *constitucionalidade*.

4.4.3 Controle *ex post* da realização de fins através das normas penais (ou exame da constitucionalidade dos efeitos concretos da norma penal)

4.4.3.1 Pressupostos do controle

⁸¹⁵ 88 BVerfGE, 203, pp. 310-11 (1993). Eis o excerto do julgado: "Die Beobachtungspflicht schließt ein, daß der Gesetzgeber im Rahmen seiner Kompetenz dafür sorgt, daß die für die Beurteilung der Wirkungen des Gesetzes notwendigen Daten planmäßig erhoben, gesammelt und ausgewertet werden. Verlässliche Statistiken mit hinreichender Aussagekraft, wie über die absolute Zahl der Schwangerschaftsabbrüche, über die relativen Quoten, die sich aus BVerfGE 88, 203 (310) BVerfGE 88, 203 (311) dem Verhältnis der Abbruchzahl zur Gesamtbevölkerung, zur Zahl der Frauen im gebärfähigen Alter, zur Zahl der Schwangerschaften oder der Lebend- und Totgeburten insgesamt errechnen, sowie über die Verteilung der nicht mit Strafe bedrohten Abbrüche auf die verschiedenen gesetzlichen Grundlagen, sind dazu unerlässlich".

⁸¹⁶ 88 BVerfGE, 203, p. 310 (1993). Eis o trecho da decisão: "Die Bindung des Gesetzgebers an die verfassungsmäßige Ordnung (Art. 20 Abs. 3 GG) erschöpft sich nämlich nicht in der Verpflichtung, bei Erlass eines Gesetzes die verfassungsrechtlichen Grenzen einzuhalten; sie umfaßt auch die Verantwortung dafür, daß die erlassenen Gesetze in Übereinstimmung mit dem Grundgesetz bleiben".

4.4.3.1.1 *Lei penal emitida no âmbito de liberdade de configuração do legislador*

O presente requisito, conquanto aqui vinculado ao controle *ex post*, apresenta sentido, conteúdo e funcionalidade idênticos àqueles referidos no âmbito do controle *ex ante*. Por tal razão, bem como para evitar repetições desnecessárias, remete-se o leitor à seção 4.4.2.1.1.

4.4.3.1.2 *Possibilidade de delimitação dos fins objetivados a partir da lei penal (identificabilidade do estado de coisas desejado)*

No ponto, constata-se igual situação àquela acima explicada. Também este requisito, embora aqui relacionado ao controle *ex post*, apresenta sentido, conteúdo e funcionalidade de enorme semelhança àqueles do controle *ex ante*. Por tal motivo, sugere-se ao leitor a retomada da seção 4.4.2.1.2. Há, todavia, uma única diferença significativa: a relevância do elemento *tempo* na realização dos controles.

Noutras palavras, no exame *ex ante* o decurso do tempo entre a emissão da lei e o seu controle é necessariamente muito reduzido, porque este, se realizado, deve sê-lo logo após o seu ingresso no ordenamento. Já no exame *ex post*, tal dilação temporal entre a vigência da lei e o seu controle constitucional sempre estará presente, seja em maior ou menor medida. A razão é simples: a análise dos efeitos concretos da lei na realidade social, pretendida por este último controle, pressupõe certo transcurso de tempo após seu ingresso no ordenamento, período no qual os reais impactos da norma ganham forma, tornando-se, por isso, aferíveis.

Ocorre que tal dilação temporal pode ensejar uma espécie de *enfraquecimento* ou mesmo de efetivo *descolamento* da intenção do legislador (estado de coisas desejado) frente à norma atualmente reconstruída e os seus correlatos fins. A título ilustrativo, a realidade socioeconômica na qual ela foi elaborada pode ter se alterado profundamente, ocasionando a plena erosão do sentido inicialmente atribuído ao texto normativo. Trata-se, entretanto, de situação excepcional, cuja constatação demandará uma cuidadosa avaliação caso a caso. De qualquer sorte, salienta-se que a questão da (difícil) identificação dos fins da lei à luz da intenção do legislador (interpretação genética), bem como o problema dos possíveis impactos do transcurso do tempo na realização de tal exame já foram analisados ao longo deste estudo. A sua retomada aqui, de modo intencionalmente breve, serve a evitar repetições desnecessárias, encontrando-se a discussão, na íntegra, na seção 2.2 (capítulo 2).

4.4.3.1.3 Cognoscibilidade dos efeitos concretamente gerados pela aplicação da norma penal (verificabilidade do estado de coisas obtido)

O presente controle somente poderá ser empreendido se os efeitos concretos provocados pela norma penal submetida a exame (i) estiverem já suficientemente conhecidos ou, ao menos, (ii) forem passíveis de aferição/verificação. Nesse contexto, a Corte enfrentará variadas situações. Em primeiro lugar, é possível que simplesmente não tenham sido realizadas avaliações de impacto legislativo *a posteriori* (retrospectivas) até o momento em que a norma foi submetida à sua apreciação.

Noutros termos, inexistem estudos estatísticos acerca dos efeitos concretos gerados pela referida legislação, sejam acadêmicos, sejam vinculados ao Poder Executivo ou ao Poder Legislativo. Nessa hipótese, a Corte poderia valer-se dos artigos 7º, §2º, e 9º, §1º, da Lei nº 9.868/99, recorrendo a peritos, realizando audiências públicas, ouvindo depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria, de modo a investigar os efeitos concretos da lei sob exame (ver seção 4.3.2).

Nos casos em que a lei em questão já foi examinada em controle de constitucionalidade *ex ante*, é possível que o Tribunal tenha reconhecido a sua validade, mas determinado que seus impactos fossem periodicamente observados. Nessa hipótese, ele poderá valer-se de tais informações para proceder a um juízo *ex post* sobre a constitucionalidade dos seus efeitos concretos na realidade social. Também é possível, todavia, que os demais Poderes não tenham cumprido a mencionada determinação de investigar os ditos efeitos, caso em que se voltaria à primeira hipótese apresentada, a qual demandaria idêntica solução (recurso aos artigos 7º, §2º, e 9º, §1º, da Lei nº 9.868/99).

Finalmente, é possível que avaliações de impacto legislativo *a posteriori* (retrospectivas) tenham sido *voluntariamente* empreendidas pelo Poder Executivo ou pelo Poder Legislativo, isto é, independentemente de qualquer determinação heterônoma. Nessa situação, o Tribunal poderia valer-se de tais informações para realizar o controle *ex post*. Contudo, a prática tem revelado que a elaboração de tais estudos, por iniciativa própria do Executivo ou do Legislativo, é algo ainda bastante raro na realidade brasileira. Não por acaso, durante a análise dos pressupostos do controle *ex ante*, argumentou-se que exames de impacto legislativo prospectivos (*a priori*) deveriam sempre ser realizados durante processos legislativos referentes a novas leis penais (ver seção 4.4.2.3.1 – c.2).⁸¹⁷

⁸¹⁷ Não se pode confundir *avaliações de impacto legislativo ex ante* (também chamadas *prospectivas* ou *a priori*) com o controle constitucional *ex ante* de realização de fins proposto neste estudo. Ainda que os termos

O mesmo, no entanto, não pode ser argumentado em relação a exames de impacto legislativo retrospectivos (*a posteriori*), isto é, aqueles que investigam os efeitos concretos da lei após certo decurso do tempo da sua entrada em vigor. A razão é simples: ainda que eles sejam fundamentais para a *racionalização* das decisões de criminalização,⁸¹⁸ trata-se de estudo muito mais complexo e trabalhoso do que aquele relativo a exames de impacto *prospectivos (a priori)*. Por isso, eles devem ser feitos apenas estrategicamente, à luz de critérios previamente estabelecidos. Indicá-los não é nem tarefa nem objetivo do presente estudo. Ainda assim, apontam-se, de forma incipiente e provisória, possíveis caminhos para o seu posterior desenvolvimento.

Duas características da nova lei penal poderiam servir de indicadores da imperiosidade de um exame de impacto legislativo retrospectivo (*a posteriori*), a ser realizado pelo Legislativo, Executivo ou mesmo por ambos.⁸¹⁹ São elas: (i) nível de possível restrição a direitos fundamentais e (ii) nível de insegurança e imprevisibilidade acerca dos seus efeitos concretos. O primeiro critério, dada sua generalidade, demanda maior precisão. Toda e qualquer lei penal criminalizadora restringe, de forma inarredável, direitos fundamentais de liberdade. Algumas o fazem, contudo, de modo mais intenso do que outras. Nesse contexto, sugere-se a utilização do seguinte marco para indicar quais tipos penais deveriam, após sua aprovação, ser submetidos a exame de impacto *retrospectivo*: aqueles cujo *quantum* de pena máxima cominado é igual ou superior a 8 (oito) anos de reclusão.

O critério sugerido decorre do sistema de execução de penas no Brasil, tal como fixado pelo art. 33 do Código Penal. Ocorre que, salvo exceções legais, os condenados a sanções superiores a 8 (oito) anos de reclusão deverão iniciar seu cumprimento em regime fechado. Logo, a criação de um novo delito com pena máxima igual ou superior a tal marco, bem como a elevação da pena máxima de delito já existente a tal patamar, indica que os

assemelhem-se, não há equivalência entre sentido, conteúdo normativo e funcionalidade de cada um. Tais avaliações forem devidamente estudadas no âmbito do capítulo 3, quando restaram assim conceituadas: "são aquelas realizadas durante o processo legislativo e, portanto, antes de a lei ingressar no ordenamento jurídico. Trata-se de exame que tem por objetivo antecipar, na medida do possível, os eventuais efeitos concretos que advirão da futura aplicação da lei na realidade social. Com tais informações, a escolha do legislador faz-se mais consciente, tornando-o politicamente mais responsável" (ver seção 3.2.4.1.1).

⁸¹⁸ Nesse sentido, conferir MORALES ROMERO, Marta Muñoz. *El Legislador Penal Europeu: legitimidad y racionalidad*, op. cit., p. 588 ss.

⁸¹⁹ Não se pode confundir *avaliações de impacto legislativo ex post* (também chamadas *retrospectivas* ou *a posteriori*) com o controle constitucional *ex post* de realização de fins proposto neste estudo. Ainda que os termos assemelhem-se, não há equivalência entre sentido, conteúdo normativo e funcionalidade de cada um. Tais avaliações foram devidamente estudadas no âmbito do capítulo 3, quando restaram assim conceituadas: "são aquelas realizadas quando a lei já está em pleno vigor ou, no caso de legislações com prazo de vigência determinado (como as chamadas *leis experimentais*), imediatamente antes ou após o término da sua eficácia jurídica. Trata-se de exame que tem por objetivo investigar, de forma razoavelmente precisa, quais são os reais efeitos concretos do ato legislativo. Com tais informações, tanto o legislador poderá *emendar* ou *corrigir* a lei quanto terá reforçados subsídios para *bem* elaborar novas legislações" (ver seção 3.2.4.1.2).

cidadãos futuramente condenados pela sua prática têm grande probabilidade de iniciarem o cumprimento da pena em regime fechado ou, no mínimo, semiaberto. Esse é o motivo para a defesa do critério acima especificado.

Trata-se, contudo, de uma razão em certo sentido *formal*, uma vez que baseada em um padrão numérico. Disso decorre a relevância do segundo critério, este sim *material*, o qual servirá, em especial, para eventualmente corrigir generalizações ensejadas pelo critério anterior. Noutras palavras, a pena máxima de um determinado delito pode não ser tão elevada, mas a insegurança/imprevisibilidade quanto aos seus efeitos concretos sim. Exemplificativamente, o crime de aborto, na maioria das suas subespécies, não comina penas máximas iguais ou superiores a 8 (oito) anos de reclusão.

Todavia, os possíveis efeitos concretos gerados – seja pela manutenção da sua criminalização, seja pela sua descriminalização – são objeto de grande controvérsia na realidade brasileira. Nesse hipotético caso, o segundo critério "corrige" o primeiro, indicando a necessidade de exames de impacto retrospectivos (*a posteriori*) também frente a delitos cuja pena máxima não preenche o requisito formal acima apresentado (8 anos). Por fim, salienta-se que tais critérios são aplicáveis tanto a normas penais criminalizadoras quanto descriminalizadoras. Neste caso, o primeiro exame deve ser realizado ao inverso, a fim de verificar se a conduta descriminalizada era anteriormente punida com pena máxima igual ou superior a 8 (oito) anos de reclusão.

4.4.3.2 Objeto do controle: constitucionalidade dos efeitos concretos da norma penal

Preenchidos os pressupostos necessários à promoção do controle *ex post* da realização de fins pelo Direito Penal, deve-se agora indicar o critério que o guiará. Sendo a *constitucionalidade dos efeitos concretos (estado de coisas) gerados pela norma penal* o objeto do exame, então se deve indagar se houve uma *suficiente* produção dos efeitos ambicionados, bem como uma *baixa* produção de efeitos indesejados. Para tanto, é preciso recorrer a parâmetros específicos, os quais serão aqui chamados de “elementos indicativos” ou “indicadores”.

Tais indicadores, por sua vez, servirão para avaliar os impactos concretos gerados pela aplicação da norma penal em questão, investigando-os sob três lógicas: (i) grau de descompasso entre restrição esperada a direitos fundamentais ou a princípios constitucionais contrapostos e restrição concretamente gerada; (ii) grau de descompasso entre realização esperada dos direitos fundamentais ou dos princípios constitucionais promovidos e realização

concretamente obtida e, finalmente, (iii) nível de inversão da proporção entre concreto grau de restrição e concreto grau de realização de direitos fundamentais (relação entre os elementos 1 e 2). Tais elementos, quando conjugados, permitirão avaliar se os efeitos concretos (estado de coisas) decorrentes da incidência da norma penal devem ser considerados, ou não, constitucionais.

4.4.3.3 Critério do controle: *suficiente* produção dos efeitos concretos ambicionados (lei eficaz) e *baixa* produção de efeitos indesejados

Antes de iniciar o exame dos elementos indicativos mencionados, duas advertências são fundamentais. A primeira delas diz respeito ao conteúdo semântico da expressão "*suficiente* produção dos efeitos concretos ambicionados". Consoante referido na abertura do capítulo, *efeitos concretos* (estados de coisas ou situações fáticas) são a materialização, a representação fática da ideia de *fim*. Sendo assim, a grande dificuldade reside justamente em precisar o sentido atribuído, nos limites deste estudo, ao adjetivo "suficiente". O ponto já foi examinado em detalhes na seção 3.2.4.2.2, mas as principais considerações merecem breve retomada.

Pode-se afirmar, sem maiores rodeios, que o patamar de suficiência localiza-se entre dois extremos: (i) eficácia plena e (ii) ineficácia absoluta da lei no fomento dos fins pretendidos.⁸²⁰ Contudo, dependendo do fim cuja realização é intencionada, sua posição em relação a tais limites irá variar, ora aproximando-se do limite mínimo, ora aproximando-se do limite máximo. E a razão é singela: "há fins e fins no Direito,"⁸²¹ de tal modo que alguns deles (i) são de muito mais difícil realização do que outros, (ii) são mais refratários à indução do seu atingimento por meio do Direito do que outros ou (iii) necessitam que a lei vigore por muito mais tempo para que sejam concretizados.⁸²²

Por conseguinte, considerar *suficiente* uma dada promoção de fins exige um juízo pautado em fatores como (i) dificuldades de atingimento inerentes a certos objetivos, (ii) incompatibilidade da promoção de certos fins pelo Direito, (iii) nível de investimento de recursos para o alcance do objetivo e (iv) tempo necessário e adequado para fazer tal exame.⁸²³ Assim sendo, não é sempre possível, *de antemão*, indicar o patamar de promoção ou fomento dos fins necessário a configurar uma situação de *suficiência*. Trata-se de *standard*

⁸²⁰ SUMMERS, Robert Samuel. *Instrumentalism and American Legal Theory*, op. cit., p. 240.

⁸²¹ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 206.

⁸²² SUMMERS, Robert Samuel. *Instrumentalism and American Legal Theory*, op. cit., pp. 241-2.

⁸²³ SUMMERS, Robert Samuel. *Instrumentalism and American Legal Theory*, op. cit., p. 243.

variável em função dos próprios objetivos ambicionados. Frente a fins de difícil persecução, um pequeno avanço pode significar muitíssimo e vice-versa.

Do exposto, podem ser extraídas as seguintes assertivas: será "eficaz" toda e qualquer lei que gere *suficientemente* os efeitos concretos pretendidos. O que poderá ser considerado como *suficiente*, entretanto, não é passível de padronização, pois variará à luz das peculiaridades de cada fim. Somente mediante juízos de valor será possível indicar o grau de fomento necessário para que uma lei possa ser considerada bem sucedida na persecução de seus objetivos.

Isso esclarecido, passa-se à segunda advertência. Esta, por sua vez, pretende destacar que os elementos indicativos abaixo analisados, os quais informam o presente critério de controle, são os mesmos utilizados no capítulo 3 para constatar, retrospectivamente (*a posteriori*), a ocorrência de erros de prognose do legislador. A coincidência ampara-se no seguinte raciocínio: quando se observa uma *insuficiente* produção dos efeitos esperados (lei *ineficaz*) e uma *alta* produção de efeitos indesejados está-se diante, em realidade, de um *erro de prognose* do legislador. Noutros termos, conquanto ele tenha considerado que o meio eleito (emissão de lei com determinado conteúdo) iria promover o fim objetivado (redução dos índices de reincidência criminal, por exemplo), seu raciocínio revelou-se, na prática, equivocado.

Aqui se encerram os apontamentos preliminares. Eles foram lançados com o intuito de melhor relacionar os conceitos já desenvolvidos neste estudo. O próximo passo é, pois, aclarar o conteúdo semântico dos três elementos indicadores já listados. Uma vez que, repita-se, eles já foram desenvolvidos em pormenores no capítulo três (seção 3.3.2.1.1), o trabalho a seguir empreendido limita-se à retomada dos seus pontos fundamentais.

4.4.3.3.1 Elemento indicativo 1: grau de descompasso entre restrição esperada a direitos fundamentais ou a princípios constitucionais contrapostos e restrição concretamente gerada

A lógica do presente critério reside na comparação entre *expectativa* do legislador e *realidade observada*, isto é, entre efeitos *esperados* e efeitos concretamente *gerados* em termos de *restrição* a direitos fundamentais. É importante advertir, desde logo, que a diferença encontrada somente será importante quando for *negativa*, ou seja, quando significar uma restrição *superior* àquela antevista. Noutros termos, apenas fará sentido falar em "desnível" entre efeitos esperados e efeitos obtidos se o estado de coisas gerado for *pior*, do ponto de vista constitucional, do que aquele ambicionado pelo legislador. Nesse sentido, caso

a intensidade do descompasso seja tal, a ponto de significar a afetação do núcleo essencial dos direitos fundamentais contrapostos, haverá inconstitucionalidade da lei decorrente da violação ao postulado da *proibição do excesso*.⁸²⁴

4.4.3.3.2 Elemento indicativo 2: grau de descompasso entre realização esperada dos direitos fundamentais ou dos princípios constitucionais promovidos e realização concretamente obtida

A lógica do presente critério é semelhante à do anterior, mas inversa. Nesta hipótese, compara-se o grau de promoção a direitos fundamentais *previsto* com aquele *realmente obtido*. Novamente, o desnível entre expectativa e realidade somente será relevante caso represente uma situação *menos constitucional* ou (o que é o mesmo) um estado de coisas *constitucionalmente pior*. A inconsistência no juízo do legislador acerca da adequação da medida eleita será superlativa sempre que significar um fomento tão pífio do direito fundamental supostamente promovido que fique aquém do mínimo exigido pela Constituição (*proibição de insuficiência*).⁸²⁵ O descompasso entre efeitos esperados e efeitos obtidos será, nesta hipótese, *inconstitucional*.

4.4.3.3.3 Elemento indicativo 3: nível de inversão da relação/proporção entre concreto grau de restrição e concreto grau de realização de direitos fundamentais (conjugação dos elementos 1 e 2)

O critério utilizado no presente controle tem uma natureza dúplice: não basta verificar se a lei foi *eficaz*, isto é, se houve a suficiente produção dos efeitos ambicionados. É preciso também identificar os efeitos *colaterais* concretamente gerados. Mais ainda: deve-se relacioná-los, indagando se os benefícios gerados (a promoção de fins constitucionais) justificam as restrições a direitos fundamentais ocasionadas. O juízo em questão é bastante conhecido: trata-se do último subcritério da proporcionalidade, também chamado de *proporcionalidade em sentido estrito*.

⁸²⁴ Tal postulado já foi analisado no segundo capítulo (seção 2.4.2.1.2). Sobre o tema, ver ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 188 e ADAMY, Pedro Guilherme Augustin. *Renúncia a Direito Fundamental*, op. cit., pp. 182-5.

⁸²⁵ Sobre tal postulado, conferir, na doutrina portuguesa, REIS NOVAIS, Jorge. *As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, op. cit., p. 89; na doutrina alemã, CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*, op. cit., pp. 59-60 e na doutrina brasileira, ÁVILA, Humberto Bergmann. *Confissão cria tributo? Apontamentos sobre a disponibilidade do contribuinte sobre direitos fundamentais*, op. cit., p. 186.

Tal exame sempre deve ser realizado pelo legislador quando da feitura da lei. Nesse momento, todavia, o juízo é apenas *hipotético, prognóstico*, por não ser possível antecipar, com segurança, qual intensidade de restrição e qual intensidade de promoção a direitos fundamentais será, de fato, gerada pela inovação legislativa. Na medida em que amparada em premissas *provisórias*, a conclusão também é, em certo sentido, *precária*. Contudo, uma vez conhecidos os reais efeitos concretos da lei, isto é, a efetiva promoção e a efetiva restrição a direitos fundamentais, torna-se imperioso *renovar o exame de proporcionalidade estrito sensu*.

A razão é simples: tais dados poderão conduzir o juízo a resultados amplamente diversos. Ilustrativamente, pode-se imaginar ter o legislador considerado a importância da promoção do fim suficiente para justificar a intensidade da restrição paralelamente gerada a direitos fundamentais contrapostos. Caso se verifique que, na prática, o fomento ao direito envolvido ocorreu em patamar muito inferior ao esperado, enquanto a restrição em nível muito superior à imaginada, haverá uma *reviravolta* no resultado do juízo de proporcionalidade. É bastante provável que o grau de promoção obtido *não mais justifique* a intensidade de afetação gerada, tornando a medida *desproporcional* e, logo, inconstitucional.

4.4.3.4 Resultados à luz da proporcionalidade

Conforme referido, todos os elementos indicativos da *suficiente* produção dos efeitos concretos ambicionados (lei eficaz) e da *baixa* produção de efeitos indesejados deverão ser utilizados pela Corte para informar o exame de proporcionalidade na sua variante *a posteriori* (retrospectiva) e concreta.⁸²⁶ Os possíveis resultados desse juízo serão, a seguir, analisados.

4.4.3.4.1 Declaração de inconstitucionalidade

Consoante referido durante o exame do ponto 4.4.2.4.1 (declaração de inconstitucionalidade no controle *ex ante*), o controle de constitucionalidade em *matéria penal* pode ser realizado em *diferentes intensidades*. Nesse sentido, não basta apenas indicar os seus *critérios*, sendo fundamental também esclarecer o *nível* com que ele deverá ser realizado. Fato é que idênticas normas poderão ser reputadas constitucionalmente válidas ou

⁸²⁶ Sobre a distinção entre uma aplicação da proporcionalidade em abstrato e *a priori*, e uma aplicação em concreto e *a posteriori*, ver seção 2.4.2.1.1, alínea "a" do capítulo 2. Conferir ainda ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., pp. 210-11.

inválidas a depender de quão intenso seja o controle. Diante da relevância do ponto, as próximas linhas justamente dele se ocupam.

O controle *ex post*, tal como proposto neste estudo, caracteriza-se por recorrer a dados empíricos acerca dos *efeitos concretos* da norma penal objeto do exame de constitucionalidade. Tanto é assim que um dos pressupostos para sua realização, como antes sustentado, é a própria verificabilidade do estado de coisas faticamente gerado (seção 4.4.3.1.3). Ocorre que uma investigação dessa natureza é tarefa altamente complexa. A pretensão de fazê-la de forma inequívoca é inatingível, na medida em que estudos sobre relações de causa-efeito no âmbito da realidade social serão sempre *aproximativos*. Nesse sentido, bem adverte Jean-Daniel Delley sobre a quase "impossibilidade, na observação empírica [...], de isolar uma lei ou uma política pública do seu contexto. Os efeitos que observo são os efeitos de determinada lei em relação a leis preexistentes".⁸²⁷

Esta e outras dificuldades próprias às tentativas de incremento da racionalidade de exames de impacto legislativo já foram estudadas, com maior atenção, no capítulo 3 (seção 3.2.5 – "Limites do exame"). A sua proposição retomada nesta altura do estudo justifica-se na medida em que os limites apontados influenciarão a *intensidade* desta espécie de controle constitucional. Nesse sentido, é preciso admitir que os elementos indicativos acima listados, pelo seu elevado conteúdo empírico, somente poderão ser investigados de forma *aproximativa*. Como exemplo, dificilmente se conseguiria verificar, com plena exatidão, a relação entre o número de abortos clandestinos realizados na vigência da norma "x" e o número de abortos clandestinos realizados na vigência da norma "y". Trata-se, no entanto, de dado fundamental para avaliar *retrospectivamente (a posteriori)* a adequação e a necessidade da norma "y" para fins de prevenção.

Tais imprecisões, embora não inviabilizem o controle *ex post* proposto, exigem que sua intensidade seja *fraca*. Demandam, pois, um controle apenas de *evidência (Evidenzkontrolle)*, não sendo recomendável o avanço às modalidades subsequentes (isto é, controle de justificabilidade e controle intensivo de conteúdo).⁸²⁸ Nesse contexto, caberá ao Poder Judiciário verificar, à luz dos dados fáticos coletados sobre os efeitos concretos da norma, se há algum equívoco *evidente* (i) no juízo de adequação da medida eleita para a promoção do fim (estado de coisas) ambicionado; (ii) no juízo de necessidade, indagando se o meio utilizado realmente se mostrou, na prática, o menos restritivo dentre os igualmente

⁸²⁷ DELLEY, Jean-Daniel. Painel 5. Lei e políticas públicas: mecanismos de avaliação (conferência reduzida a termo), op. cit., p. 183.

⁸²⁸ Sobre os controles de evidência, justificabilidade e intensivo de conteúdo, ver seção 4.4.2.4.1.

eficazes e, (iii) no juízo de proporcionalidade *stricto sensu*, questionando se é possível *reafirmar* que a importância da promoção do fim justifica o grau de restrição *concretamente* verificado em direitos fundamentais e/ou princípios constitucionais contrapostos.

4.4.3.4.2 Declaração de constitucionalidade "mitigada" ou "imperfeita": dever de retificar ou corrigir a lei penal

É possível que inconstitucionalidades não tenham sido verificadas nem à luz de um controle de maior intensidade, nem à luz de um de menor intensidade. Isso não conduz à conclusão de que a norma penal em análise deva ser simplesmente reputada constitucional. Em certos casos, uma Corte Constitucional pode reconhecer a sua validade da forma apenas *mitigada*, em razão de uma constitucionalidade *imperfeita* decorrente da constatação de um *erro* no prognóstico do legislador quanto aos efeitos concretos da lei sobre direitos fundamentais promovidos e/ou restringidos. A lei é constitucional *hoje*, mas poderá não sê-lo em um futuro breve. A lei é, pois, *ainda* constitucional, mas passa por um claro processo de *inconstitucionalização*. Em razão disso, a Corte impõe ao legislador um dever de *corrigir ou reparar* (*Nachbesserungspflicht*) a lei submetida a julgamento.⁸²⁹

O Tribunal Constitucional alemão já abordou a questão em diversas oportunidades.⁸³⁰ Algumas serão, a seguir, examinadas em pormenores. Também o Supremo Tribunal Federal, em relevante precedente, já reconheceu hipótese na qual norma do Código de Processo Penal (art. 68 – ação *ex delicto*) estaria sofrendo uma “inconstitucionalidade progressiva”.⁸³¹ A norma em questão era *anterior* à ordem constitucional e, em razão disso, havia tornado-se incompatível com ela. Contudo, uma imediata declaração de inconstitucionalidade geraria situação ainda mais prejudicial aos direitos fundamentais envolvidos. Por tal motivo, estendeu-se a sua vigência enquanto a Defensoria Pública não estivesse em condições de

⁸²⁹ CHOI, Yooncheol. Die Pflicht des Gesetzgebers zur Beseitigung von Gesetzesmängeln, op. cit. p. 79 ss, FLÜCKIGER, Alexandre. A obrigação jurisprudencial de avaliação legislativa: uma aplicação do princípio da precaução aos Direitos Fundamentais, op. cit., p. 15 e SCHLAICH, Klaus. Das Bundesverfassungsgericht: Stellung, Verfahren, Entscheidungen. 7. ed. Munique: C. H, Beck, 2007, p. 238.

⁸³⁰ Ilustrativamente, conferir (a) 56 BVerfGE, 54 (1981) - Decisão sobre *ruído de avião* (*Fluglärm*) e (b) 65 BVerfGE, 1 (1983) - Decisão sobre *censo populacional* (*Volkszählung*). Esclarece-se que o Tribunal Constitucional Federal alemão utiliza variadas expressões, de forma um tanto quanto indistinta, para nominar a necessidade de *retificação, correção, adaptação ou emenda* da lei, a saber *Nachbesserungspflicht, Korrekturpflicht, Anpassungspflicht e Verbesserungspflicht* etc.

⁸³¹ STF, RE 135.328, Rel. Ministro Marco Aurélio Mello, Tribunal Pleno, unânime, public. no DJ em 20.04.2001). Sobre a questão da inconstitucionalidade progressiva e o Direito brasileiro, ver MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Abstrato de Constitucionalidade: ADI, ADC e ADO*, op. cit., 2012, p. 552 ss.

assumir a competência constitucionalmente fixada. Até lá, o Ministério Público, nos termos do art. 68 do Código de Processo Penal, permaneceria legitimado a tanto.

Ressalta-se que o julgado acima narrado não encontra perfeita simetria com a categoria dogmática “estrangeira” ora estudada (constitucionalidade mitigada, processo de inconstitucionalização e deveres de correção da lei). Muito embora o Supremo Tribunal Federal tenha se valido da noção de *inconstitucionalidade progressiva*, o caso mais se aproxima daquilo que o Tribunal Constitucional alemão denomina de *declaração de incompatibilidade (Unvereinbarkeitserklärung)*. Nesta hipótese, a Corte *deixa* emitir uma declaração de inconstitucionalidade da lei (*Verfassungswidrigkeitserklärung*), ainda que tenha constatado uma violação à Constituição. A justificativa para tal excepcional medida está na percepção de que a supressão *ex tunc* de seus efeitos, ordinariamente ensejada pela declaração de nulidade, além de não *resgatar* o estado de constitucionalidade, gerará restrição ainda mais grave aos direitos fundamentais envolvidos.⁸³²

Como se constata, aproximações entre ordenamentos jurídicos díspares devem sempre ser conduzidas com parcimônia. Ademais, somente é viável transplantar uma determinada construção jurídica de um sistema a outro quando não houver incompatibilidade a ensejar rejeição. Esse parece ser o caso dos deveres de retificação ou de correção da lei pelo legislador. Não se verificam impedimentos à sua fixação, pelo Supremo Tribunal Federal, nos exatos termos desenvolvidos e consagrados pelo Tribunal Constitucional alemão. Mesmo a ausência de sua previsão no direito brasileiro não parece configurar obstáculo relevante, na medida em que sequer no ordenamento alemão há norma que expressamente permita ao Tribunal fazê-lo.

É bem verdade, como já advertido, que a Lei Fundamental de Bonn caracteriza-se justamente por não conter regras explícitas sobre quais deverão ser as espécies e os efeitos das decisões no âmbito do controle de constitucionalidade. Tal silêncio acaba inegavelmente conferindo uma significativa liberdade de "configuração judicial" à Corte alemã,⁸³³ o que explica (e em parte autoriza) certa "criatividade" decisória. A realidade jurídica brasileira é, contudo, *diversa*, porque aqui a Constituição instituiu uma série de *regras* sobre as espécies e os tipos de decisão no campo do controle constitucional⁸³⁴. A ausência de paralelismo entre os dois ordenamentos não impede, reitera-se, o recurso à mesma técnica decisória também pelo

⁸³² Sobre os pressupostos para uma declaração de incompatibilidade (*Unvereinbarkeitserklärung*), consultar ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria da Segurança Jurídica*, op. cit., p. 518 ss.

⁸³³ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria da Segurança Jurídica*, op. cit., p. 540.

⁸³⁴ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria da Segurança Jurídica*, op. cit., p. 540.

Supremo Tribunal Federal. Entretanto, o seu emprego deverá ser feito com *redobrado cuidado* e sempre de *modo excepcional*.

Feito esse esclarecimento, procede-se à apresentação da *premissa teórica*, do *fundamento teórico* e do *requisito fático* que amparam a configuração e a imposição do referido dever, detalhando-o logo após. É o que se passa a realizar.

(a) *Premissa e fundamento teóricos para a configuração de um dever de retificar a lei*

A premissa e o fundamento teóricos que amparam a configuração de um dever de retificar a lei são coincidentes com aqueles desenvolvidos durante o exame do dever de observar os efeitos concretos da lei (*Beobachtungspflicht*). Por tal razão, bem como para evitar repetições desnecessárias, recomenda-se ao leitor a retomada da seção 4.4.2.4.2.

(b) *Requisito fático para a configuração de um dever de retificar a lei: provável inconstitucionalidade futura antevista*

A possibilidade de impor-se ao legislador deveres de retificação de uma norma penal pressupõe um contexto bastante específico. Trata-se do peculiar caso em que uma norma é reputada *constitucional*, mas de modo *imperfeito* ou *mitigado*. Noutros termos, apesar de reconhecer sua validade, afirma-se, ao mesmo tempo, que os *seus efeitos concretos, devidamente investigados* ou de algum modo *acessíveis*,⁸³⁵ indicam um relevante erro de prognose do legislador. Na prática, a lei tanto não promoveu direitos fundamentais na medida esperada, quanto restringiu aqueles contrapostos em grau superior ao imaginado. Em razão de tal equívoco, surge um ameaçador risco de que ela, embora *hoje* constitucional, torne-se, num futuro próximo, *inconstitucional*.⁸³⁶

Como se pode perceber, o dever de retificar a lei tem como efeito principal a *proteção* e a *tutela* dos direitos fundamentais contra falhas prognósticas do legislador.⁸³⁷ Nesse contexto, torna-se clara a fundamental vinculação lógico-funcional existente entre as seguintes categorias, todas trabalhadas neste estudo: prognose do legislador, promoção de fins por normas penais (obtenção de determinados estados fáticos, como a tutela de bens

⁸³⁵ Ver seção 4.4.3.1.3 deste estudo sobre a cognoscibilidade dos efeitos gerados pela aplicação da norma (verificabilidade do estado de coisas obtido) como um pressuposto para o controle *ex post* de realização de fins.

⁸³⁶ CHOI, Yooncheol. Die Pflicht des Gesetzgebers zur Beseitigung von Gesetzesmängeln, op. cit. p. 89.

⁸³⁷ Nesse sentido, BADURA, Peter. Die verfassungsrechtliche Pflicht des Gesetzgebenden Parlaments zur "Nachbesserung" von Gesetzen. In: MÜLLER, Georg (Org.). *Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel*. Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag. Basel: Helbing & Lichtenhahn, 1982, p. 484.

jurídicos), dever de fiscalizar os impactos e dever de corrigir ou de retificar a lei penal à luz dos seus efeitos concretos.

(c) *Tempo e modo de cumprimento do dever de retificar a lei*

Como regra, o Tribunal Constitucional alemão não fixa um prazo exato para que o Poder Legislativo cumpra o dever estabelecido, ofertando-lhe o tempo *razoável e adequado* às circunstâncias do caso⁸³⁸. Não há dúvida, todavia, de que ele deverá fazê-lo *tão logo que possível (sobald als möglich)*.⁸³⁹ Trata-se de solução adequada a preservar a separação dos poderes, evitando-se, assim, uma intromissão superlativa na autonomia do legislador. Quanto ao modo de execução de tal mandado, seria plausível pensar tanto em uma alteração dos termos da lei (modificação) quanto na sua complementação (acréscimo) ou, ainda, na sua revogação parcial (redução). Já uma revogação total, sem que haja substituição por outro texto normativo, não parece configurar forma adequada de cumprir o referido dever.

Questão complexa diz respeito à relação entre o dever de *observar* os efeitos da lei e o dever de *retificá-la*. Não há dúvida de que somente quando os impactos da lei são conhecidos e acessíveis torna-se plausível falar em necessidade de sua emenda ou correção por erro de prognose do legislador. Logo, o acesso a tais dados concretos é, sim, etapa necessária para a estipulação do dever de correção. Apesar disso, deve-se reconhecer uma parcial *autonomia* entre ambos. Tanto o dever de observar não gerará, por si mesmo, um futuro dever de corrigir, quanto o dever de corrigir poderá configurar-se mesmo à revelia de uma prévia estipulação do dever de observar.

Nesta última hipótese, informações sobre os reais impactos da aplicação da lei poderão ser obtidas independentemente do Poder Legislativo ter promovido a sua fiscalização. Nesse sentido, reitera-se, como mencionado na seção 4.4.2.4 deste estudo, que a própria Corte Constitucional (e os Tribunais com funções similares), valendo-se da proporcionalidade, pode excepcionalmente atuar como uma *autoridade avaliadora subsidiária*, investigando, por si mesmo, os efeitos concretos das normas examinadas.⁸⁴⁰ No caso do Brasil, os artigos 7º, § 2º, e 9º, §1º, da Lei 9.868/99, consoante sustentado, poderiam ser empregados justamente de modo a viabilizar tal atuação.

⁸³⁸ 85 BVerfGE 80 (1991), p. 93. Ver ainda FLÜCKIGER, Alexandre. A obrigação jurisprudencial de avaliação legislativa: uma aplicação do princípio da precaução aos Direitos Fundamentais, op. cit., p. 15.

⁸³⁹ 88 BVerfGE, 203 (1993), p. 309 e 15 BVerfGE, 337 (1963), p. 350.

⁸⁴⁰ ENGEL, Christoph. The Constitutional Court – applying the proportionality principle – as a subsidiary authority for the assessment of political outcomes, op. cit., pp. 3 e 13 ss.

Também problemática é a questão relativa à inércia do legislador que, dia após dia, ignora um dever de corrigir a lei previamente estabelecido pelo Judiciário. No contexto do Tribunal Constitucional alemão, constata-se que a não fixação de prazos para o cumprimento do mandado pelo Poder Legislativo explica-se, em parte, pela dificuldade de sancionar *juridicamente* seu descumprimento. Ademais, não se pode esquecer que se trata de norma reputada *válida*, uma vez que ausente defeito genético em relação à ordem constitucional. Contudo, à luz de seus efeitos concretos, que indicam relevante erro de prognose do legislador, pode-se antever uma inconstitucionalidade futura, em razão de um descompasso – em progressiva intensificação – entre a lei e as determinações constitucionais.

Apontar o exato momento em que um mero estado imperfeito de constitucionalidade, que exigiria a melhoria da lei, transmuta-se em uma situação cabal de inconstitucionalidade, o que demandaria a declaração da sua nulidade (ainda que superveniente) configura um dos mais tormentosos juízos no âmbito do controle de constitucionalidade.⁸⁴¹ Trata-se de modelos ideias que nem sempre dão conta da complexidade do caso examinado. A fronteira entre um lado e outro se revela, por vezes, tênue e esfumada. De qualquer sorte, é preciso frisar que, no momento da fixação do dever ora estudado, a lei deve ser reputada válida, ainda que aparentemente a caminho de uma *futura* inconstitucionalidade.⁸⁴² Do contrário, isto é, se já foi verificada uma clara *inconstitucionalidade*, então deverá o Tribunal declarar, sem rodeios, a nulidade da lei, não apenas apelar ao legislador para que a corrija.

Por fim, na hipótese de não cumprimento do dever de retificação da lei anteriormente estabelecido, e retornando a questão à Corte, será preciso indagar, portanto, qual a situação *atual* da lei. Já podem ser apontadas inconstitucionalidades? Ou mantém-se a constatação apenas da necessidade de adaptação dos termos da lei ou da forma de sua implementação? Se a conclusão for a de que prossegue *ausente* qualquer inconstitucionalidade, bem como se mantém clara a necessidade de que ajustes sejam realizadas na lei, restará ao Tribunal apenas declarar a mora do legislador, instigando-o a cumprir o dever fixado.⁸⁴³ Como já referido

⁸⁴¹ Corretamente adverte Gilmar Mendes que *constitucionalidade* e *inconstitucionalidade* nem sempre constituem juízos alternativos radicais. Existem normas que se encontram em uma posição intermediária entre tais extremos, representando situações imperfeitas ou processos de inconstitucionalização (MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Abstrato de Constitucionalidade: ADI, ADC e ADO*, op. cit., 2012, p. 557 ss).

⁸⁴² Como sustenta Badura, o dever de correção não pressupõe uma situação *imediate* de inconstitucionalidade, mas sim de constitucionalidade (BADURA, Peter. Die verfassungsrechtliche Pflicht des Gesetzgebenden Parlaments zur "Nachbesserung" von Gesetzen, op. cit. p. 487). A questão, todavia, não é objeto de consenso na doutrina alemã. Sobre as discussões, conferir CHOI, Yooncheol. Die Pflicht des Gesetzgebers zur Beseitigung von Gesetzesmängeln, op. cit., p. 93 ss.

⁸⁴³ Esclarece-se que o raciocínio aqui exposto poderia ser amplamente aplicado no âmbito de julgamentos do Supremo Tribunal Federal.

anteriormente, se o Parlamento, mesmo após tal reiteração, insistir na desobediência, haverá perda de legitimidade, a possibilitar, no futuro, uma eventual responsabilização política.⁸⁴⁴

(d) *A imposição de deveres de retificação da lei pelo Tribunal Constitucional Federal alemão (BVerfG): breve seleção de casos relevantes*

O primeiro caso a ser relatado ficou conhecido como decisão sobre o *censo populacional* (*Volkszählungsurteil* – 65 BVerfGE 1 – 1983). Tratava-se do exame da constitucionalidade de Lei Federal de 1982, a qual instituiu e regulava uma coleta de informações acerca da estrutura social e demográfica da então República Federal da Alemanha (Recenseamento). Além de dados pessoais básicos – nome, endereço, estado civil etc. –, a lei em questão também requeria que todos os cidadãos preenchessem um detalhado questionário sobre seu salário (ou fontes de renda), ocupação, nível educacional, número de horas de trabalho, modo de transporte utilizado para suas atividades diárias, dentre outros.⁸⁴⁵ Ademais, ela autorizava a transmissão dos dados estatísticos obtidos, previamente tornados anônimos, para instâncias públicas locais, com propósitos de planejamento regional, fiscalização, proteção ambiental, dentre outros (§ 9 da Lei do Censo).

A questão foi levada ao Tribunal Constitucional alemão por inúmeros cidadãos. Tratava-se de caso excepcional, no qual não havia obrigatoriedade de exaurir as instâncias inferiores em razão da iminente ameaça de violação a seus direitos fundamentais.⁸⁴⁶ Após o recebimento de mais de 100 (cem) reclamações, a Corte suspendeu temporariamente a realização do censo, sob o argumento de que a transmissão incondicional dos dados a certas agências poderia colocar em risco direitos de personalidade e de privacidade.

No momento do julgamento definitivo, um dos pontos de mais intensa discussão centrou-se no questionamento da real necessidade de utilização de um *censo* para fins de obtenção das relevantes informações desejadas (exame de proporcionalidade). Nesse sentido, o Tribunal referiu que o seu emprego *somente* não seria censurável se o legislador tivesse verificado que outras pesquisas, como por amostragem, numa base voluntária, por exemplo, não eram capazes de substituir o censo pretendido. E ponderou que, de fato, as alternativas

⁸⁴⁴ KARPEN, Ulrich. *Gesetzgebungs-, Verwaltungs- und Rechtsprechungslehre*, op. cit., p. 39 e CHOI, Yooncheol. *Die Pflicht des Gesetzgebers zur Beseitigung von Gesetzesmängeln*, op. cit., p. 78.

⁸⁴⁵ Sobre a decisão, conferir KOMMERS, Donald P.; MILLER, Russel A. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, op. cit., p. 410 e SCHWABE, Jürgen. *Cinqüenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*, op. cit., p. 234.

⁸⁴⁶ KOMMERS, Donald P.; MILLER, Russel A. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, op. cit., p. 409 e SCHWABE, Jürgen. *Cinqüenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*, op. cit., p. 234 ss.

possíveis para um recenseamento eram, naquele momento, pouco seguras do ponto de vista científico, não podendo ser utilizadas, com igual qualidade, em seu lugar.⁸⁴⁷

Apesar da conclusão positiva quanto à realização do censo, o Tribunal esclareceu que seu juízo amparava-se no estado atual do conhecimento científico e estatístico. Advertiu, logo a seguir, que o legislador deveria atentar para o futuro desenvolvimento de tais métodos, indagando, *de forma incessante*, se o meio de coleta e processamento de dados eleito ainda pode ser mantido. Logo, caso houvesse uma falha em seu prognóstico acerca dos impactos da regulamentação, ele deveria corrigi-la, alterando a técnica utilizada sempre que novos métodos fossem menos restritivos a direitos fundamentais.⁸⁴⁸

Partindo da premissa de que o recurso ao censo ainda era necessário, determinou-se que emendas e correções na lei fossem empreendidas antes da sua efetiva realização. Dentre elas, destacava-se a exigência de que o legislador emitisse uma regulamentação complementar. Nela deveriam ser especificados os propósitos e os requisitos de todos os processos de coleta e de organização de dados, possibilitando ao cidadão conhecer claramente quais informações seriam coletadas e por quê.⁸⁴⁹ Ao final, o Tribunal acabou reconhecendo a validade da maioria dos dispositivos da Lei do Censo para as *exclusivas* finalidades de planejamento social e de adequado cumprimento de tarefas públicas. Todavia, ressaltou que tal vinculação finalística deveria ser tanto mais concreta, clara e delimitada quanto mais pessoais, ou seja, menos anônimos, fossem os dados manipulados.⁸⁵⁰

É bem verdade que, após tal importante julgado, a compreensão do Tribunal Constitucional alemão acerca do âmbito de proteção dos direitos fundamentais à personalidade e à privacidade oscilou, como um pêndulo, entre posições mais expansivas e posições mais restritivas. De significativa relevância para o presente estudo é o conhecido

⁸⁴⁷ Eis o trecho referido: "Es ist derzeit nicht zu beanstanden, wenn der Gesetzgeber davon ausgegangen ist, daß Erhebungen aufgrund von Stichproben auf ausnahmslos freiwilliger Basis oder eine Kombination von Vollprobenerhebung und Stichprobenerhebung die Volkszählung als Totalerhebung nicht zu ersetzen vermögen. Diese Alternativen zu einer Totalerhebung sind noch mit zu großen Fehlerquellen behaftet" (65 BVerfGE 1, p. 55. Disponível em <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv065001.html>>).

⁸⁴⁸ A seguir o excerto da decisão: "Die Methoden der amtlichen Statistik und der Sozialforschung entwickeln sich stetig weiter. Diese Entwicklung darf der Gesetzgeber nicht unberücksichtigt lassen. Er muß ungewissen Auswirkungen eines Gesetzes dadurch Rechnung tragen, daß er die ihm zugänglichen Erkenntnisquellen ausschöpft, um die Auswirkungen so zuverlässig wie möglich abschätzen zu können (BVerfGE 50, 290 [334]); bei einer sich später zeigenden Fehlprognose ist er zur Korrektur verpflichtet" (65 BVerfGE 1, p. 55-56). Ver também KOMMERS, Donald P.; MILLER, Russel A. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, op. cit., p. 392.

⁸⁴⁹ KOMMERS, Donald P.; MILLER, Russel A. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, op. cit., p. 410 e SCHWABE, Jürgen. *Cinqüenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*, op. cit., p. 235 ss.

⁸⁵⁰ SCHWABE, Jürgen. *Cinqüenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*, op. cit., p. 282p. 235 ss.

caso "Global Positioning System" (GPS).⁸⁵¹ Na oportunidade, o Segundo Senado do Tribunal em questão analisou a constitucionalidade de disposições federais que regulavam, no âmbito de inquéritos penais, o recurso a instrumentos eletrônicos de monitoramento para fins de controle da localização de suspeitos no caso de viagens de carro ou outros meios similares de locomoção.⁸⁵² O GPS estava, como regra, ocultamente instalado no automóvel do investigado ou no de alguém próximo a ele, a fim de que a polícia pudesse acompanhar sua movimentação de modo instantâneo.

A ação no âmbito da Corte fora instaurada por um jovem alemão condenado, em instância inferior, por transporte de bombas, tarefa supostamente assumida na condição de membro da organização extremista "Anti-imperialista" (*Antiimperialistische Zelle*), continuação da conhecida "Fração do Exército Vermelho" (*Rote Armee Fraktion*).⁸⁵³ Segundo o reclamante, tal método de controle e de investigação – assim como outras tecnologias de vigilância – teria violado seu direito constitucional à personalidade e à dignidade. Por tal motivo, as informações obtidas em razão do seu emprego não poderiam ser usadas em seu desfavor.

Apesar dos argumentos lançados, o veredito foi no sentido de *validar* o uso de tais métodos de monitoramento e investigação, desde que uma série de condições fossem cumpridas. Dentre elas, destacava-se a determinação, expressamente dirigida ao legislador, de que ele se mantivesse atento aos avanços da tecnologia de vigilância. A partir de tal cuidado, deveria verificar se as disposições processuais penais então existentes, mesmo à luz de tais desenvolvimentos, mantinham-se adequadas a garantir uma *suficiente* proteção dos direitos fundamentais tensionados contra excessos do Estado.⁸⁵⁴ Em caso negativo, era seu dever criar leis que prevenissem o uso indevido de tais instrumentos por agências securitárias, sob pena de violar o direito constitucional à autodeterminação quanto a informações pessoais (proibição de "vigilância total" – *Totalüberwachung* – e de sobreposição indevida de ações de

⁸⁵¹ 112 BVerfGE 304 (decisão do Segundo Senado de abril de 2005 – 2 BvR 581/01). Conferir seu conteúdo, na íntegra, em <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2005/04/rs20050412_2bvr058101.html>.

⁸⁵² Para comentários ao caso, consultar KOMMERS, Donald P.; MILLER, Russel A. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, op. cit., p. 416.

⁸⁵³ 112 BVerfGE 304 – decisão do Segundo Senado de abril de 2005 – 2 BvR 581/01, § 14.

⁸⁵⁴ Eis o trecho referido: "Der Gesetzgeber wird darüber hinaus zu beobachten haben, ob die bestehenden verfahrensrechtlichen Vorkehrungen auch angesichts zukünftiger Entwicklungen geeignet sind, den Grundrechtsschutz effektiv zu sichern. Es dürfte zu erwägen sein, ob durch ergänzende Regelung der praktischen Ermittlungstätigkeit - etwa in den Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren - unkoordinierte Ermittlungsmaßnahmen verschiedener Behörden verlässlich verhindert werden können" (112 BVerfGE 304 – decisão do Segundo Senado de abril de 2005 – 2 BvR 581/01, § 64)

vigilância por má coordenação das agências públicas competentes no âmbito penal e administrativo)⁸⁵⁵.

Merece ainda breve menção um julgamento do Tribunal Constitucional alemão a respeito da execução de sanções no âmbito do Regime Penitenciário Juvenil (*Jugendstrafvollzug*).⁸⁵⁶ Na ocasião, afirmou-se categoricamente que, considerando o elevado peso dos direitos e interesses fundamentais envolvidos, o legislador estaria obrigado a observar os efeitos da lei e, de acordo com as informações obtidas, retificá-la.⁸⁵⁷ Desse modo, tanto ele quanto as autoridades responsáveis pela aplicação das medidas poderiam aprender com a experiência concreta, problematizando, à luz dos resultados obtidos, o modo como os dispositivos legais eram, na prática, implementados. Ademais, tais dados serviriam à aquisição de conhecimento científico e político, fomentando não só a busca por soluções melhores, como também a assunção de uma efetiva responsabilidade política.⁸⁵⁸

Por último, importante referir que, em recente julgamento sobre medidas de segurança restritivas de liberdade (como a internação provisória), o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha se posicionou, mais uma vez, de modo similar. Nesse sentido, apontou várias correções necessárias em relação a tais medidas, as quais, contudo, diziam respeito não propriamente ao texto legal que as regulava, mas à forma da sua implementação na prática.⁸⁵⁹ Assim, foram expedidas determinações (*mandados*) que especificavam o *modo* como tais sanções deveriam ser concretamente executadas, das quais se destacam: (i) mandado de individualização (*Individualisierungsgebot*) – atenção individualizada a cada interno; (ii) mandado de separação (*Trennungsgebot*) – cumprimento em estabelecimento próprio, diverso

⁸⁵⁵ 112 BVerfGE 304 – decisão do Segundo Senado de abril de 2005 – 2 BvR 581/01, § 65-67 da decisão.

⁸⁵⁶ 116 BVerfGE 69 – decisão do Segundo Senado de 31 de maio 2006 – 2 BvR 1673/04. O inteiro teor está disponível em <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2006/05/rs20060531_2bvr167304.html>.

⁸⁵⁷ A seguir o excerto da decisão: "Mit Rücksicht auf das besonders hohe Gewicht der grundrechtlichen Belange, die durch den Jugendstrafvollzug berührt werden, ist der Gesetzgeber zur Beobachtung und nach Maßgabe der Beobachtungsergebnisse zur Nachbesserung verpflichtet" (116 BVerfGE 69 – decisão do Segundo Senado de 31 de maio 2006 – 2 BvR 1673/04, § 64).

⁸⁵⁸ Eis o trecho referido: "Der Gesetzgeber muss daher sich selbst und den mit der Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen befassten Behörden die Möglichkeit sichern, aus Erfahrungen mit der jeweiligen gesetzlichen Ausgestaltung des Vollzuges und der Art und Weise, in der die gesetzlichen Vorgaben angewendet werden, und dem Vergleich mit entsprechenden Erfahrungen außerhalb des eigenen räumlichen Kompetenzbereichs zu lernen. [...] Solche Daten dienen wissenschaftlicher und politischer Erkenntnisgewinnung sowie einer öffentlichen Diskussion, die die Suche nach besten Lösungen anspricht und demokratische Verantwortung geltend zu machen erlaubt" (116 BVerfGE 69 – decisão do Segundo Senado de 31 de maio 2006 – 2 BvR 1673/04, § 64).

⁸⁵⁹ 128 BVerfGE 326 (*Sicherungsverwahrung*) – decisão do Segundo Senado de 04 de maio 2011 – 2 BvR 2365/09, § 111 ss. O inteiro teor está disponível em <http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20110504_2bvr236509.html>.

da prisão e (iii) mandado de controle (*Kontrollgebot*) – publicidade das decisões tomadas durante a internação do indivíduo e ampla sujeição a controle judicial.⁸⁶⁰

Como se pode constatar, o Tribunal Constitucional alemão, nos casos acima narrados, ao reconhecer a existência de deveres de correção ou de reparação da lei, partiu da premissa de que a tarefa do Parlamento não se encerra com o término do processo legislativo. É claro que ele deve respeitar os limites da ordem constitucional quando da formulação das leis, mas apenas isso não basta. Ao legislador cabe, também, garantir que elas "permaneçam" (*bleiben*) em "harmonia" (*Übereinstimmung*) com a Constituição apesar do transcurso do tempo e das alterações fáticas e interpretativas dele decorrentes.⁸⁶¹ Para tanto, em certos casos será suficiente que o legislador fiscalize os impactos concretos da lei. Noutros, todavia, será preciso ir além, corrigindo-a a partir de tais desenvolvimentos.

Por fim, é importante pontuar que o Supremo Tribunal Federal vem, ainda que timidamente, valendo-se de práticas similares às já consagradas no âmbito da Corte alemã. Conquanto o caso ainda esteja pendente de julgamento definitivo, não se pode deixar de fazer menção ao voto do Ministro Gilmar Mendes, Relator do Recurso Extraordinário (RE) nº 635.658, no qual se discute a constitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.434/06 (criminalização do porte de drogas para uso pessoal).⁸⁶² Merece atenção o fato de que, no final da decisão, formula-se um mandado expresso, dirigido ao Conselho Nacional de Justiça, para que realize diligências, como a de "regulamentar, no prazo de seis meses, a audiência de apresentação do preso ao juiz determinada nesta decisão, com o respectivo monitoramento" e a de "apresentar a esta Corte, a cada seis meses, relatório das providências determinadas nesta decisão e resultados obtidos, até ulterior deliberação".⁸⁶³

Como se pode observar, a determinação integrou o próprio *dispositivo* do voto, o que não ocorre, como regra, nem mesmo no âmbito do Tribunal Constitucional Federal alemão. É bem verdade, contudo, que o Conselho Nacional de Justiça é órgão do próprio Poder Judiciário brasileiro, o que talvez explique, em parte, a incisividade e o grau de especificação

⁸⁶⁰ 128 BVerfGE 326 (*Sicherungsverwahrung*) – decisão do Segundo Senado de 04 de maio 2011, § 111; 113 e 118. Para um exame crítico da decisão, bem como do sistema alemão de internação preventiva, consultar BÖHM, María Laura. Internamiento preventivo – Derecho comparado. In: MARTÍNEZ, Stella Maris (Org.). *Algunas propuestas para el ejercicio de la defensa durante la ejecución de la pena*. Buenos Aires: Ministerio Público de la Defensa (Defensoría General de la Nación), 2015, p. 399 ss.

⁸⁶¹ 88 BVerfGE, 203, p. 310 (1993). Nas exatas palavras do Tribunal: "Die Bindung des Gesetzgebers an die verfassungsmäßige Ordnung (Art. 20 Abs. 3 GG) erschöpft sich nämlich nicht in der Verpflichtung, bei Erlass eines Gesetzes die verfassungsrechtlichen Grenzen einzuhalten; sie umfaßt auch die Verantwortung dafür, daß die erlassenen Gesetze in Übereinstimmung mit dem Grundgesetz bleiben".

⁸⁶² O voto, na íntegra, está disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>>.

⁸⁶³ Supremo Tribunal Federal, RE 635.659, Tribunal Pleno, voto do Relator Ministro Gilmar Mendes, p. 56.

do mandado que lhe foi dirigido. Nesse sentido, destaca-se o fato de que até mesmo o prazo para seu cumprimento restou fixado na decisão ("seis meses"). Embora se trate de relevante e atual indicativo de um movimento de aproximação com as práticas do Tribunal alemão – o que, se feito com parcimônia, parece um ganho –, não é possível anteciper com segurança se o Supremo Tribunal Federal, nos próximos casos, realmente confirmará tal expectativa.

4.4.3.4.3 Declaração de constitucionalidade

Não estando presentes os requisitos necessários a configurar uma declaração *ou* de inconstitucionalidade, *ou* de constitucionalidade mitigada somada à expedição de deveres de reparar a norma submetida a exame, então restará ao julgador reconhecer a sua plena *constitucionalidade*.

CONCLUSÕES

Encerra-se, assim, o percurso desta investigação. As conclusões *gerais* a seguir elencadas representam os conceitos jurídicos, as categorias dogmáticas e os critérios de valoração estruturantes do controle constitucional da eleição e da realização de fins no Direito Penal. Elas foram organizadas e sumarizadas do modo a ofertar a maior *aplicabilidade prática* ou *funcionalidade* possível.

§ 1º Do Conceito de Fim no Direito

1.1 Toda ordem jurídica ambiciona a concretização dos fins por ela considerados relevantes. A orientação a fins é, assim, um elemento estruturante do Direito. Ele manifesta-se especialmente no conteúdo finalístico das normas jurídicas, o qual será mais intenso em se tratando de princípios, e menos intenso em se tratando de regras.

1.2 Um fim pode ser tanto a *motivação, o propósito ou o fundamento de uma ação intencional* quanto o *estado de coisas a ser concretizado através dela*. Na primeira hipótese, em questão está a *dimensão subjetiva* da expressão "fim" (a *finalidade*), na medida em que serve à compreensão de um agir intencional (*Zweck* ou *Purpose*). Já a segunda hipótese diz respeito à *dimensão objetiva* da expressão fim, a qual indica um valor de referência do que deve ser, isto é, o estado de coisas a ser obtido (*Ziel* ou *Goal*).

1.3 Em relação à possibilidade de aferição e de submissão a controle de realização, os fins podem ser divididos em *internos* e *externos*. Fins *internos* representam uma "realização" ou um "fazer" (*práxis*), residindo na própria ação ou atividade. Sua denominação decorre do fato de não ser possível distinguir empiricamente ação e resultado ou meio e fim. Os *fins externos* representam uma *criação ou produção (poiesis)*, expressando-se como uma realidade concreta perceptível pela experiência sensível ou verificável em uma pesquisa empírica. Aqui se pode

identificar claramente uma relação de causalidade natural (causa-efeito), uma vez que *fins* e *meios* possuem uma dimensão real autônoma e distinta. Logo, apenas os fins *externos* são passíveis de submissão a controle de realização.

1.4 Em relação ao concreto estado de coisas buscado (efeitos fáticos), os fins externos podem ser positivos ou negativos, primários ou secundários. Fins externos *positivos* representam a *criação* de um estado de coisas inexistente no presente; fins externos *negativos*, a simples *manutenção* de um estado de coisas já existente. Fins externos *primários* representam estados de coisas ambicionados de forma incondicional; fins externos *secundários*, estados de coisas cuja promoção é consequência necessária da persecução de outros fins.

1.5 Quanto ao aspecto temporal (momento da realização do fim), a promoção de fins externos pode ser tanto um processo *pontual* e conclusivo quanto um processo *progressivo* e permanente. No primeiro caso, é possível reconhecer pontos de partida e pontos de chegada, os quais permitem indicar quando ou em que momento o fim intencionado foi alcançado. No segundo caso, tais marcos ou não são identificáveis, ou sequer existem, impossibilitando a constatação clara do *momento* em que o fim intencionado foi atingido. Daí ser a *promoção de fins* um processo complexo de dupla natureza (*conclusiva e permanente*).

1.6 Há uma relação clara entre o *momento da realização do fim* e o *nível de definição do estado de coisas buscado*. Quanto *mais específico, concreto e definido* for o fim pretendido, maior a sua *perfectibilidade* e menos *permanente* o processo de sua promoção. Quanto *mais vago, abstrato e impreciso* for o fim ambicionado, menor a sua *perfectibilidade* e mais *permanente* o processo de sua promoção. Logo, o fim ser mais ou menos perfectível (ou mais ou menos permanente) depende não tanto da sua natureza, mas sim do seu grau de definição e delimitação.

§ 2º Do Controle Constitucional da Eleição de Fins no Direito Penal

2.1 Quanto aos *sujeitos do controle*, uma *regra* constitucional confere *maior* legitimidade democrática à Jurisdição Constitucional para cindir uma decisão do legislador que a vulnere. Um *princípio* constitucional confere *menor* legitimidade democrática a um Tribunal Constitucional para afastar uma decisão majoritária, por transferir ao legislador maior margem de ação e de configuração.

2.2 A Constituição brasileira caracteriza-se pelo seu texto longo e detalhista, cujos dispositivos foram variadas vezes redigidos sob a forma de *regras* que circunscrevem poder e já concretizam direitos fundamentais. Frente a esse panorama, no conflito entre *mais* controle constitucional ou *mais* liberdade de configuração do legislador, ela se posicionou a favor de uma *significativa* intervenção jurisdicional na atividade legislativa.

2.3 Quanto ao *objeto submetido a controle*, ele consubstancia-se nas *finalidades* (propósitos) subjacentes às leis penais em exame. Como regra, os textos normativos emanados pelo legislador visam à persecução de estados de coisas concretos (fins), os quais assumem, nesta hipótese, a condição de justificativa, motivo ou propósito da sua promulgação (*finalidade*). No contexto de uma Constituição rígida, suprema e jurisdicionalmente garantida, tais finalidades deverão ser contrastadas com as normas constitucionais, de modo a se verificar a sua “adequação teleológica”.

2.4 A identificação das finalidades do legislador pressupõe o recurso à técnica de interpretação “genética” ou “intencionalista”. Com ela, investiga-se a “intenção legislativa” (finalidade do ato) especificamente no tocante ao estado de coisas (fim) cujo fomento era objetivado. A reconstrução da “vontade do legislador” ocorre em termos subjetivo-finalísticos: subjetivo, porque não se trata de um legislador ideal, mas real, cujos atos são intencionais; finalístico, porque se trata de um legislador que almeja, a partir do seu ato institucional, induzir mudanças na realidade fática, de modo a promover fins concretos.

2.5 Quanto aos *limites do controle*, o espectro de liberdade de conformação do legislador penal dependerá da redação do texto constitucional e da técnica de interpretação utilizada pelo aplicador, que construirá a partir dele *normas-regras* ou *normas-princípio*. Ele não está limitado, na eleição de fins, àqueles constitucionalmente previstos (isto é, constitucionalmente *positivados e impostos*). Contudo, maior legitimidade conquistará a sua atuação quanto mais for possível argumentar em favor de um amparo, ao menos *implícito*, pelas normas constitucionais dos fins por ele fomentados.

2.6 Quanto às *espécies de controle* e seus *critérios*, há duas relações fundamentais entre legislador penal e Constituição: (a) âmbito de ausência de liberdade quanto à decisão criminalizadora (*mandado* ou *proibição* constitucional de criminalização) e (b) âmbito de

liberdade quanto à decisão criminalizadora (*facultatividade* constitucional de criminalização). Na primeira hipótese, está subtraída do legislador a possibilidade de emissão de um juízo crítico acerca da adequação e da necessidade da utilização da ameaça penal para a promoção de determinados fins (*controle forte*). Na segunda hipótese, caberá ao legislador a decisão sobre recorrer, ou não, à tutela penal (*controle fraco*).

2.7 No âmbito do *controle forte*, as proibições constitucionais de criminalização são normas que qualificam uma *omissão* do legislador como obrigatória, configurando um *mandado negativo* (um mandado de *não fazer*). As proibições de criminalização decorrentes do sistema normativo constitucional brasileiro podem ser sistematizadas em 03 (três) grandes conjuntos: (i) direitos fundamentais já cabalmente disciplinados pela Constituição não podem ser violados; (ii) fins constitucionalmente reconhecidos não podem ser censurados; (iii) fins constitucionalmente proscritos não podem ser promovidos.

2.8 No âmbito do *controle forte*, os mandados constitucionais expressos de criminalização são normas que criam uma *obrigação*, na medida em que impõem ao legislador o dever de expedir uma lei penal. Como regra, tais mandados se resolvem com a própria promulgação do tipo incriminador. Contudo, após seu cumprimento, eles se transformam em uma proibição de revogar a lei expedida sempre que isso significar a *descriminalização* da conduta cuja *criminalização* está determinada pelas normas constitucionais.

2.9 Quanto aos mandados constitucionais expressos de criminalização, a ponderação acerca da necessidade de efetuar-se uma intervenção penal foi, de forma prévia, realizada, de tal modo que isso já está constitucionalmente *imposto*. A liberdade de configuração do legislador quanto à imperatividade da medida penal foi-lhe, pois, retirada. Ela, no entanto, remanesce em relação à formulação precisa dessa intervenção (redação do tipo penal, fixação das penas, eleição da técnica de tutela etc.), de tal modo que não haverá, mesmo no contexto de mandados expressos de criminalização, uma determinação "completa e acabada" por parte das normas constitucionais.

2.10 No âmbito do *controle fraco*, investiga-se a validade de criminalizações realizadas em espaços constitucionalmente delegados ao legislador (*facultatividade* constitucional da criminalização). O seu processo de tomada de decisão deve ser controlado em *três* momentos: (i) na *eleição* dos fins a serem promovidos (fomentar a tutela de quais bens jurídicos?); (ii) na

seleção do meio utilizado para tanto (por que o meio penal e não outro?) e (iii) na *concretização* ou *tradução* dessas intencionalidades em textos legais.

2.11 Em relação ao primeiro momento (“eleição de fins”), pode-se ter criminalizações nas quais (i) os bens jurídicos tutelados são manifestações concretas de fins constitucionalmente previstos ou (ii) os bens jurídicos tutelados não encontram fundamento *expresso* ou *direto* no texto constitucional. Fato é que, quanto mais inequívoco for o reconhecimento constitucional do objeto da tutela penal, mais difícil será acusar-lhe de ilegítima.

2.12 No contexto do emprego do Direito Penal para fomentar a tutela de bens jurídicos *sem* assento expresso na Constituição, (i) a criminalização será tanto mais legítima quanto mais *coerente* for com o sistema normativo constitucional; (ii) a criminalização será tanto mais *coerente* quanto mais argumentos existirem em favor da sua *fundamentação* implícita em princípios constitucionais; (ii.a) quanto maior for o número de princípios com os quais o objeto da tutela penal é capaz de dialogar e de estar por eles justificado, *maior* será também a sua coerência com a Constituição e (ii.b) na hipótese de o objeto da tutela penal ser passível de relacionamento unicamente com *um* princípio, quanto mais importante for esse princípio dentro do sistema normativo constitucional, também mais coerente será a criminalização frente aos valores da ordem constitucional.

2.13 Em relação ao segundo momento (adequação e necessidade do recurso à sanção penal), a existência de *fundadas dúvidas* sobre a suficiência do emprego de medidas extrapenais não impede o recurso *imediato* ao Direito Penal pelo legislador. Todavia, tal opção estará sujeita, à luz da proporcionalidade, a questionamentos acerca da sua constitucionalidade. Em razão da exigência de *ultima ratio*, a utilização do Direito Penal será tanto *mais discutível* quanto *mais frágeis forem as evidências* sobre a *insuficiência* de medidas não penais na promoção do fim buscado. Logo, em um cenário de forte incerteza (“zonas limítrofes”), a inversão dessa ordem (medidas extrapenais *previamente* a medidas penais), ainda que não seja constitucionalmente *vedada*, também não parece constitucionalmente recomendada. A dúvida empírica relevante vem não para legitimar, mas para limitar o legislador: quanto *maior* ela for, *menor* será a possibilidade de validamente restringir, com a norma penal, direitos fundamentais contrapostos.

§ 3º Da Avaliação da Prognose do Legislador Penal

3.1 As normas jurídicas podem ser analisadas a partir de um "esquema se-então" ou de um "esquema meio-fim", representando, cada um, uma espécie de *juízo*. O primeiro, de *subsunção*, liga um fato comprovado, presente ou passado, ao suporte fático da lei. O segundo, de *prognose*, ampara-se em fatos existentes e conhecidos para emitir uma assertiva, *no presente*, sobre a provável ocorrência de um fato, *no futuro*. Tratando-se de planos *ideais*, as normas não corresponderão, de forma pura, a apenas um deles, constituindo uma combinação variável de ambos.

3.2 A *prognose*, em sentido amplo, é uma previsão da ocorrência de um *evento futuro*. A *prognose* do legislador penal, em sentido estrito, é um *juízo hipotético-causal sobre a ocorrência de um fato futuro que, no caso, é a promoção de fins externos a partir de uma lei penal*. Analiticamente, ela pode ser decomposta em três elementos: (a) *base* (diagnóstico); (b) *método* e (c) *resultado* (prognóstico).

3.3 A *avaliação* da *prognose* do legislador serve a antecipar (avaliar preventivamente) ou a elucidar (avaliar retrospectivamente) as razões de um *déficit* de realização dos fins intencionados (não confirmação da *prognose*). Ela propõe a adaptação do processo legislativo de modo a reduzir a quebra entre efeitos esperados e efeitos obtidos. Para tanto, recomenda, previamente ao impulso legislativo, ao menos (i) a identificação clara do problema, (ii) a formulação precisa dos objetivos e (iii) a seleção ampla de meios adequados.

3.4 Em termos materiais, a *avaliação* da *prognose* do legislador investiga a *eficácia* do ato legislativo, ou seja, a sua capacidade de *suficientemente* produzir os efeitos pretendidos. Ela deverá ser examinada em dois marcos fundamentais: um, no decorrer do processo legislativo (avaliação de impacto *ex ante* ou *prospectiva*); outro, quando a lei já estiver em vigor há certo tempo (avaliação de impacto *ex post* ou *retrospectiva*). Trata-se, assim, de duas eficácias, uma *concreta*, outra *potencial*. Enquanto aquela permite valorar o grau de congruência entre os efeitos de uma lei em vigor e os objetivos anteriormente fixados, esta permite justificar (ou *deslegitimar*) os meios eleitos pelo legislador para a realização dos respectivos fins.

3.5 Em relação aos *limites* da avaliação da *prognose* legislativa, eles podem ser organizados em dois grandes grupos: (a) quantitativos e (b) qualitativos. Qualitativamente, os limites estão

ainda subdivididos em três: (b.1) barreiras epistêmicas; (b.2) barreiras de legitimidade democrática e (b.3) barreiras hermenêuticas ou interpretativas.

3.6 Quanto aos limites *quantitativos*, a realização de tais avaliações não pode representar uma etapa imperativa da rotina legislativa. Para promover a necessária filtragem, sustenta-se que *quanto mais relevantes* forem os direitos fundamentais eventualmente afetados, *quanto mais intensa for* a restrição potencialmente sofrida e, ainda, *quanto mais incertos e controversos* forem os efeitos concretos da inovação legislativa, *mais justificada estará* a exigência de avaliações de impacto legislativo *prospectivas* ou *retrospectivas*.

3.7 Quanto aos limites *qualitativos*, as barreiras *epistêmicas* decorrem do fato de que discursos sobre relações de causa-efeito no âmbito da realidade social são sempre *aproximativos*. Já as barreiras de *legitimidade democrática* impedem que a complexidade técnica de uma escolha retire a dimensão proeminentemente política que ela carrega. Finalmente, as barreiras hermenêuticas ou interpretativas originam-se da *imperfeita congruência* entre *texto jurídico* aprovado pelo Legislativo e *norma jurídica* (re)construída pelo intérprete.

3.8 Em relação ao *erro de prognose legislativa*, ele poderá ser verificado ainda durante o processo legislativo, ou quando a lei já estiver em vigor. Ademais, o equívoco somente terá *relevo constitucional* se envolver a promoção ou a restrição de um princípio constitucional e/ou direito fundamental. Sua constatação deve ser orientada pelos seguintes indicadores: (a) restrição a direitos fundamentais ou a princípios constitucionais contrapostos em intensidade significativamente superior à esperada; (b) realização dos direitos fundamentais ou dos princípios constitucionais promovidos em intensidade significativamente inferior à esperada e (c) proporção ou relação entre erro sobre grau de restrição e erro sobre grau de realização de direitos fundamentais (renovação da proporcionalidade *stricto sensu*).

§ 4º Do Controle Constitucional da Realização de Fins pelo Direito Penal

4.1 *Quanto ao objeto do controle*, fins são distintos das normas jurídicas elaboradas para promovê-los. A sua materialização não se dá sob a forma de *textos*, mas sob a forma de *efeitos* (de estados de coisas ou de situações fáticas). Logo, o controle incidirá *ou* sobre os efeitos

potenciais da norma penal, à luz da confiabilidade da prognose (controle *ex ante*), ou sobre os seus efeitos concretos, à luz do estado de coisas faticamente produzido (controle *ex post*).

4.2 Uma decisão criminalizadora ampara-se em uma combinação variável de razões de justiça e de razões finalísticas. Quanto mais preponderantes forem as razões *finalísticas*, tanto mais *instrumental* será uma lei penal, uma vez que voltada à realização ou à promoção *futura* de princípios, direitos e fins constitucionais. Quanto maior a *instrumentalidade* da criminalização, mais a sua validade constitucional será afetada pela constatação de um erro de prognose em relação aos efeitos potenciais ou concretos da norma penal.

4.3 *Quanto à justificação do controle*, o exame de constitucionalidade de normas penais eminentemente finalísticas (instrumentais) deve protrair-se no tempo, sendo *um processo e não um ponto*. Uma dada norma penal, embora constitucional quando do seu nascimento, pode, aos poucos, tornar-se inconstitucional. Trata-se de uma peculiar espécie de *inconstitucionalidade superveniente*, justificada em alterações fáticas relevantes (os efeitos da norma concretamente diagnosticados) constatadas mediante a *renovação do exame de proporcionalidade*, agora informado por dados *atuais e concretos* acerca do grau de promoção e de restrição dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais envolvidos.

4.4 *Quanto aos sujeitos do controle*, o controle de realização de fins é conduzido pela jurisdição constitucional de forma *repressiva*. Ela deve avaliar tanto a compatibilidade entre norma constitucional e norma legal, quanto a correspondência entre os efeitos anunciados pelo legislador e os efeitos passíveis de obtenção (efeitos *potenciais*) ou concretamente obtidos com a aplicação da lei (*efeitos concretos*), verificando se também eles são compatíveis com a Constituição. Para além de um controle *norma-norma* (ou seja, entre norma *superior* e norma *inferior*), realiza-se um controle entre a norma superior e os *efeitos* da norma inferior.

4.5 *Quanto às espécies e aos critérios de controle*, deve-se empreender um juízo *ex ante* e um juízo *ex post*. Será *ex ante* a análise que se limitar ao exame dos elementos do processo legislativo e da matéria em discussão *naquele momento*, isto é, a dados prévios à promulgação e à publicação da lei. Será *ex post* a análise que se valer de informações posteriores ao

processo legislativo, especialmente daquelas referentes ao impacto da inovação legislativa na realidade social.

4.6 Os *pressupostos* para o controle *ex ante* de realização de fins pelo Direito Penal são: (i) lei penal emitida no exercício de liberdade de configuração do legislador e (ii) possibilidade de delimitação dos fins objetivados a partir da lei penal (identificabilidade do estado de coisas desejado). O *objeto* do controle *ex ante* é a constitucionalidade dos efeitos potenciais da norma penal. O *critério* de exame é a confiabilidade da prognose (probabilidade da lei suficientemente produzir os efeitos esperados). Ela deve ser aferida à luz de parâmetros ou indicadores, os quais avaliam características fáticas do processo legislativo que originou a lei, a saber: (i) concreta racionalidade do processo legislativo e (ii) nível de complexidade fática da matéria objeto da intervenção legislativa.

4.7 Quanto aos resultados do controle *ex ante*, pode-se declarar (a) a *inconstitucionalidade* da lei penal; (b) a sua *constitucionalidade*, conjugada a dever de observar os seus efeitos concretos, ou, ainda, (c) a sua *constitucionalidade* plena. Tais conclusões dependerão da combinação dos *critérios de controle* com a *intensidade* de controle, podendo-se ter exames de baixa intensidade (evidência), de média intensidade (justificabilidade) e de alta intensidade (conteúdo).

4.8 A jurisdição constitucional pode impor ao legislador deveres de observar *periodicamente* a aplicação de uma norma penal sempre que, mesmo já finalizado o processo legislativo e já estando ela em vigor, *subsistirem* incertezas relevantes acerca dos efeitos concretos ou impactos na realidade social. Embora os prognósticos do legislador sejam plausíveis, remanesce o risco de que se revelem equivocados com o transcurso do tempo, ameaçando os direitos fundamentais imbricados.

4.9 Os *pressupostos* para o controle *ex post* de realização de fins pelo Direito Penal são: (i) lei penal emitida no exercício de liberdade de configuração do legislador; (ii) possibilidade de delimitação dos fins objetivados a partir da lei penal (identificabilidade do estado de coisas desejado) e (iii) cognoscibilidade dos efeitos concretamente gerados pela aplicação da norma penal (verificabilidade do estado de coisas obtido).

4.10 O *objeto* do controle *ex post* é a constitucionalidade dos efeitos concretos da norma penal. O *critério* de exame é a *suficiente* produção dos efeitos concretos ambicionados (lei eficaz) e a *baixa* produção de efeitos indesejados. Elas devem ser aferidas à luz dos seguintes parâmetros ou indicadores: (i) grau de descompasso entre restrição esperada a direitos fundamentais ou a princípios constitucionais contrapostos e restrição concretamente gerada; (ii) grau de descompasso entre realização esperada dos direitos fundamentais ou dos princípios constitucionais promovidos e realização concretamente obtida e (iii) nível de inversão da relação/proporção entre concreto grau de restrição e concreto grau de realização de direitos fundamentais.

4.11 Quanto aos resultados do controle *ex post*, pode-se declarar (a) a *inconstitucionalidade* da lei penal; (b) a sua *constitucionalidade mitigada*, conjugada a dever de retificar a lei, ou, ainda, (c) a sua *constitucionalidade* plena. Tais conclusões dependerão da combinação dos *critérios de controle* com a *intensidade* de controle, que, no caso do exame *ex post*, deve ser sempre baixa (controle apenas de evidência).

4.12 A jurisdição constitucional pode impor ao legislador um dever de *corrigir ou reparar* a lei submetida a julgamento, por reconhecer a sua validade de forma apenas *mitigada*, em razão de uma constitucionalidade *imperfeita* decorrente da constatação de um *erro* no prognóstico do legislador quanto aos seus efeitos concretos sobre direitos fundamentais. A lei é ainda constitucional, mas poderá não o ser em um futuro breve, por passar por um claro processo de *inconstitucionalização*.

4.13 A compreensão das potencialidades da lei e das responsabilidades do legislador sofre uma mudança fundamental. De um lado, admite-se que uma legislação penal não é mais capaz de dar solução *permanente* a problemas complexos e em *constante mutação*. De outro lado, assume-se que, se antes a publicação da nova lei era a etapa *final* da atividade do legislador, hoje ela representa tão somente uma etapa *inicial*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AARNIO, Aulis. *Reason and Authority. A Treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics*. Aldershot: Ashgate Publishing, 1997.

ADAMY, Pedro Guilherme Augustin. Instrumentalização do Direito Tributário. In: ÁVILA, Humberto Bergmann. *Fundamentos do Direito Tributário*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

_____. *Renúncia a Direito Fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2011.

AESCHLIMANN, Arthur. *O sistema de Controle de Constitucionalidade na Suíça*. Discurso proferido no Supremo Tribunal Federal do Brasil em 22 de fevereiro de 2008. Disponível em <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaIStfInternacional/portaIStfSobreCorte_pt_br/anexo/O_sistema_de_controle_de_constitucionalidade_na_Suica.pdf>.

ALBRECHT, Peter-Alexis. El derecho penal en la intervención de la política populista. In: Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (ed.). Área de Derecho Penal de la Universidad de Pompeu Fabra (ed. española). *La insostenible situación del Derecho Penal*. Granada: Editorial Comares, 2000.

ALEXY, Robert. *Conceito e validade do Direito*. Traduzido por Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009. Tradução de: *Begriff und Geltung des Rechts*, 2. ed., 2005.

_____. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Traduzido por Carlos Bernal Pulido. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. Tradução de: *Theorie der Grundrechte*.

_____. *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*. Traduzido por Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2004.

ANTUNES, Maria João da Silva Baila Madeira. A problemática penal e o Tribunal Constitucional. In: ALVES CORREIA, Fernando; MACHADO, Jónatas; LOUREIRO, João Carlos (Orgs.). *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Vol. 1 (Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra – Studia Iuridica 102). Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*. 8. reimp. Traduzido do grego por José Luis Calvo Martínez. Madrid: Alianza Editorial, 2011.

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

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria da Igualdade Tributária*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. Os vínculos sociais na Constituição brasileira. *Teoria Política*, vol. 1, série V, p. 221-233, 2015.

_____. *Teoria da Segurança Jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. *Teoria dos Princípios*. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. A doutrina e o Direito Tributário. In: _____. *Fundamentos do Direito Tributário*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

_____. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. In: BINENBOJM, Gustavo; SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO; Cláudio Pereira de (Coord.). *Vinte anos da constituição federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. Confissão cria tributo? Apontamentos sobre a disponibilidade do contribuinte sobre direitos fundamentais. In: ROCHA, Valdir de Oliveira. *Grandes Questões atuais do Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2008.

_____. Argumentação jurídica e a imunidade dos livros eletrônicos. In: TORRES, Ricardo Lobo. *Temas de interpretação do Direito Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

AZEVEDO, Tupinambá Pinto de. Breves observações sobre a tortura. *Revista da Ajuris*, n. 71, v. 24, pp. 224-257, nov. 1997.

BADURA, Peter. Die verfassungsrechtliche Pflicht des Gesetzgebenden Parlaments zur "Nachbesserung" von Gesetzen. In: MÜLLER, Georg (Org.). *Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel*. Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag. Basel: Helbing & Lichtenhahn, 1982.

_____. Das Planungsermessen und die rechtsstaatliche Funktion des Allgemeinen Verwaltungsrechts. In: DOMCKE, Hans (Org.). *Verfassung und Verfassungsrechtsprechung*. Festschrift zum 25-jährigen Bestehen des Bayer. Verfassungsgerichtshofs. Munique: Richard Booberg Verlag, 1972. Disponível em <<http://epub.ub.uni-muenchen.de/9172/1/9172.pdf>>.

BAPTISTA, Isabel; CABRITA, Jorge. Portugal. Regimes de Rendimento Mínimo. Um estudo das Políticas Nacionais. *Centro de Estudos para a Intervenção Social*. European Commission – DG Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, abr. 2009. Disponível em <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CB0QFjAA&url=http%3A%2F%2Fec.europa.eu%2Fsocial%2FblobServlet%3FdocId%3D9039%26langId%3Dpt&ei=fjU9VY-BBsZIsQSd9oD4Cw&usg=AFQjCNF-8EH75ZJFrT_Z96CIN4wjtyLN0w&bvm=bv.91665533,d.cWc>.

BAPTISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 10. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e crítica do Direito Penal*. 3. ed. Traduzido por Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. A fé na ciência: constitucionalidade e legitimidade das pesquisas com células-tronco embrionárias. In: MENDES, Gilmar Ferreira *et al* (Org.). *A Jurisprudência do STF nos 20 anos da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2010.

BECERRA MUÑOZ, José. *La toma de decisiones en política criminal*. Bases para un análisis multidisciplinar. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. 6. ed. São Paulo: Noeses, 2013.

BENTHAM, Jeremy. *Theory of Legislation*. Principles of the Penal Code (vol. 2). Traduzido por Charles Atkison. Londres: Humphrey Milford, 1914. Traduzido da versão francesa de Étienne Dumont (*Traité de législation civile et pénale*, 1802). Tradução publicada originalmente em 1864 (editora Trübner & Co.). Disponível em <<https://archive.org/details/benthamstheoryof02bent>>.

BERGESON, Robert. The Bilingual and Bijural Learning in Canada. In: MADER, Luzius; MOLL, Chris (Coords.). *The Learning Legislator*. Proceedings of the Seventh Congress of the European Association of Legislation (EAL). Baden-Baden: Nomos, 2009.

BÖHM, María Laura. Internamiento preventivo – Derecho comparado. In: MARTÍNEZ, Stella Maris (Org.). *Algunas propuestas para el ejercicio de la defensa durante la ejecución de la pena*. Buenos Aires: Ministerio Público de la Defensa (Defensoría General de la Nación), 2015.

BORGES, José Souto Maior. O contraditório no processo judicial. Uma visão dialética. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BOROWSKI, Martin. La restricción de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid, v. 20, n. 59, pp. 29-56, mai./ago. 2000.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Jurisdição constitucional democrática e participativa: a ADI MC 2.321 e o *amicus curiae*. In: MENDES, Gilmar Ferreira *et al* (Org.). *A Jurisprudência do STF nos 20 anos da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRANDÃO, Cláudio. *Curso de Direito Penal*. Parte Geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BRASIL, *Diários da Assembleia Nacional Constituinte*, sessão de 03 dez. 1987.

BRICOLA, Franco. *Teoria Generale del Reato*. In: *Novissimo Digesto Italiano*. Turim: UTET, 1977.

BURG, Elliot M. Law and Development: A Review of the Literature and a Critique of Scholar in Self-Estrangement, *25º American Journal of Comparative Law*, 1977.

CALSAMIGLIA, Alberto. Constitucionalismo y democracia. In: KOH, Harol Hongju; SYLE, Ronald (Org.). *Democracia deliberativa y derechos humanos*. Barcelona: Gedisa, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República portuguesa anotada*. v. 1. 4. ed. portuguesa. 1. ed. brasileira. São Paulo: Coimbra Editora e Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Dogmática de direitos fundamentais e direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. 11. reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

_____. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, vol. 2.

CAPUCHA, Luis Manuel (Coord.). *Rendimento Mínimo Garantido: Avaliação da fase experimental*. Coimbra: Center for Research and Sociological Studies, 1998.

CARBONELL, Miguel. Zagrebelsky y el uso de la historia por el derecho constitucional (Prólogo). In: ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y Constitución*. Traduzido por Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2005.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Painel 3. A contribuição da Legística para uma política de legislação: concepções, métodos e técnicas (conferência reduzida a termo). In: COELHO, Alberto Pinto (Org.). *Congresso Internacional de Legística: Qualidade da Lei e Desenvolvimento*. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2009.

CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema” – Modelos actualmente alternativos de realização do direito. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, Separata v. LXXXIV, 1998.

_____. *Metodologia Jurídica*. Problemas Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

CAUPERS, João. The limited rationality of the legislative decision. In: MADER, Luzius; TAVARES DE ALMEIDA, Marta (Orgs.). *Quality of Legislation*. Principles and Instruments. Proceedings of the Ninth Congress of the International Association of Legislation (IAL). Baden-Baden: Nomos, 2011.

CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Molino, 2007.

CHOI, Yooncheol. Die Pflicht des Gesetzgebers zur Beseitigung von Gesetzesmängeln. Universität Hamburg, Rechtswissenschaft, 2002. Disponível em <<http://ediss.sub.uni-hamburg.de/volltexte/2002/637/pdf/dissertation.pdf>>.

COLLINGWOOD, Robin George. *The New Leviathan. Or Man, Society, Civilization and Barbarism*. Ed. revisada. Oxford: Clarendon Press, 1992 (primeira edição originalmente publicada em 1942).

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 35, vol. 138, pp. 39-48, abr./jun. 1998.

CORRÊA, Eduardo Pitrez de Aguiar. *Abertura, inserção e relacionamento da política criminal transnacional na sociedade em rede*. Tese (Doutorado), 466 f. Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, 2015.

CORREA, Teresa Aguado. *El principio de proporcionalidad en Derecho Penal*. Madrid: Edersa, 1999.

COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção Penal Ambiental*. Viabilidade, efetividade, tutela por outros meios. São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA ANDRADE, Manoel da. *"Bruscamente no verão passado", a reforma do Código de Processo Penal*. Observações críticas sobre uma Lei que podia e devia ter sido diferente. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

_____. A "dignidade penal" e a "carência de tutela penal" como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*. Coimbra, ano 2, n. 2, pp. 173-205, abr./jun. 1992.

COUTO, Mia. *Terra Sonâmbula*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

D'AVILA, Fabio Roberto. Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, ano 17, n. 80, pp. 7-34, set./out. 2010.

_____. *Ofensividade e crimes omissivos próprios*. Contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

_____; SCALCON, Raquel Lima. Corruption of Drugs and the Responsibilization of Management for Omission in the Pharmaceutical Sector. Challenges in light of the Brazilian reality. *The Sixth Session of the International Forum on Crime and Criminal Law in the Global Era. Paper Collection*, Pequim, pp. 01-12, out. 2014.

DAVIS, Kevin; TREBILCOCK, Michael. The Relation between Law and Development: Optimists versus skeptics. *New York School of Law, Public Law and Legal Theory research paper series*, nº 08-14, pp. 1-62, 2008. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1124045>>.

DELLEY, Jean-Daniel. Painel 5. Lei e políticas públicas: mecanismos de avaliação (conferência reduzida a termo). In: COELHO, Alberto Pinto (Org.). *Congresso Internacional de Legística: Qualidade da Lei e Desenvolvimento*. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2009.

_____. Pensar a Lei. Introdução a um procedimento metódico. Traduzido por Léo Noronha. *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, v. 7, n. 12, pp. 101-143, jan./jun. 2004.

DEWEY, John. Force and Coercion. *International Journal of Ethics*, vol. 26, n.º 3, pp. 359-367, abr. 1916. Disponível em <<http://www.jstor.org/stable/2377050>>.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La Racionalidad de las leyes penales*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de Direito Constitucional*. Controle de Constitucionalidade e Remédios Constitucionais. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e escolha de bens jurídicos. Traduzido por José Francisco de Faria Costa. *Revista portuguesa de Ciência Criminal*. Lisboa, ano 4, fasc. 2, pp. 151-198, abr./jun. 1994.

DONINI, Massimo. L'eredità di Bricola e il costituzionalismo penale come metodo. Radici nazionali e sviluppi sovranazionali. *Diritto Penale Contemporaneo*, 2012/2, pp. 51-74, 2012.

_____. La relación entre derecho penal y política: método democrático y método científico. Traduzido por Cristina Méndez Rodríguez. *Revista de Estudios de la Justicia*, Santiago do Chile, n.º 4, pp. 27-50, 2002.

_____. Un derecho penal fundado en la carta constitucional: razones y límites. La experiencia italiana. Traduzido por Cristina Méndez Rodríguez. In: *Revista Penal*, Salamanca, n.º 8, pp. 24-38, 2001.

DORBECK-JUNG, Bärbel. *Conceptualizing Legisprudence*. From legislation to responsive regulation. Paper for the Annual Conference of EGPA, 1995. Disponível em <<http://xa.yimg.com/kq/groups/25163150/1549160676/name/dorbeck-jung-conceptualizing.pdf>>.

DWORKIN, Ronald. La lectura moral y la premisa mayoritarista. In: KOH, Harol Hongju; SYLE, Ronald (Org.). *Democracia deliberativa y derechos humanos*. Barcelona: Gedisa, 2004.

_____. *A Matter of Principle*. 9.^a reimp. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2000.

_____. Equality, Democracy and Constitution: we the people in Court. *Alberta Law Review*, vol. 28, n.º 2, pp. 324-46, 1990.

_____. *Law's Empire*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1986.

ELY, John Hart. *Democracy and Distrust*. A theory of Judicial Review. 14. reimp. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

ENGEL, Christoph. The Constitutional Court – applying the proportionality principle – as a subsidiary authority for the assessment of political outcomes. In: *Gemeinschaftsgüter: Recht*,

Politik und Ökonomie. Preprints aus der Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter. Bonn, 2001. Disponível em <<http://papers.ssrn.com/abstract=296367>>.

ENGISCH, Karl. *Einführung in das juristische Denken*. 10. ed. organizada por Thomas Würtenberger e Dirk Otto. Stuttgart: W. Kohlhammer Verlag, 2005.

FAILLACE NETO, Jandyr Maya. Painel 5. Lei e políticas públicas: mecanismos de avaliação (conferência reduzida a termo). COELHO, Alberto Pinto (Org.). *Congresso Internacional de Legística: Qualidade da Lei e Desenvolvimento*. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2009.

FARIA COSTA, José Francisco de. *Noções fundamentais de Direito Penal*. 2. ed. Reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

_____. Reflexões mínimas e tempestivas sobre o direito penal de hoje. In: _____. *Direito Penal e Globalização*. Reflexões não locais e pouco globais. Coimbra: Coimbra Editora e Wolters Kluwer Portugal, 2010.

_____. Uma ponte entre o direito penal e a filosofia penal: lugar de encontro sobre o sentido da pena. In: _____. *Linhas de Direito Penal e de Filosofia*. Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

_____. *O perigo em direito penal*. Contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal*. A Constituição Penal. 2. ed. revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____; ESTELLITA, Heloisa. O Supremo Tribunal Federal e a Liberdade de Manifestação (Considerações sobre o julgamento da ADPF 187). *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 225, a. 9, ago. 2011.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Teoria do Garantismo Penal. 3. ed. Traduzido por Ana Paula Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2010.

FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale*. Parte Generale. 6. ed. Bologna: Zanichelli Editore, 2010.

FIGUEIREDO DIAS, Jorde de. O “Direito penal do bem jurídico” como princípio jurídico-constitucional. Da doutrina penal, da jurisprudência constitucional portuguesa e das suas relações. In: *XXV Anos de Jurisprudência Constitucional portuguesa*. Colóquio comemorativo do XXV aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

_____. *Direito Penal*. Parte Geral. 1. ed. brasileira; 2. ed portuguesa. São Paulo: Coimbra Editora e RT, 2007, tomo I.

_____. *Temas básicos da doutrina penal*. Sobre os fundamentos da doutrina penal sobre a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

FLÜCKIGER, Alexandre. A obrigação jurisprudencial de avaliação legislativa: uma aplicação do princípio da precaução aos Direitos Fundamentais. Traduzido por Marilúcia Chamarelli e Fabiana de Menezes Soares. *Senatus*, Brasília, v. 07, nº 1, pp. 14-23, jul. 2009.

_____. Effectiveness: a new Constitutional principle. *Legislação: Cadernos de Ciência da Legislação*, Oeiras, nº 50, pp. 183-198, 2009. Disponível em <<http://archive-ouverte.unige.ch/unige:5417>>.

FOUCAULT, Michel. *Surveiller et punir*. Naissance de la prison. Reimp. Paris: Gallimard, 2011. Versão original de 1975.

_____. ¿A qué llamamos castigar? In: *A vida de los hombres infames*. Ensayos. Buenos Aires: Editora Altamira, 1996.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Tortura: Breves anotações sobre a Lei nº 9.455/97. *Revista Jurídica de Uniaraxá*, nº 2, vol. 2, pp. 98-123, 1998. Disponível em <<http://www.uniaraxa.edu.br/ojs/index.php/juridica/article/view/99/90>>.

GAROUPA, Nuno. Regulatory Impact Assessment. Economic and Political dimensions. In: MADER, Luzius; TAVARES DE ALMEIDA, Marta (Orgs.). *Quality of Legislation*. Principles and Instruments. Proceedings of the Ninth Congress of the International Association of Legislation (IAL). Baden-Baden: Nomos, 2011.

GOLDER, Ben; FITZPATRICK, Peter. The Laws of Michel Foucault. In: ____ (Org.). *Foucault and Law*. Padstow: Ashgate, 2010.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 2013.

_____. *La Sintassi del Diritto*. Turim: G. Giappichelli Editore, 2011.

_____. Introducción a las técnicas interpretativas. In: ____ *Distinguiendo*. Estudios de teoría y metateoría del *derecho*. Barcelona: Gedisa, 1999.

_____. Jerarquías normativas y normas supremas. In: ____ *Distinguiendo*. Estudios de teoría y metateoría del *derecho*. Barcelona: Gedisa, 1999.

_____. La Invalidez. In: ____ *Distinguiendo*. Estudios de teoría y metateoría del *derecho*. Barcelona: Gedisa, 1999.

_____. Los principios en el derecho positivo. In: ____ *Distinguiendo*. Estudios de teoría y metateoría del *derecho*. Barcelona: Gedisa, 1999.

_____. Norma: una noción controvertida. In: ____ *Distinguiendo*. Estudios de teoría y metateoría del *derecho*. Barcelona: Gedisa, 1999.

_____. Obligación. In: _____. *Distinguiendo*. Estudios de teoría y metateoría del *derecho*. Barcelona: Gedisa, 1999.

_____. Reencuentro con la interpretación. In: _____. *Distinguiendo*. Estudios de teoría y metateoría del *derecho*. Barcelona: Gedisa, 1999.

_____. Acerca de las normas sobre producción jurídica. In: _____. *Distinguiendo*. Estudios de teoría y metateoría del *derecho*. Barcelona: Gedisa, 1999.

_____. *Il giudice e la legge*. Lezioni di diritto costituzionale. Turim: G. Giappichelli Editore, 1995.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Noções fundamentais sobre o Princípio Constitucional da Proporcionalidade. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). *Leituras complementares de Direito Constitucional*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2007.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. 1. ed. reimp. Traduzido por Gilmar Mendes. Porto Alegre: SAFe, 2002. Tradução de: Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten.

HABERMAS, Jürgen. Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Traduzido por Manuel Jiménez Redondo. 4. ed. Madrid: Trotta, 2005.

HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico*. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007.

_____. Derecho Penal simbólico e protección de bienes jurídicos. Santiago do Chile, 1995. Disponível em <http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20130708_01.pdf>.

HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. In: _____(ed.) *La teoría del bien jurídico*. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007.

HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 1. ed. Karlsruhe: Verlag C. F. Müller, 1967.

HUSTER, Stefan. *Rechte und Ziele*. Zur Dogmatik des allgemeinen Gleichheitssatzes. Berlin: Drucker & Humblot, 1993.

IPSEN, Hans Peter. *Über das Grundgesetz*. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1988.

JAKOBS, Günther. *Derecho Penal*. Parte General. 2. ed. Traduzido por Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzales de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997, tomo I. Tradução de: Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre.

JHERING, Rudolf von. *Der Kampf um's Recht*. 18. ed. Viena: Universitäts-Buchhandlung, 1913. Disponível em http://www.koeblergerhard.de/Fontes/JheringDerKampfumsRecht_hgvErmacora1992.pdf.

_____. *Der Zweck im Recht*. 1. ed. Leipzig: Breitkopf & Härtel, 1877, tomo 1.

KARPEN, Ulrich. The evaluation of legislation. In: PITARCH, Ismael E. (Org.) *Legislador i tècnica legislativa*. Barcelona: Publicacions del Parlament de Catalunya, 2003.

_____. *Gesetzgebungs-, Verwaltungs- und Rechtsprechungslehre*. Beiträge zur Entwicklung einer Regelungstheorie. Baden-Baden: Nomos, 1989.

KEYAERTS, David. Interaction between *ex ante* evaluation and judicial review by EU courts. In: MADER, Luzius; MOLL, Chris (Coords.). *The Learning Legislator*. Proceedings of the Seventh Congress of the European Association of Legislation (EAL). Nomos: Baden-Baden, 2009.

KIRCHHOF, Paul. *Verwalten durch "mittelbares" Einwirken*. Colônia: Carl Heymans Verlag KG, 1977.

KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *The Constitutional Structure of Proportionality*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

KNIJNIK, Danilo. *Recurso Especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

KOMMERS, Donald P.; MILLER, Russel A. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. 3. ed. Londres: Duke University Press, 2012.

LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del Derecho*. Traduzido por Marcelino Rodríguez Molinero. Barcelona: Ariel, 1994. Tradução de: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (4. ed., 1980).

LEAL, Fernando. *Ziele und Autorität*. Zu den Grenzen teleologischen Rechtsdenkens. Baden-Baden: Nomos, 2014.

LEÃO, Martha Toríbio. *Controle de Extrafiscalidade*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

LERCHE, Peter. Das Bundesverfassungsgericht und die Verfassungsdirektiven. Zu den "nicht erfüllten Gesetzgebungsaufträgen". *Archiv des öffentlichen Rechts*, v. 90, pp. 341-372, 1965.

LORENTE, José Muñoz. Obligaciones constitucionales de incriminación y derecho penal simbólico. *Revista de Derecho y Proceso Penal*. Madrid, vol. 6, pp. 103-131, 2001.

LUZ, Yuri Corrêa. *Entre bens jurídicos e deveres normativos*. Um estudo sobre os fundamentos do Direito Penal Contemporâneo. São Paulo: IBCCRIM (Monografia nº 64), 2013.

MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Reimp. Oxford: Oxford University Press, 2003.

MACHADO, Maíra Rocha; PIRES, Álvaro Penna et al. Análise das Justificativas para a Produção de Normas Penais. In: *Projeto Pensando o Direito*. Série nº 32/2010. Brasília: Ministério da Justiça (Secretaria de Assuntos Legislativos) e Fundação Getúlio Vargas, 2010.

MADER, Luzius. Logistic training and Education in Switzerland. In: MADER, Luzius; TAVARES DE ALMEIDA, Marta (Orgs.). *Quality of Legislation*. Principles and Instruments. Proceedings of the Ninth Congress of the International Association of Legislation (IAL). Baden-Baden: Nomos, 2011.

_____. Painel 2. Legística: história e objeto, fronteiras e perspectivas (conferência reduzida a termo). In: COELHO, Alberto Pinto (Org.). *Congresso Internacional de Legística: Qualidade da Lei e Desenvolvimento*. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2009.

_____. The Drafting Procedure for Laws and Ordinances in Switzerland. In: MADER, Luzius; MOLL, Chris (Coords.). *The Learning Legislator*. Proceedings of the Seventh Congress of the European Association of Legislation (EAL). Baden-Baden: Nomos, 2009.

_____. Improving legislation by evaluating its effects: the Swiss experience. In: PITARCH, Ismael E. (Org.) *Legislador i tècnica legislativa*. Barcelona: Publicacions del Parlament de Catalunya, 2003.

_____. Evaluation of Legislation. Contribution to the quality of legislation. *Legislationline*, 2001. Disponível em <<http://www.legislationline.org/documents/id/15216>>.

MARMOR, Andrei. *Law in the Age of Pluralism*. Nova York: Oxford University Press, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3. ed. 17.^a Reimp. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Discricionariedade e Controle Judicial*. 2. ed. 8.^a tiragem. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Abstrato de Constitucionalidade: ADI, ADC e ADO*. Comentários à Lei n. 9.868/99. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Controle de Constitucionalidade: Hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 88, vol. 766, pp. 11-28, ago. 1999.

MICHELON, Cláudio Fortunato. Princípios e coerência na argumentação jurídica. Edinburgh School of Law Working Paper series, 2009/8, pp. 1-38, 2009. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1371140>>.

MIRANDA, Jorge. Law, Rule of Law and quality of Law. In: MADER, Luzius; TAVARES DE ALMEIDA, Marta (Orgs.). *Quality of Legislation. Principles and Instruments. Proceedings of the Ninth Congress of the International Association of Legislation (IAL)*. Baden-Baden: Nomos, 2011.

_____. Os Direitos Fundamentais e o Terrorismo: os fins nunca justificam os meios, nem para um lado, nem para outro. In: FARIA COSTA, José Francisco de; SILVA, Marco Antonio Marques da (Org.). *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais. Visão Luso-Brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

MOLL, Chris (Coords.). *The Learning Legislator*. Proceedings of the Seventh Congress of the European Association of Legislation (EAL). Baden-Baden: Nomos, 2009.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 1999.

MORALES ROMERO, Marta Muñoz de. *El Legislador Penal Europeo: legitimidad y racionalidad*. Pamplona: Civitas, 2011.

MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional. In: *Legitimidade e legitimação da Justiça Constitucional*. Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo*. Estudios sobre el Derecho Penal en el Nacionalsocialismo. 4. ed. Valência: Tirant lo blanch, 2003.

NOLL, Peter. *Gesetzgebungslehre*. Hamburg: Rowohlt-Taschenbuch-Verlag, 1973. Disponível em <<https://www.helveticarchives.ch/detail.aspx?ID=184855>>.

NOVAES, Jorge Reis. *As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

OSSENBÜHL, Fritz. Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht. In: STARCK, Christian (Org.). *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*. Festgabe aus Anlass des 25-jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts. Vol. 1 (Verfassungsgerichtsbarkeit). Tübingen: Mohr, 1976.

PACE, Alessandro. *Potere Costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*. 2. ed. Pádua: CEDAM, 2002.

PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. *A fábrica de penas*. Racionalidade legislativa e a lei dos crimes hediondos. Rio de Janeiro: Revan, 2009.

PAULA, Felipe de; ALMEIDA, Guilherme Alberto Almeida de. Avaliação Legislativa e Projeto Pensando o Direito: uma afortunada aproximação. In: *O papel da pesquisa na política legislativa: metodologia e relato de experiências do Projeto Pensando o Direito*. Série Pensando o Direito, n. 50. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos, 2013.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Lecciones de Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2004.

PHILIPPI, Klaus Jürgen. *Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts*. Ein Beitrag zur rational-empirischen Fundierung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen. Colônia: Carl Heymanns Verlag, 1971.

PIRES, Maria Coeli Simões. Painel 4. Diálogos e conflitos no processo de elaboração das leis (conferência reduzida a termo). In: COELHO, Alberto Pinto (Org.). *Congresso Internacional de Legística: Qualidade da Lei e Desenvolvimento*. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2009.

PITA BARROS, Pedro; GAROUPA, Nuno. Avaliação de impacto de normas – Efeitos económicos da alteração ao artigo 81º do Código da Estrada. *Legislação. Cadernos de Ciência da Legislação*, Oeiras, nº 30/31, pp. 135-182, jan./jun. 2001.

POZZOLO, Susanna. O neoconstitucionalismo como *último* desafio ao positivismo jurídico. In: DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*. As faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. São Paulo: Landy, 2006.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Parte Geral. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PRITTWITZ, Cornelius. El derecho penal alemán: ¿Fragmentario? ¿Subsidiario? ¿Ultima ratio? Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del Derecho penal. In: Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (ed.). Área de Derecho Penal de la Universidad de Pompeu Fabra (ed. española). *La insostenible situación del Derecho Penal*. Granada: Editorial Comares, 2000.

PULIDO, Carlos Bernal. Presentación. In: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traduzido por Carlos Bernal Pulido. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. Tradução de: Theorie der Grundrechte.

RANCHORDÁS, Sofía. *Constitutional Sunsets and Experimental Legislation*. A Comparative Perspective. Cheltenham: Edward Elgar, 2014.

RAZ, Joseph. *Between Authority and Interpretation*. On the Theory of Law and Practical Reason. Nova York: Oxford University Press, 2009.

_____. *The Authority of Law*. Essays on Law and Morality. Reimp. Oxford: Clarendon Press, 1983.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*. Parte Geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

REIS NOVAIS, Jorge. *As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal? In: HEFENDEHL, Roland (Ed.) *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.

_____. Dependencia y independencia del Derecho Penal con respecto a la política, la filosofía, la moral y la religión. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid, Tomo LIX, pp. 5-24, 2006.

_____. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. 4. ed. Munique: C.H. Beck, 2006.

_____. *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*. Traduzido por Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. Tradução de: Kriminalpolitik und Strafrechtssystem.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e proporcionalidade: Notas a respeito dos limites e possibilidades de aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos*. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2008.

_____. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 47, p. 60-122, mar./abr. 2004.

SCALCON, Raquel Lima. *Ilícito e Pena: Modelos opostos de fundamentação do Direito Penal contemporâneo*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2013.

SCHAUER, Frederick. *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. Reimp. Oxford: Clarendon Press, 2002.

SCHLAICH, Klaus. *Das Bundesverfassungsgericht: Stellung, Verfahren, Entscheidungen*. 7. ed. Munique: C. H, Beck, 2007.

SCHOBBER, Katharina. *Der Zweck im Verwaltungsrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007.

SCHULZ, Lorenz. De la aceleración de las condiciones de vida. Reflexiones sobre la reacción adecuada del Derecho Penal. In: Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (ed.). Área de Derecho Penal de la Universidad de Pompeu Fabra (ed. española). *La insostenible situación del Derecho Penal*. Granada: Editorial Comares, 2000.

SCHWABE, Jürgen. *Cinqüenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Traduzido por Beatriz Henning et al. Leonardo Martins (Org.). Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005. Tradução de: Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts.

SIEHR, Angelika. "Objektivität" in der Gesetzgebung? Symbolische Gesetzgebung zwischen Rationalitätsanspruch des Gesetzes und demokratischem Mehrheitprinzip. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Stuttgart, vol. 91, caderno 04, pp. 535-557, 2005.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição, Direito Material e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 798, p. 23-50, 2002.

SOARES, Fabiana de Menezes. Notas introdutórias sobre elaboração legislativa: raízes e boas práticas entre Brasil e Canadá. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Número Especial: Jornadas Jurídicas Brasil-Canadá, Belo Horizonte, vol. 50, pp. 153-168, 2013.

_____. Learning to divide the law's contents: the lobby as a strategy for clearer Brazilian legislation. In: MADER, Luzius; MOLL, Chris (Coords.). *The Learning Legislator*. Proceedings of the Seventh Congress of the European Association of Legislation (EAL). Baden-Baden: Nomos, 2009.

_____. Painel 2. Legística: história e objeto, fronteiras e perspectivas (conferência reduzida a termo). In: COELHO, Alberto Pinto (Org.). *Congresso Internacional de Legística: Qualidade da Lei e Desenvolvimento*. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2009.

_____. Legística e desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro da otimização de uma legislação melhor. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, vol. 50, pp. 124-142, jan./jun. 2007.

SOMMERMANN, Karl-Peter. *Staatsziele und Staatszielbestimmung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1997.

SOUSA E BRITO, José de. Jurisdição constitucional e princípio democrático. In: *Legitimidade e legitimação da Justiça Constitucional*. Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

SOUSA, António Francisco de. *"Conceitos Indeterminados" no Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994.

SPOSATO, Karyna Batista. *Direito Penal de Adolescentes*. Elementos para uma teoria garantista. São Paulo: Saraiva, 2013.

STEIN, Ernildo. Não podemos dizer a mesma coisa com outras palavras. In: ZILLES, Urbano (Coord.). *Miguel Reale: estudos em homenagem a seus 90 anos*. Porto Alegre: EdUPUCRS, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. Da proibição do excesso à proibição da proteção deficiente: de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, n. 2, pp. 243-284, 2004.

SUMMERS, Robert Samuel. *Form and Function in a Legal System*. A General Study. Nova York: Cambridge University Press, 2006.

_____. *Instrumentalism and American Legal Theory*. Londres: Cornell University Press, 1982.

_____. Two Types of Substantive Reasons: the Core of a Theory of Common-Law Justification. *Cornell Law Review*, v. 63, nº 5, pp. 707-788, jun. 1978.

TAIPA DE CARVALHO, Américo. *Direito Penal*. Parte Geral. Questões fundamentais. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

TAMANAH, Brian. *Law as a Means to an End*. Threat to the Rule of Law. Nova York: Cambridge University Press, 2006.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa; D'AVILA, Fabio Roberto; CARVALHO, Salo de. O Direito Penal na “luta contra o terrorismo”. Delineamentos teóricos a partir da criminalização dos movimentos sociais – o caso do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra. *Revista Penal e Violência*, Porto Alegre, vol. 04, nº 1, pp. 1-21, jan./jun. 2012.

TAVARES DE ALMEIDA, Marta. Country presentations: Portugal. In: MADER, Luzius; MOLL, Chris (Coords.). *The Learning Legislator*. Proceedings of the Seventh Congress of the European Association of Legislation (EAL). Nomos: Baden-Baden, 2009.

_____. Paine 3. A contribuição da Legística para uma política de legislação: concepções, métodos e técnicas (conferência reduzida a termo). In: COELHO, Alberto Pinto (Org.). *Congresso Internacional de Legística: Qualidade da Lei e Desenvolvimento*. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2009.

_____. Evaluation of Legislation: The Portuguese experience. In: PITARCH, Ismael E. (Org.) *Legislador i tècnica legislativa*. Barcelona: Publicacions del Parlament de Catalunya, 2003.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 5. ed. 12. reimp. São Paulo: Saraiva, 2007.

TORON, Alberto Zacharias. *Crimes Hediondos*. O mito da repressão penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

TRUBEK, David M.; SANTOS, Alvaro (Orgs.). *The New Law and Economic Development*. A critical appraisal. New York: Cambridge University Press, 2006.

UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

VILLALÓN, Pedro Cruz. Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria. In: *Legitimidade e legitimação da Justiça Constitucional*. Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

VOERMANS, Wim. Quality of EU Legislation under Scrutiny: what kind of Problem, by what kind of Standards? In: MADER, Luzius; TAVARES DE ALMEIDA, Marta (Orgs.). *Quality of Legislation*. Principles and Instruments. Proceedings of the Ninth Congress of the International Association of Legislation (IAL). Baden-Baden: Nomos, 2011.

WALDRON, Jeremy. The Concept and the Rule of Law. *Public Law and Legal Theory Research Paper Series* n.º 08-50, nov. 2008. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1273005>.

_____. *Law and Disagreement*. 1. reimpr. Nova York: Oxford University Press, 2004.

WEBER, Max. *Wirtschaft und Gesellschaft*. Grundriss der verstehenden Soziologie. 5. ed. Reimp. Tübingen: J. C. B. Mohr, 2002. Originalmente publicado em 1922.

WEIZSÄCKER, Carl-Friedrich von. *Über die Kunst der Prognose*. Vortrag anlässlich der Jahresversammlung 1968 des Stifterverbandes für die Deutsche Wissenschaft. Bonn: Privatdruck Stifterverband für die Deutsche Wissenschaft, 1968.

WESTERMAN, Pauline. Governing by Goals. Governance as a legal style. *Legisprudence: International Journal for the Study of Legislation*. Hart Publishing, vol. I, nº 1, pp. 51-72, 2007.

WILLIAMS, Bernard. *Utilitarianism*. For and against. 25. reimpr. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2007.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophical Investigations*. Traduzido por G. Anscombe. 3. ed. Reimp. Oxford: Basil Blackwell, 1986. Tradução de: *Philosophische Untersuchungen*, 1953.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal*. Parte General. 2. ed. Buenos Aires: EDIAR, 2002.

_____. *En busca de las penas perdidas*. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal. 2. ed. Bogotá: Temis, 1990.