



SENADO FEDERAL  
**Instituto Legislativo Brasileiro - ILB**

**ISA DE LIMA**

A CRÍTICA DOUTRINÁRIA À IRRACIONALIDADE DA PRODUÇÃO  
LEGISLATIVA PENAL

Brasília

2014

**ISA DE LIMA**

**A CRÍTICA DOUTRINÁRIA À IRRACIONALIDADE DA PRODUÇÃO  
LEGISLATIVA PENAL**

Trabalho final apresentado para aprovação no curso de pós-graduação *lato sensu* em Direito Legislativo, realizado pelo Instituto Legislativo Brasileiro, como requisito para obtenção do título de especialista em Direito Legislativo.

Orientador: Rudinei Baumbach

Brasília

2014

**ISA DE LIMA**

**A CRÍTICA DOUTRINÁRIA À IRRACIONALIDADE DA PRODUÇÃO  
LEGISLATIVA PENAL**

Trabalho final apresentado para aprovação no curso de pós-graduação *lato sensu* em Direito Legislativo, realizado pelo Instituto Legislativo Brasileiro, como requisito para obtenção do título de especialista em Direito Legislativo.

Brasília, de dezembro de 2014

**Banca Examinadora:**

---

Prof. Rudinei Baumbach

---

Prof.

*Meus sinceros agradecimentos a meus amigos, em especial a Iram Viegas, pelo apoio e encorajamento constantes, e a meu orientador, Rudinei Baumbach, pelas considerações seguras e sempre muito pertinentes.*

## RESUMO

Neste trabalho, examinou-se a pertinência da crítica doutrinária à irracionalidade da produção legislativa em matéria penal. Procedeu-se a levantamento de críticas, colhidas na doutrina de Guilherme Nucci e, em menor escala e de forma comparada, na de Rogério Greco, relativas a quarenta e três leis penais produzidas de 2004 a 2013, as quais foram categorizadas segundo os níveis de racionalidade propostos por Manuel Atienza: linguística, jurídico-formal, pragmática, teleológica e ética. Foram detectadas quarenta e seis críticas à racionalidade jurídico-formal; vinte e cinco à racionalidade linguística; catorze à racionalidade teleológica; nove à racionalidade ética e seis à racionalidade pragmática. Na análise das críticas, feita sob o enfoque teórico de Atienza e Díez Ripollés, considerou-se improcedente a afirmação generalizada de que a produção legislativa penal é irracional. Embora muitas críticas sejam pertinentes, outras se mostram passíveis de refutação. Verificou-se que a crítica doutrinária está centrada na racionalidade jurídico-formal, tem dificuldade de dialogar com os demais níveis de racionalidade e de compreender que a racionalidade ética implica privilegiar o sistema de crenças da sociedade, cujos valores e conteúdos devem ser considerados na produção legislativa, sob pena de o Parlamento perder legitimidade política e produzir leis eticamente irracionais.

Palavras-chave: doutrina; crítica; lei penal; irracionalidade; Parlamento.

## **ABSTRACT**

The essay examines the relevance of doctrinal criticism to the irrationality of the legislative production in criminal matters. Criticism was identified and collected from the doctrine of Guilherme Nucci and, in a smaller scale in comparison form, from the work of Rogério Greco, in relation to forty three penal laws produced from 2004 to 2013, which were categorized according to the rationality levels suggested by Manuel Atienza: linguistic, formal-judicial, pragmatic, teleological and ethical. Forty six critical comments found were related to the formal-judicial rationality; twenty-five were related to the linguistic rationality; fourteen to the teleological rationality, nine to the ethical one and six to the pragmatic one. In the review of the criticism, done under the theoretical approach by Atienza and Diez Ripollés, the general affirmation that the penal legislative production is irrational was considered unfounded. Although many critical comments are adequate, others are subject to rejection. Doctrinal criticism was found to be centered around the formal-judicial rationality which has difficulty in maintaining a dialogue with the other levels of rationality as well as in understanding that ethical rationality implies privileging society's belief systems, whose values and content must be taken into consideration in legislative production, under the risk of the Parliament losing political legitimacy and producing criminal laws that are ethically irrational.

**Keywords:** doctrine; criticism; criminal law; irrationality; Parliament.

## **LISTA DE TABELAS**

Tabela 1 – Categorização das críticas de Nucci à legislação penal.....	p. 33
Tabela 2 – Críticas à racionalidade jurídico-formal.....	p. 35
Tabela 3 – Críticas à racionalidade teleológica.....	p. 36
Tabela 4 – Análise Nucci e Greco: resultados gerais.....	p. 54
Tabela 5 – Apontamentos de Nucci e Greco à Lei 12.550/2011.....	p. 58

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
CAPÍTULO 1	
IRRACIONALIDADE LEGISLATIVA: referenciais teóricos.....	12
1.1. Produção legislativa e racionalidade jurídica: distanciamento e aproximação.....	13
1.1.1. Da necessidade de uma racionalidade jurídica voltada à produção legislativa.....	15
1.2 Teoria da Legislação e níveis de racionalidade de Manuel Atienza.....	17
1.3 A irracionalidade da legislação penal sob o enfoque de Ripollés.....	21
CAPÍTULO 2	
DA CRÍTICA DOUTRINÁRIA À IRRACIONALIDADE LEGISLATIVA PENAL.....	31
2.1. Análise geral dos resultados.....	34
2.2. Das críticas à irracionalidade ética.....	37
2.3. Análise das críticas à Lei 11.340/2006.....	45
CAPÍTULO 3	
PERTINÊNCIA DA CRÍTICA DOUTRINÁRIA À IRRACIONALIDADE LEGISLATIVA PENAL.....	52
3.1. Análise comparada Nucci e Greco.....	53
3.2. Pertinência e limitações da crítica doutrinária à irracionalidade legislativa penal.....	60
3.3. O Parlamento em busca de racionalidade: desafios.....	67
CONCLUSÃO.....	71
REFERÊNCIAS.....	74
APÊNDICE A - Levantamento de críticas em Nucci.....	76
APÊNDICE B - Levantamento de críticas Nucci x Greco.....	85

## INTRODUÇÃO

É recorrente a crítica ao Parlamento, oriunda especialmente dos operadores do direito e daqueles que dele se ocupam como objeto de estudo, de que a produção de leis penais, em regra, ocorre de forma açodada e oportunista, ditada por pressões populares e/ou midiáticas que pugnam por maior segurança e controle social, como forma de resposta à ocorrência de crimes geradores de comoção popular e mobilizadores da opinião pública.

Sob essa ótica, a produção das leis penais padeceria de irracionalidade legislativa, porque sua elaboração estaria lastreada mais na vontade do parlamentar em atender à pressão popular e agradar a seu eleitorado – e assim alargar o seu “capital político” –, do que na necessidade de criar uma norma integrada ao ordenamento jurídico, apta a produzir efeitos na realidade social e em sintonia com valores constitucionais e princípios do Direito Penal.

Como resultado, a legislação penal brasileira mostra-se extensa, muitas vezes inócua (simbólica), com normas que, para sua efetiva aplicação, necessitam ser harmonizadas com a Constituição e com a legislação penal pelos operadores do Direito e não raramente desconforme com princípios constitucionais de proteção a direitos e garantias fundamentais e, como tal, carente de reparo na via judiciária.

Nos termos dessa crítica, alguns dos diplomas normativos que apresentariam *status* de irracionalidade, no todo ou em parte, são: Lei dos Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/1990); leis que incluíram o homicídio qualificado e a adulteração de remédios entre os crimes hediondos (Leis n. 8.930/1994 e 9.685/1998, respectivamente); Código de Trânsito (Lei n. 9.503/1997); Lei do Assédio Sexual (Lei n. 10.224/2001); Lei de Combate à Pirataria (Lei n. 10.695/2003); Estatuto do Desarmamento (Lei n. 10.826/2003); Lei do Regime Disciplinar Diferenciado (Lei n. 10.792/2003); Lei Seca (Lei n. 11.705/2008).

Em análise ligeira, verifica-se que a maioria dessa legislação foi produzida nos quinze primeiros anos após a Constituição, no período de 1988 a 2003.

Desse modo, como objeto de pesquisa, considerou-se relevante analisar, com base em critérios analíticos de racionalidade propostos por Manuel Atienza, a pertinência dessa crítica no tocante à legislação penal produzida mais recentemente, a partir de 2004. É a essa análise que se dedica a presente monografia, em que se adota uma perspectiva interna ao Direito Penal, cujo ponto de partida é a própria crítica doutrinária à legislação penal produzida

de 2004 a 2013, com o objetivo de nela identificar questionamentos sobre erros ou inconsistências, formais ou materiais, aos quais se possa atribuir *status* de irracionalidade.

Dada a necessidade de delimitar a abrangência do estudo, optou-se por proceder à coleta de críticas, predominantemente, na doutrina de Guilherme de Souza Nucci, e, de forma complementar e acessória, na de Rogério Greco. Buscou-se, com a escolha desses autores, contemplar posicionamentos representativos da doutrina brasileira em Direito Penal, sem a ambição de abarcar vieses situados em polos doutrinários extremados.

No tocante à legislação, por meio de busca realizada no Sistema de Informações do Congresso Nacional (Sicon), no Portal de Legislação do Senado Federal, com a palavra-chave “penal”, na base de dados “Legislação Federal”, no período entre 1º de janeiro de 2004 e 31 de dezembro de 2013, chegou-se a um total de quarenta e cinco leis, das quais duas foram descartadas, porque referentes a direito penal militar, o que resultou em um montante de quarenta e três diplomas legais, que constituem o *corpus* normativo da pesquisa.

Para operacionalizar a análise, buscou-se categorizar as críticas desses doutrinadores ao *corpus* normativo da pesquisa, adotando-se, como critérios de enquadramento analítico, os cinco níveis de racionalidade propostos por Manuel Atienza, que constituem reconhecido aporte à formulação de uma Teoria Geral da Legislação, a saber: a) linguística; b) jurídico-formal; c) pragmática; d) teleológica; e) ética.

Aos níveis de racionalidade de Atienza somam-se as contribuições de Díez Ripollés, voltadas, especificamente, para o âmbito da racionalidade legislativa penal, que, em conjunto, conformam o referencial teórico a partir do qual as críticas dos doutrinadores à legislação penal são analisadas, com vistas em identificar elementos de irracionalidade legislativa.

Trata-se de pesquisa documental, centrada na análise da legislação penal produzida no período de 2004 a 2013, e bibliográfica, calcada especialmente nos apontamentos doutrinários de Guilherme Nucci e Rogério Greco, no que se refere à crítica da legislação penal, e com suporte analítico nas contribuições teóricas de Manuel Atienza e Díez Ripollés, autores que têm se dedicado ao tema da (ir)racionalidade da produção legislativa nas sociedades modernas, no âmbito de uma incipiente Teoria da Legislação.

Este trabalho divide-se em três capítulos. No primeiro, cuida-se do estudo dos referenciais teóricos que tratam da racionalidade e de seu contraponto – a irracionalidade –, na produção legislativa, com destaque para as contribuições de Atienza e Ripollés.

No segundo capítulo, faz-se a exposição das críticas detectadas na doutrina de Nucci, colhidas em obras comentadas de sua autoria, às quarenta e três leis que constituem o *corpus* normativo da pesquisa, categorizadas conforme os critérios de racionalidade de Atienza; procede-se à análise dos fundamentos e da consistência das críticas direcionadas à racionalidade ética; examina-se, também sob o enfoque da consistência, as críticas detectadas na Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), relativas às racionalidades linguística e teleológica.

No último capítulo, realiza-se análise comparativa das críticas de Nucci e Greco a quinze das quarenta e três leis, com o objetivo de apontar convergências e divergências na visão doutrinária dos autores; procede-se à análise geral da pertinência das críticas doutrinárias ao *corpus* normativo da pesquisa, com destaque para as críticas à racionalidade ética; apontam-se desafios que se impõem ao Parlamento, na busca do aperfeiçoamento da racionalidade legislativa em matéria penal.

Neste trabalho, que se insere na linha de pesquisa Processo e Funções do Legislativo, busca-se avaliar a pertinência da crítica doutrinária à irracionalidade da produção legislativa na área penal, suas possíveis limitações e contribuições que ela pode aportar ao Poder Legislativo, bem como apontar, com base no levantamento bibliográfico utilizado, desafios para o aperfeiçoamento da racionalidade legislativa penal.

## **CAPÍTULO 1**

### **IRRACIONALIDADE LEGISLATIVA: REFERENCIAIS TEÓRICOS**

### 1.1. Produção legislativa e racionalidade jurídica: distanciamento e aproximação

Na atualidade, a propalada irracionalidade das leis e, paralelamente, o descrédito do processo legislativo como núcleo possível de racionalidade jurídica, liga-se ao fenômeno de desvalorização da lei – ou crise da lei – que se produziu a partir do positivismo jurídico e desembocou no contemporâneo Estado de Direito Constitucional.

Essa perspectiva é compartilhada por estudiosos, como Hierro (1996), Ripollés (2005), Lira (2013) e Marcilla (1999), para quem a busca por uma produção legislativa racional desenhou-se a partir do século XVII e princípios do século XVIII, com a emergência do jusnaturalismo racional, cujo objetivo era a elaboração de leis concebidas apenas com o uso da razão, que pudessem transpor os conteúdos do Direito natural para a ordem social.

A perda de *status* da produção legislativa como núcleo de racionalidade jurídica tem início com a passagem do jusnaturalismo para o positivismo jurídico, no qual a lei passa a ser vista não mais como produto da razão, mas sim da vontade humana e, como tal, suscetível a interesses e estímulos diversos que não apenas os da racionalidade jurídica. Essa transição significou o deslocamento da razão do momento da criação do Direito para o momento da aplicação do Direito: a jurisdição (MARCILLA, 1999; RIPOLLÉS, 2005).

Ripollés (2005), em acurada análise política, histórica e social, associa o processo de delimitação entre legislação e jurisdição – e o deslocamento da racionalidade do momento da criação do Direito para o de sua aplicação –, aos diferentes papéis que a lei desempenhou na configuração dos sucessivos Estados de Direito.

Assim, no Estado de Direito positivista, a lei afasta-se de sua vinculação com a razão porque se torna produto da vontade contingente dos detentores da soberania. No Estado social de Direito, Constituições com vastos conteúdos sociais e princípios norteadores da atuação política “restringem o âmbito da lei ao espaço existente entre a atividade regulamentar e o devido respeito aos princípios constitucionais” (RIPOLLÉS, 2005, p. 72). No Estado de Direito Constitucional, a riqueza de prescrições normativas constitucionais principiológicas, faz com que o tradicional princípio da vinculação do juiz à lei seja matizado pela emergência do princípio da vinculação do juiz aos princípios, consolidando a jurisdição como *locus* por excelência da racionalidade jurídica (RIPOLLÉS, 2005, p. 72-73).

A ampliação das fontes de criação do Direito, via incorporação de tratados e acordos internacionais ao ordenamento jurídico dos Estados nacionais, é apontada por Ripollés (2005, p. 77) como outro fator que contribui para o processo de desvalorização da lei. Embora o autor se refira à realidade vivenciada pela Comunidade Europeia, esse fator, em alguma extensão, também se aplica ao Brasil, uma vez que tratados internacionais são incorporados ao ordenamento jurídico pátrio com *status* de lei ou de emendas à constituição, no caso de tratados de direitos humanos, nos termos da Constituição Federal (art. 5º, LXXVIII, § 3º).

Por sua vez, no campo da legislação penal, a emergência contemporânea de uma “sociedade do risco”, termo cunhado por Ulrich Beck (2010, p. 140) para designar uma sociedade que expressa “a acumulação de riscos – ecológicos, financeiros, militares, terroristas, bioquímicos, informacionais –”, faz com que o Direito Penal seja chamado a dar conta de novas formas e tipos de criminalidade e a atuar como panaceia para o crescente sentimento de insegurança que caracteriza as sociedades modernas, mergulhadas em um amplo processo de transformação social e tecnológica (SÁNCHEZ, 2011).

O advento da sociedade do risco acarreta o surgimento do Direito Penal do Risco, em que o Estado amplia de forma ilimitada o seu direito de punir, impulsionado por pressões populares e midiáticas que exigem resposta estatal ao difuso sentimento de insegurança (LIRA, 2013). Com isso, o Direito Penal é mobilizado para fazer frente a riscos abstratos, a ameaças não claramente identificadas, o que resulta no “incremento da previsão legal dos delitos de perigo, principalmente os de perigo abstrato” (CALLEGARI, 2011, p. 33).

No âmbito da sociedade de risco, e da exploração do sentimento de insegurança pelo sistema político, com vistas na própria manutenção, acentua-se a irracionalidade da produção legislativa penal, em razão mesmo da impossibilidade de a lei garantir a segurança e proteção demandadas socialmente. A racionalidade jurídica do processo legislativo, já colapsada pelo protagonismo da jurisdição, perde ainda mais *status*, sobretudo, no campo penal.

No tocante à perda da racionalidade legislativa na sociedade de risco, Ripollés (2005, p. 73) destaca dois aspectos:

por um lado, um intervencionismo administrativo superior ao do Estado social, ao que parece exigir uma legislação imprecisa que permita a discricionariedade administrativa; por outro lado, **realça o protagonismo judicial, pois são os tribunais que, diante da ausência de conhecimentos científicos inequívocos sobre as consequências de tais atividades tecnológicas, em princípio lícitas, têm a última palavra sobre sua procedência. De qualquer forma, a legislação perde racionalidade ou fica condicionada ao casuísmo judicial.** (grifo meu)

A crise da lei, e o deslocamento da racionalidade jurídica da legislação para a jurisdição, conforme desenhada nesses breves apontamentos, colaborou, por um lado, para o desenvolvimento de uma teoria da argumentação jurídica pensada exclusivamente para a aplicação da lei, e, por outro, para deixar em estágio incipiente a elaboração de uma Teoria da Legislação que se ocupe de formular conceitos e critérios direcionados para o momento da criação do Direito, para a racionalidade na produção legislativa.

É sobre a possibilidade, e necessidade, de uma racionalidade dirigida ao processo legislativo, que se tratará a seguir.

### **1.1.1. Da racionalidade jurídica voltada à produção legislativa**

Entre os estudiosos da racionalidade jurídica, questiona-se até mesmo a possibilidade de existência de uma racionalidade legislativa similar à exigida da jurisdição. Luhmann (*apud* RIPOLLÉS, 2005, p. 81) considera que, por ser tarefa da jurisdição a manutenção da consistência do sistema jurídico, só através dela será possível buscar a racionalidade jurídica. Por sua vez, Díez Ripollés e Manuel Atienza, entre outros, defendem que a racionalidade legislativa é necessária à funcionalidade do sistema jurídico, o que requer o desenvolvimento de uma Teoria da Legislação que se ocupe da racionalidade da produção legislativa.

Ripollés (2005, p. 80) destaca que, no âmbito da teoria sistêmica autopoietica de Luhmann, a jurisdição ocupa o lugar central do sistema jurídico, porque lhe cabe a obrigação de decidir, mesmo na ausência de lei, sendo esta a sua contribuição ao fechamento operativo do sistema jurídico sobre si mesmo. Já a legislação, para Luhmann, move-se na periferia do sistema jurídico, em contato com outros sistemas, especialmente o político, de quem recebe estímulos; porém, não está obrigada a decidir, pode realizar ou não modificações jurídicas.

Em contraposição, Ripollés (2005, p. 84) considera que a teoria de Luhmann ignora pressupostos metodológicos, já que o mesmo fechamento autopoietico do sistema jurídico obriga-o a assegurar que a legislação satisfaça suas exigências intra-sistemáticas de coerência, não sendo possível que a legislação, por mais que se encontre na periferia do sistema jurídico, limite-se a meramente refletir os estímulos do sistema político.

Enfatizando que a primazia da racionalidade jurisdicional sobre a legislativa não se justifica, no âmbito do Estado de Direito Constitucional, em que a jurisdição é intérprete da

Constituição, Ripollés (2005, p. 85) sustenta que uma Constituição normativa “sugere uma elevação do nível de racionalidade tanto legislativa quanto jurisdicional, para satisfazer as pretensões teleológicas, éticas e morais da norma fundamental”. Também enfatiza, em defesa da racionalidade legislativa que:

[...] a manutenção do princípio da vinculação do juiz à lei faz com que a racionalidade jurisdicional tenha como pressuposto um nível considerável de racionalidade legislativa. [...] Com efeito, existe um importante substrato de racionalidade comum à legislação e à jurisdição, que é o que permite sua inter-relação, por mais que a ênfase em um ou outro conteúdo possa variar bastante.

Compartilhando desse pensamento, defende-se neste trabalho que a racionalidade legislativa é tão necessária quanto a jurisdicional, sendo ambas instâncias complementares do sistema jurídico, cada qual com peculiaridades próprias. Se a jurisdição tem a obrigação de decidir, isso não retira da legislação a necessidade de buscar a elaboração de leis integradas ao ordenamento jurídico e capazes de produzir efeitos na vida real. Legislação e jurisdição não estão em polos opostos nem ocupam posições excludentes, antes devem dialogar, com vistas na obtenção de um sistema jurídico consistente e livre de contradições, ideal que deve ser buscado tanto na jurisdição quanto no processo legislativo.

Ainda que esse ideal não seja nunca alcançado, por impossibilidade mesmo de realização plena, a obtenção de um sistema jurídico livre de contradições é sempre uma meta de todo processo legislativo. E não é a impossibilidade de seu pleno alcance que deve esmorecer a busca, mas sim fortalecê-la, para que haja ao menos uma aproximação com essa meta, que já que a correspondência total seria a inatingível perfeição.

Aliás sobre a impossibilidade de o sistema jurídico alcançar estágios ideais, como o de justiça, Ferrajoli (2006, p. 423) destaca:

De fato, não existem princípios jurídicos que possam garantir a justiça absoluta de um sistema penal, nem mesmo limitando-nos a seus enunciados normativos e deixando de lado seu funcionamento real. Nem são concebíveis sistemas jurídico-penais perfeitos, sendo, como são, irreduzíveis tanto a autonomia como a pluralidade dos juízos ético-políticos sobre sua imperfeição, assim como a relatividade histórica e política das opções legislativas sobre o que se deve proibir.

Para além das impossibilidades idealmente concebidas, de uma racionalidade legislativa plena e absoluta, defende-se neste trabalho, em consonância com os posicionamentos de Díez Ripollés e Manuel Atienza, que o momento de criação do Direito – o processo legislativo – não apenas pode como deve ser núcleo de racionalidade jurídica.

Com essa consideração, mister tratar da contribuição de Manuel Atienza para uma Teoria da Legislação que se ocupe da racionalidade das leis como objeto central de estudo.

## 1.2. Teoria da Legislação e níveis de racionalidade de Manuel Atienza

O deslocamento da racionalidade jurídica do momento da criação do Direito para o da aplicação refletiu-se intensamente no desenvolvimento das teorias da argumentação e interpretação jurídica, que se debruçaram apenas sobre métodos que aportam racionalidade à justificação das decisões judiciais, em detrimento dos estudos dirigidos a racionalizar as decisões do legislador. Essa lacuna tem sido apontada por Marcilla (1999), Ripollés (2005) e Atienza (1989), sendo que esses últimos têm envidado esforços para a formulação de uma Teoria da Legislação que contemple esse objetivo.

Cumprir destacar, especialmente em se considerando o objeto deste trabalho, que uma Teoria da Legislação, como Ciência do Direito, “deve ser capaz de fornecer as condições de possibilidades para uma boa prática da legislação. Ela não precisa tão-somente descrever o que ‘é’, mas prescrever o que ‘deve ser’” (HOMMERDING; LYRA, 2014, p.17).

Para o espanhol Manuel Atienza (1989), conceituado expoente da filosofia do Direito, a elaboração de uma Teoria da Legislação nesses moldes ainda se encontra em fase incipiente e sua contribuição a seu desenvolvimento envolve a inter-relação entre elementos distintos – editores, destinatários, sistema jurídico, fins e valores – a partir dos quais propõe cinco níveis ou modelos de racionalidade, os quais compõem um método por meio do qual se pode analisar a produção legislativa. São eles:

- a) Racionalidade linguística (R1): refere-se à capacidade de o emissor transmitir com clareza e precisão sua mensagem ao destinatário;
- b) Racionalidade jurídico-formal (R2): consiste na capacidade de a nova lei ajustar-se harmoniosamente, de forma sistematizada e coerente, ao sistema jurídico;
- c) Racionalidade pragmática (R3): refere-se ao potencial da nova lei para fazer com que as condutas dos destinatários se adequem às suas prescrições normativas, ao efetivo cumprimento da norma;
- d) Racionalidade teleológica (R4): refere-se à capacidade da lei em alcançar os fins sociais por ela buscados, está atrelada à sua eficiência social;
- e) Racionalidade ética (R5): refere-se à capacidade da lei, quanto às condutas prescritas e aos fins pretendidos, estar fundamentada em valores passíveis de justificação ética, como dignidade humana, democracia, liberdade e justiça.

As contribuições de Atienza à elaboração de uma Teoria da Legislação têm entre seus objetivos o de buscar uma unidade ou ao menos certa articulação entre os distintos saberes utilizados no processo de elaboração de leis, como Dogmática Jurídica, Teoria Geral do Direito, Lógica, Informática, Ciências da Linguagem, Sociologia, Filosofia. A esse objetivo ele dá o nome de análise de tipo interno da legislação.

Essa análise consiste, basicamente, em considerar a produção legislativa um processo de interação entre distintos elementos (editores, destinatários, sistema jurídico, fins e valores), de modo a definir os atributos de uma lei racional conforme cada nível, indicar que disciplinas tem um papel importante para aquele nível e técnicas capazes de aumentar sua racionalidade.

Porém, se a contribuição de Atienza se restringisse a esse objetivo, como ele próprio assinala, não se trataria de um aporte ao desenvolvimento de uma Teoria da Legislação, mas, sim, à Técnica Legislativa, cujo objetivo, segundo conceito de García-Escudero Marquéz (*apud* LIRA, 2013, p. 48), é “a busca de uma eficiente redação de leis sem afetar a unidade e coerência do ordenamento jurídico, a qualidade, a publicidade e a viabilidade das normas”.

Nesse ponto, ressalte-se que Atienza (1989, p. 387) distingue Técnica Legislativa de Teoria da Legislação, atribuindo à primeira caráter pontual e básico, cujo objetivo não é explicar um fenômeno, mas “indicar cómo conseguir ciertos objetivos a partir de determinados conocimientos”, ao passo que o da segunda é “ofrecer una explicación general del proceso de la legislación y debería ofrecer también los conocimientos básicos que nutrieran a las diversas técnicas legislativas.”

Assim, importa ressaltar que a contribuição fulcral de Atienza para uma Teoria da Legislação reside na análise intercambiada – e não isolada – dos cinco níveis de racionalidade aplicada à produção das normas jurídicas. Trata-se, como ele denomina, de uma análise de tipo externo, que se divide em duas fases: a primeira, uma análise mais estática, que buscaria mostrar como esses níveis de racionalidade se relacionam entre si, mas ainda de forma abstrata, prescindindo do processo real de produção legislativa; e a segunda, mais dinâmica, que trataria de ver como poderiam combinar-se os diferentes níveis de racionalidade para dar conta do processo real de elaboração legislativa (ATIENZA, 1989, p. 388).

A respeito da análise de tipo externo estática (primeira fase), Atienza faz alguns apontamentos sobre existência e possibilidades de relações de independência, subordinação ou contraposição entre os diferentes níveis de racionalidade.

Primeiramente, Atienza (1989) destaca que a racionalidade linguística é o nível mais básico e o que apresenta menos problemas em relação aos demais, dos quais é pressuposto, já que não se pode falar em eficiência ou sistematicidade de uma lei que não seja linguisticamente compreensível. Assim, o alcance da racionalidade jurídico-formal pressupõe a racionalidade linguística.

Ainda, a racionalidade linguística pode combinar-se em uma relação de subordinação com outros níveis, como os da racionalidade pragmática e teleológica, como pode ocorrer em se tratando de legislação simbólica. Nesse caso, as leis costumam ser intencionalmente obscuras e imprecisas, pois a irracionalidade linguística pode ser um meio para se alcançar a racionalidade pragmática (partindo da premissa que a lei foi elaborada para não ser cumprida) ou teleológica (para que não alcance os fins declarados).

Atienza (1989) destaca também que, embora não seja comum, a racionalidade linguística pode subordinar-se à racionalidade ética. Isso ocorre quando se deseja conferir ao órgão aplicador uma ampla margem de discricionariedade, para que este possa exercer juízo de ponderação no caso concreto. Para tanto, no processo de elaboração da lei, recorre-se ao emprego de princípios, que geralmente são expressos em linguagem imprecisa.

Quanto à racionalidade jurídico-formal, Atienza enfatiza que ela apresenta relações mais complexas com outros níveis de racionalidade. No que se refere à racionalidade pragmática, parece estar em relação de independência mútua, pois uma lei pode ser racional, no nível jurídico-formal, sem sê-lo no nível pragmático e, ainda, uma lei pode obter um elevado grau de cumprimento pelos destinatários e ser absolutamente imperfeita sob a perspectiva de sua sistematicidade, de sua integração ao ordenamento jurídico. De qualquer modo, ele salienta, é certo que a sistematicidade de uma lei contribui para que ela seja cumprida, ainda que o fator decisivo para isso não seja o seu alto grau de sistematicidade.

Já entre a racionalidade jurídico-formal e a racionalidade teleológica a relação pode ser até mesmo de oposição. Para ilustrar seu pensamento, Atienza (1989, p. 390) transporta para o momento da criação do Direito, uma perspectiva apontada por Luhmann a respeito da dogmática jurídica, voltada ao campo jurisdicional. Luhmann (*apud* ATIENZA, 1989, p. 390) considera que, nos últimos tempos, em contraposição à dogmática jurídica tradicional, orientada pelo passado, pelas normas postas, tem surgido um novo tipo de dogmática, agora orientada para o futuro, para as consequências, o que poria em risco a própria subsistência da dogmática, já que que a orientação para as consequências significa uma ameaça à segurança jurídica, pois o futuro é muito mais complexo que o passado e também muito mais incerto.

Para Atienza (1989, p. 390-391), a contraposição entre racionalidade orientada a partir da norma (*input*) e a partir das consequências (*output*) apresenta-se também dentro da própria legislação. Isso porque a racionalidade jurídico-formal é basicamente a racionalidade da dogmática – de uma dogmática tradicional que se ocupa de utilizar técnicas para preencher lacunas ou contradições legais –, ao passo que a racionalidade teleológica é aquela com que operam alguns juristas não tradicionais, como o jurista realista ou de orientação sociológica, que consideram o Direito um meio para conseguir certos fins e, nesse viés, manipulam as normas para alcançar determinados objetivos.

No entendimento de Atienza, a contraposição entre racionalidade jurídico-formal e racionalidade teleológica pode ser empiricamente constatada no processo legislativo, em que há participação cada vez maior de economistas e outros cientistas sociais, em detrimento da de juristas de formação clássica. Com isso, tem ocorrido uma perda de racionalidade jurídico-formal e de coerência das leis, sem, entretanto, que se alcance um aumento de eficiência. Para Atienza, a explicação para isso reside no fato de que os aplicadores do Direito – de cujas decisões depende a eficiência ou não das leis – continuam sendo, em sua maioria, juristas que orientam seu trabalho de acordo com uma racionalidade jurídico-formal.

Sobre esse ponto, Atienza conclui que, se na legislação de uma sociedade liberal prevalece o imperativo da coerência e da sistematicidade, em uma sociedade pós-industrial predomina o valor da eficiência social, ou seja, a consecução de certos objetivos sociais.

Indo além nesse pensamento, Atienza (1989, p. 391) associa a contraposição clássica entre segurança e justiça à contraposição entre racionalidade jurídico-formal e racionalidade ética. Para ele, são contrapostos o campo da aplicação do Direito, regido pela segurança jurídica, e o da criação do Direito, regido pela justiça. Assim, conclui, a sistematicidade de uma lei faz com que ela seja um mecanismo de previsibilidade e segurança, mas não faz como que ela assegure liberdade, igualdade ou justiça.

No que se refere às racionalidades pragmática e teleológica, Atienza (1989, p. 392) salienta que as implicações mútuas entre elas são evidentes, o que não significa a existência de uma relação de continuidade, já que o cumprimento de uma lei não implica o atingimento de seus objetivos sociais, de forma que uma lei pode ser racional do ponto de vista pragmático e não sê-lo do ponto de vista teleológico. Excepcionalmente, ainda pode ocorrer de uma lei ser irracional do ponto de vista pragmático (ser cumprida quando foi criada para ser descumprida ou não ser cumprida quando foi criada para ser cumprida), e ser racional no nível teleológico, ao produzir os efeitos previstos pelo editor ou outros considerados desejáveis.

Já a existência de implicações mútuas entre os níveis de racionalidade pragmático e teleológico, de um lado, e ético, de outro, são descartadas por Atienza (1989, p. 392), que considera o cumprimento do Direito e/ou a realização dos objetivos sociais estabelecidos uma questão independente de sua justificação ética. Para ele, trata-se da distinção entre técnica e ética, entre racionalidade instrumental e racionalidade dos fins. Daí porque o nível da racionalidade ética – diferentemente dos outros níveis – não gera nenhuma técnica legislativa, pois não há nenhum procedimento específico para obter liberdade, igualdade e justiça.

Para Atienza, o problema que se apresenta no nível da racionalidade ética é o de mostrar que valores ou teoria ética permite uma mais adequada interpretação dos fins jurídicos últimos buscados pela lei, como liberdade, igualdade e justiça. A concepção ética é o vetor que determina o emprego das técnicas legislativas nas racionalidades instrumentais e responde pelo estabelecimento de limites positivos e, sobretudo, negativos, do desenvolvimento do processo legislativo.

Atienza defende que a racionalidade jurídica é inalcançável sem uma prévia racionalidade legislativa e tampouco há sentido em se falar de uma argumentação jurídica que não abarque a argumentação voltada à elaboração do Direito. A racionalidade em ambos os momentos operativos do Direito – criação e aplicação – não deve se limitar à coerência lógico-formal, mas também se ocupar dos fins a serem alcançados e de princípios morais.

Finalizando esse tópico, destaca-se que os apontamentos de Atienza sobre as possibilidades de combinação entre os cinco níveis de racionalidade conformam a base conceitual utilizada na análise da crítica doutrinária à legislação penal produzida de 2004 a 2013, constante do capítulo 2, acrescida das contribuições teóricas de Díez Ripollés, voltadas especificamente para a irracionalidade da legislação penal, de que agora irá se tratar.

### **1.3. A irracionalidade da legislação penal sob o enfoque de Ripollés**

A despeito do desgaste institucional que a lei vem sofrendo, Ripollés (2005) reputa imprescindível o desenvolvimento de estudos sobre a racionalidade legislativa, especialmente em matéria penal, porque atrelada ao controle social sancionador.

Ripollés (2005, p. 92) relaciona o conceito de racionalidade da legislação penal com a capacidade para elaborar, no âmbito do controle jurídico sancionador, “uma decisão

legislativa que atenda a dados relevantes da realidade social e jurídica sobre os quais ela incide”. A legislação penal somente logrará racionalidade se estiver em consonância com valores e princípios estruturantes da sociedade, os quais derivam de um sistema de crenças profundamente enraizado no ideário coletivo.

Consonante a perspectiva de Ripollés (2005, p. 98), esse sistema de crenças, “cultural e historicamente condicionado, que sustenta uma determinada coletividade, e que condiciona necessariamente o processo legislativo”, constitui o substrato da racionalidade ética, nível fundamental e legitimador da produção legislativa, a partir do qual os demais níveis de racionalidade propostos por Atienza devem se aglutinar e ser analisados.

Sob pena de não se legitimar, a legislação penal, mais ainda porque situada no âmbito do controle social sancionador, precisa guardar correspondência com esse sistema de crenças, conceituado por Ripollés (2005, p. 117) da seguinte forma:

Por sistema básico de crenças deve-se entender uma trama originária de atitudes vitais e de princípios reguladores do comportamento que condicionam de maneira determinante os modos de interação dos membros da sociedade e cuja aceitação está tão arraigada que só muito raramente algum de seus aspectos é submetido a discussão.

Contraopondo as perspectivas de Atienza e Ripollés sobre os níveis de racionalidade legislativa, importa frisar que, para Ripollés, o nível da racionalidade ética precede e condiciona os demais, exatamente porque tem como substrato um sistema de crenças composto por valores e princípios compartilhados socialmente, que necessariamente devem ser considerados na produção de leis penais.

Nesse sentido, Ripollés (2005, p. 97) defende que a “racionalidade ética delimitaria o campo de atuação da demais racionalidades, a teleológica estabeleceria os objetivos a serem satisfeitos dentro desse âmbito, e as restantes se sucederiam numa ordem de projeção decrescente de instrumentalidade.” Considera, ainda, a eficiência uma espécie de dimensão transversal que afetaria cada nível de irracionalidade em si, bem como todos em conjunto.

Ripollés também diverge da conceituação de Atienza no que se refere aos objetivos das racionalidades teleológica e pragmática. Para ele, a racionalidade teleológica não deve se ocupar da eficácia da lei, do alcance dos objetivos sociais perseguidos, mas do debate sobre os próprios objetivos legais da norma, de “assentar as bases de um discurso ético-político no qual se produza uma confrontação racional entre conteúdos éticos de carentes de aceitação geral e irrestrita e interesses particulares e setoriais distintos” (RIPOLLÉS, 2005, p.100).

Dessa confrontação, na qual a participação da opinião pública será decisiva, deverá surgir um acordo político que expresse, no âmbito jurídico-penal, a formulação dos objetivos perseguidos pela norma e que “determine o objeto de tutela, seu grau de proteção desejável e os níveis correspondentes de exigência de responsabilidade e sanção aplicável em caso de descumprimento” (RIPOLLÉS, 2005, p. 101).

Ainda, para Ripollés, diferentemente de Atienza, cabe à racionalidade pragmática ajustar os objetivos traçados pela racionalidade teleológica às possibilidades reais de intervenção social, a fim de assegurar que o mandato de proteção da norma seja suscetível de ser cumprido, seja capaz de reagir a seu descumprimento e seja presumivelmente apto a produzir os efeitos de tutela pretendidos. Portanto, para ele, tanto os elementos de efetividade da norma, de sua colocação em prática, quanto os de sua eficácia, de obtenção dos objetivos de tutela, são parte de uma racionalidade pragmática.

Destaca Ripollés (2005, p. 101), que esse entendimento implica a transferência de conteúdos associados por Atienza à racionalidade teleológica para o nível da racionalidade pragmática, bem como a análise dessas racionalidades em sentido inverso, ou seja, considerando os aspectos de efetividade previamente aos de eficácia.

Sintetizando as considerações de Ripollés (2005, p. 102-103), além do nível de irracionalidade ética, são níveis de irracionalidade instrumental, inter-relacionados entre si:

a) irracionalidade teleológica: quando os objetivos perseguidos pela lei não tiverem sido acordados no marco do conjunto de valores ético-políticos relevantes;

b) irracionalidade pragmática: quando as leis penais não sejam suscetíveis de efetivo cumprimento pelos cidadãos, não tenham significativa aplicação pelos órgãos de controle social ou não alcancem os objetivos propostos;

c) irracionalidade jurídico-formal: quando as leis são inconsistentes consigo mesmas ou quando introduzem ou deixam sem resolver incoerências no setor jurídico em que incidem ou no ordenamento jurídico como um todo;

d) irracionalidade linguística: quando a formulação da lei impede ou dificulta a transmissão de seus conteúdos aos destinatários de seu cumprimento ou de sua aplicação.

No tocante aos conteúdos da racionalidade ética penal, que constitui o limite material mais importante para o legislador, Ripollés (2005, p. 98) distingue três princípios

estruturantes – de proteção, de responsabilidade e de sanção –, que estabeleceriam os contornos básicos de uma intervenção penal legítima, conforme segue:

Os princípios de proteção atenderiam as pautas delimitadoras dos conteúdos de tutela do Direito Penal. Os princípios da responsabilidade se ocupariam dos requisitos que devem concorrer em um comportamento para que se possa exigir responsabilidade criminal em razão dele, e de alguns aspectos de sua verificação. E os princípios de sanção destacariam os fundamentos da reação através de sanções à conduta criminalmente responsável.

Ripollés (2005, p. 144) propõe um modelo estrutural que abrigue os conteúdos da racionalidade ética penal, que tem por ambição abarcar os conteúdos éticos que derivam do sistema de crenças relacionados ao Direito Penal.

No que se refere aos princípios estruturantes jurídico-penais, o autor dedica-se a clarificar a compreensão de cada princípio e, em alguns casos, de subprincípios correspondentes, em profunda e extensa análise que, no âmbito deste trabalho, apenas em linhas gerais será reproduzida.

Dentre os princípios de proteção ou tutela, Ripollés (2005, p. 146 a 154) inclui:

a) da lesividade: refere-se à necessidade de a sociedade se proteger contra condutas socialmente danosas;

b) da essencialidade ou fragmentariedade: refere-se ao emprego do Direito Penal como instrumento para prevenir condutas gravemente prejudiciais à convivência social. Aqui, a análise de Ripollés (2005, p. 150) destoa daquela comumente aceita no meio jurídico, segundo a qual o Direito Penal deve se limitar a proteger os bens jurídicos essenciais para a convivência ante os ataques mais graves, porque seus meios de intervenção afetam direitos e garantias individuais. Para ele, essa análise aporta uma “legitimação desse princípio a partir da natureza da sanção penal e da afetação que a cominação, imposição e execução da pena impõe a interesses individuais”, o que seria uma grave inversão do raciocínio, pois deve ser a gravidade dos ataques o elemento a legitimar as duras intervenções do Direito Penal e não o contrário. Para Ripollés, diante de graves ataques à convivência, parece razoável que a sociedade especialize um de seus subsistemas de controle social para afrontar essas agressões e, por meio dele, utilize todos os meios acessíveis no Estado de Direito para neutralizá-las. Destaca que o princípio da fragmentariedade é, em suas consequências, um princípio expansivo e não limitador, pois a limitação dos objetivos de tutela ocorre exatamente para que seja possível ampliar os meios de intervenção. Serão outros princípios éticos, situados nos âmbitos da responsabilidade e sanção, que frearão a tendência expansiva dos princípios de

proteção, além de elementos da racionalidade ético-política (teleológica) ou pragmática. Ripollés também não relaciona o princípio da subsidiariedade aos conteúdos da racionalidade ética, por considerá-lo instrumental, nem o conecta com o princípio da fragmentariedade;

c) do interesse público: implica dizer que os comportamentos mobilizadores do Direito Penal devem afetar as necessidades do sistema social em seu conjunto. Reflete-se na exigência de que os efeitos da conduta danosa transcendam o conflito entre autor e vítima e sejam percebidos como socialmente danosos na perspectiva dos interesses gerais;

d) da correspondência com a realidade: refere-se à exigência de que toda conduta gravemente danosa aos interesses públicos deve ser passível de constatação por meio das ciências empírico-sociais.

Quanto aos princípios de responsabilidade, que tratam das qualidades socialmente aceitas para que se possa exigir de uma pessoa responsabilidade penal, Ripollés (2005, p. 154 a 168) divide-os em:

a) da certeza ou segurança jurídica: visa a evitar a arbitrariedade estatal. Por meio dele se assegura que o cidadão saiba com precisão em que circunstâncias lhe será exigida responsabilidade e com que consequências, para que possa ajustar seu comportamento à norma. Destaca que o princípio da legalidade formal não pertence a esse nível de racionalidade, mas sim ao nível ético-político da racionalidade teleológica;

b) da responsabilidade pelo fato: busca assegurar que a responsabilidade penal somente incida em condutas externas e concretas. Decompõe-se em dois subprincípios negativos: o da impunidade do mero pensamento e o da impunidade pelo modo de vida;

c) de imputação: abarca critérios éticos pelos quais um comportamento externo e concreto possa ser atribuído a uma pessoa. Decompõe-se em dois subprincípios: a) imputação objetiva, referente à necessidade de que entre a pessoa e o comportamento ou fato exista uma conexão objetiva, expressa na ideia de causalidade; b) imputação subjetiva, relativa à exigência de que a vinculação objetiva entre o fato e a pessoa possa ser atribuída à vontade de atuar ou não atuar dessa pessoa, de forma dolosa ou culposa, o que, em termos éticos, marca a diferença entre aquilo que o sujeito quis e aquilo que o sujeito podia evitar;

d) da responsabilidade ou culpabilidade: expressa a capacidade de renúncia da sociedade em responsabilizar uma pessoa por comportamento que lhe seja imputável se, de alguma forma socialmente aceitável, for possível afirmar que essa pessoa não pôde evitar tomar essa decisão ou foi especialmente difícil evitá-la.

e) de jurisdição: refere-se ao consenso ético para a verificação da responsabilidade penal. Tem como subprincípios: i) o do monopólio estatal da exigência de responsabilidade penal, que visa a impedir a autotutela; ii) o da independência e imparcialidade do órgão julgador; iii) o do procedimento contraditório na determinação da responsabilidade; iv) o da atividade probatória empírica, cujas exigências são: a responsabilidade penal deve estar fundamentada em prévia atividade probatória, de que deriva o princípio da presunção da inocência, e a determinação da responsabilidade deve se ajustar à verdade material.

Já entre os princípios de sanção, Ripollés (2005, p. 168 a 174) insere os seguintes:

a) da humanidade das penas: de formulação negativa, concretiza os níveis de afetação pessoal que não devem ser ultrapassados pela sanção penal. Para Ripollés, apesar de ser um princípio enraizado no sistema de crenças, a concretização de seus conteúdos é difícil, o que o torna pendente de delimitação consistente e alvo de tratamento em racionalidades posteriores;

b) teleológico ou dos fins da pena: refere-se aos efeitos sociopessoais cuja obtenção é considerada eticamente aceitável por meio da sanção penal. Para Ripollés, esse princípio não abarca questões de efetividade ou eficácia, que pertencem a racionalidades instrumentais, pois não trata de expor quais efeitos são os mais adequados para assegurar o cumprimento das leis penais ou para lograr os objetivos de tutela perseguidos. Busca apenas verificar que qualidades devem ter os efeitos sociopessoais produzidos pela sanção penal, para que resultem aceitáveis socialmente. Somente após a definição de que efeitos são socialmente aceitos, passa-se à indagação sobre sua efetividade e eficácia;

c) da proporcionalidade das penas: refere-se à crença de que o mal causado pela pena deve guardar correspondência com a gravidade do dano e a responsabilidade por sua geração;

d) do monopólio punitivo estatal: refere-se à exigência de que seja o Estado, e não grupos ou indivíduos, os responsáveis pela imposição da pena e pelo controle de sua execução. Guarda paralelo com o subprincípio do monopólio estatal da exigência de responsabilidade. Ripollés enfatiza que esse princípio tem sofrido tensões no âmbito da racionalidade pragmática, em razão de institutos como transação e perdão judicial, e com o advento das prisões privadas.

Ao cabo dessa síntese, importa destacar que a contribuição de Ripollés à elaboração de uma racionalidade ética voltada para a produção legislativa não se esgota na análise desses princípios estruturantes – de proteção, responsabilidade e sanção – que estariam alicerçados em um sistema de crenças enraizado socialmente.

A sua contribuição fundamental se refere à busca, no plano ético, de um critério legitimador para a tomada de decisões controvertidas no momento da produção legislativa, em que nenhum conteúdo decisório desfruta de consenso no âmbito do sistema de crenças.

A problematização central de Ripollés (2005, p. 175-176), na busca desse critério legitimador, consiste em:

precisar qual ponto de referência e conseqüentemente qual modo de atuar podemos considerar que conta com o respaldo do nosso sistema de crenças no momento de tomar decisões coletivas vinculantes cujos conteúdos já não podem se basear em crenças compartilhadas. Trata-se, pois, de decisões que têm enfrentar a presença na coletividade de crenças contrapostas ou, ao menos, não coincidentes, de interesses pessoais ou grupais muito diferentes, de apreciações pragmáticas diferenciadas etc.

O critério teria, assim, que legitimar uma decisão legislativa controversa, cujo conteúdo não gozasse de consenso social, mas, antes, fosse objeto de perspectivas e interesses diferenciados e até mesmo opostos. E esse critério teria que emprestar, por seu conteúdo ético, legitimidade às decisões adotadas com base nele.

Ripollés empreende rica análise, cujo enfoque escapa aos objetivos deste trabalho, sobre possíveis critérios legitimadores desse tipo de decisão, nos quais inclui os critérios ideais ou apriorísticos, que teria em Ferrajoli um de seus principais defensores, o critério especializado, que se subdivide em científico-tecnocrático e elitista, e o critério constitucionalista. Destaca-se apenas que, especialmente em contraposição ao critério constitucionalista, Ripollés apresenta o critério democrático como solução para embasar eticamente decisões controversas que não gozem de pleno respaldo no sistema de crenças.

O critério democrático é, portanto, a grande contribuição de Ripollés à Teoria da Legislação, no tocante à racionalidade legislativa penal. Sob esse critério, Ripollés abarca as propostas que acolhem, no momento de tomar uma decisão político-criminal controvertida, as opiniões e valorações majoritárias na sociedade sobre o tema em questão. É também conhecido como o critério das convicções gerais ou da opinião pública.

Ripollés (2005, p. 192) rechaça a perspectiva amplamente difundida de que as Constituições contêm uma boa parte dos princípios jurídico-penais e das decisões político-criminais que irão conformar o Direito Penal. Opõe-se ao critério constitucionalista porque considera uma ficção que a Constituição responda às perguntas fundamentadoras da Política Criminal e do Direito Penal, tendo em vista que:

por mais que se incluam conteúdos implícitos ou imanentes na Constituição, esta não contém nenhum modelo penal, nem um catálogo de bens jurídicos, nem uma estrutura principal acabada, nem

muito menos uma teoria jurídica do delito. Traça, sem dúvida, linhas de atuação em torno de um modelo de sociedade determinado, configurado em linhas gerais e estabelece princípios, direitos fundamentais e critérios de regência sobre os quais estruturá-los. Mas descer ao plano político-criminal não oferece nada além de previsões fragmentárias, certamente de grande transcendência, mas incapazes de se sustentar por si mesmas ou de derivar diretamente delas qualquer programa político-criminal perfilado.

Em complemento, afirma que as teses constitucionalistas reduzem a margem de autonomia do legislador ordinário, o que “constitui um freio à acomodação do subsistema de controle social penal à evolução das necessidades coletivas e à consideração de modificações valorativas importantes que vão acontecendo na sociedade” (RIPOLLÉS, 2005, p. 193).

No campo dos limites materiais constitucionais impostos ao legislador, Ripollés defende que qualquer decisão legislativa que afronte cabalmente os preceitos constitucionais padece de legitimidade. Porém, o legislador ordinário deve ser livre para, observados os princípios constitucionais genéricos, tomar decisões legislativas assentadas sobre a maioria eleitoral de que dispõe, ou seja, legitimadas pelo critério democrático.

Com vistas em embasar sua escolha do critério democrático como elemento ético legitimador de decisões legislativas controversas, Ripollés, apoiando-se no pensamento de Habermas, considera a opinião pública um fenômeno social elementar que cumpriria importante papel na tarefa de criação do Direito e na formulação de um novo paradigma jurídico-procedimental do Estado de Direito, centrado em uma política deliberativa que pensasse nos cidadãos não como meros destinatários de direitos subjetivos, mas sim como agentes criadores do Direito. Nesse sentido, defende:

A autonomia privada só poderá ser garantida se dispusermos de autonomia pública; os seres humanos são livres na medida em que obedecem precisamente às leis que eles mesmo, intersubjetivamente, criaram. É a gênese democrática do Direito que atua de forma preventiva em face da substituição da legitimidade pela simples eficácia. (RIPOLLÉS, 2005, p. 196)

Apoiando-se também, agora no campo da ciência política, no pensamento de Rubin, para quem as preocupações cidadãs devem ser incorporadas a toda decisão política, dado que a agenda das decisões políticas é fruto da inter-relação entre as instituições governamentais e o público e o desempenho de qualquer decisão política pressupõe apoio público, Ripollés (2005, p. 198) enfatiza que a remissão à opinião das maiorias cidadãs para resolver controvérsias sobre diferentes alternativas de atuação social é uma fonte de legitimação política enraizada no sistema de crenças das sociedades modernas.

E vai além ao afirmar que inexistem nas sociedades modernas outra fonte de legitimação das decisões coletivas que não a popular. Assim, o emprego do critério majoritário corresponde cabalmente à estrutura política das sociedades pluralistas e democráticas, que se assentam no pressuposto de que contam com cidadãos competentes para decidir sobre assuntos essenciais da convivência social. Desse modo, “o questionamento dessa capacidade em geral, e sua substituição por outros mecanismos de tomada de decisões coletivas fundamentais, implica a derrubada dos sistemas democráticos” (RIPOLLÉS, 2005, p. 199).

O critério democrático é assim apresentado como o instrumento por meio do qual se aprofundará o desenvolvimento de uma democracia participativa e deliberativa, em que as decisões coletivas sobre questões sociais fundamentais deverão ser fruto de uma “estreita inter-relação das instituições canalizadoras da vontade coletiva com um sem-número de agentes cidadãos, individuais e coletivos” (RIPOLLÉS, 2005, p. 200).

Nesse novo modelo decisório, imperativo potencializar as qualidades do critério democrático e reduzir seus possíveis defeitos, como a manipulação da opinião pública, a incapacidade de a opinião pública abordar temas político-criminais complexos com um mínimo de conhecimento de causa e o condicionamento das opiniões sociais sobre temas político-criminais a suas necessidades psicológico-sociais, o que resultaria em respostas punitivas com forte componente de irracionalidade.

Para tanto, Ripollés sugere a possibilidade de, no contexto decisório, integrar as opiniões dos especialistas com a do conjunto de cidadãos, sendo destes a última palavra. Nesse sentido, propõe o desenvolvimento de uma Teoria da Legislação em que o critério democrático encontre espaço para contextualizar suas prestações; em que a estruturação de uma racionalidade legislativa e sua decomposição em cinco níveis poderá garantir um procedimento discursivo conceitual e valorativamente delimitado, por meio do qual se poderá obter a complementação entre opinião pública e pareceres de especialistas.

Ainda em defesa do critério democrático, Ripollés refuta uma crítica muito difundida nos círculos jurídicos, a da insensibilidade da opinião pública para assegurar direitos e garantias individuais aos delinquentes, de que poderia resultar o sufocamento do Direito Penal garantista, ao afirmar que é exatamente o apoio popular que tornou possível a vigência de princípios garantistas nas sociedades democráticas atuais.

Por fim, Ripollés (2005, p. 208-209) enfatiza que “o saber político-criminal – e o saber jurídico-penal dele derivado – é, como o próprio nome indica, um saber político, e é na arena

política que deve defender seus postulados”. Não é possível, portanto, que fique enclausurado em um saber especializado imune a questionamentos da opinião pública e ainda com pretensão de lhe ser superior. E complementa:

Em outras palavras, por melhores que sejam os argumentos especializados, as propostas correspondentes só adquirirão legitimação democrática e só poderão fazer valer sua pretensão de transformar-se em normas coletivas oponíveis *erga omnes*, na medida em que sejam acolhidas pelas convicções gerais.

Nesse sentido, a produção legislativa baseada apenas em saberes especializados e descolados das convicções gerais padeceria de racionalidade ética e se assimilaria à produção legislativa que teria lugar em um Estado autoritário e não Democrático de Direito. Para Ripollés, o recurso ao critério democrático como princípio último de resolução de controvérsias é condição para que se alcance a racionalidade ética.

A título de finalização deste capítulo, ressalta-se que a análise da legislação penal que será realizada a seguir está ancorada conceitualmente nas contribuições de Atienza para uma Teoria da Legislação, especificamente quanto à delimitação dos cinco níveis de racionalidade, e nos aportes de Ripollés, sobretudo, quanto à supremacia da racionalidade ética sobre as demais racionalidades e o emprego do critério democrático como instrumento para legitimar decisões legislativas controversas.

## **CAPÍTULO 2**

### **DA CRÍTICA DOUTRINÁRIA À IRRACIONALIDADE LEGISLATIVA PENAL**

Com o objetivo de colher uma amostra significativa das críticas doutrinárias à produção legislativa em matéria penal e associá-las aos níveis de racionalidade propostos por Atienza, foram selecionadas quarenta e três leis, que entraram em vigência no período de 1º de janeiro de 2004 a 31 de dezembro de 2013, como *corpus* normativo da pesquisa.

Esses diplomas legais foram analisados segundo a ótica de Guilherme de Souza Nucci, conceituado autor cujas obras na área penal são referência tanto para a doutrina quanto para a jurisprudência. Buscou-se, com a escolha de Nucci, um nome representativo da doutrina brasileira, a fim de que os resultados da pesquisa pudessem espelhar, em certa medida, o pensamento doutrinário sobre a irracionalidade da produção legislativa penal.

As críticas de Nucci às quarenta e três leis foram colhidas, a depender do conteúdo de cada diploma legal – se pertinentes ao Código Penal, ao Código de Processo Penal ou a leis especiais – nas seguintes obras: Código Penal Comentado (2014a); Código de Processo Penal Comentado (2014b); Leis Penais e Processuais Penais Comentadas, vol. 1 (2014c); Leis Penais e Processuais Penais Comentadas, vol. 2 (2014d).

Para tanto, procedeu-se à leitura, nas obras citadas, de cada ato normativo, com o fito de identificar críticas e, em as encontrando, catalogá-las na estrutura analítica formulada por Atienza (1989), ou seja, de acordo com os cinco níveis de racionalidade por ele propostos: linguística (R1), jurídico-formal (R2), pragmática (R3), teleológica (R4) e ética (R5).

Assim, seguindo conceituação de Atienza, foram categorizadas em R1 críticas relativas à redação (equivocada, confusa, emprego de termos vagos, inúteis ou inadequados); em R2, as relativas à falta de coerência e sistematicidade com o próprio texto normativo ou com outras legislações; em R3, as relacionadas ao cumprimento das normas; em R4, as concernentes à capacidade de a norma alcançar os fins declarados; em R5, as direcionadas à falta de sintonia com princípios constitucionais ou com valores ético-político-sociais.

A cada crítica detectada atribuiu-se uma ocorrência, computada numericamente no nível de racionalidade correspondente. Como resultado da análise de todo o *corpus* normativo, foram identificadas vinte e cinco críticas à racionalidade linguística (R1), quarenta e seis à racionalidade jurídico-formal (R2), seis à racionalidade pragmática (R3), catorze à racionalidade teleológica (R4) e nove à racionalidade ética (R5), conforme se verifica na Tabela 1, onde é possível, também, visualizar o montante de críticas a cada diploma legal.

**Tabela 1 – Categorização das críticas de Nucci à legislação penal**

		R1	R2	R3	R4	R5	Total
1	Lei 11.035/2004	1	0	0	1	0	2
2	Lei 10.886/2004	1	0	0	1	0	2
3	Lei 11.113/2005	0	0	0	0	0	0
4	Lei 11.106/2005	0	0	0	0	0	0
5	Lei 11.435/2006	0	0	0	0	0	0
6	Lei 11.343/2006	1	11	3	0	1	16
7	Lei 11.340/2006	5	10	3	2	0	20
8	Lei 11.313/2006	0	1	0	0	1	2
9	Lei 11.596/2007	0	0	0	0	0	0
10	Lei 11.466/2007	0	0	0	0	0	0
11	Lei 11.464/2007	0	0	0	0	0	0
12	Lei 11.449/2007	0	0	0	0	0	0
13	Lei 11.719/2008	3	4	0	0	0	7
14	Lei 11.690/2008	0	0	0	0	0	0
15	Lei 11.689/2008	5	4	0	3	2	14
16	Lei 12.037/2009	0	0	0	0	0	0
17	Lei 12.121/2009	0	0	0	0	0	0
18	Lei 12.033/2009	0	0	0	0	0	0
19	Lei 12.015/2009	0	4	0	0	1	5
20	Lei 12.012/2009	0	0	0	0	0	0
21	Lei 11.983/2009	0	0	0	0	0	0
22	Lei 11.942/2009	0	0	0	0	0	0
23	Lei 11.923/2009	0	1	0	0	0	1
24	Lei 11.900/2009	0	0	0	1	1	2
25	Lei 12.313/2010	0	0	0	0	0	0
26	Lei 12.258/2010	0	0	0	0	0	0
27	Lei 12.245/2010	0	0	0	0	0	0
28	Lei 12.234/2010	0	0	0	0	0	0
29	Lei 12.550/2011	0	3	0	0	0	3
30	Lei 12.529/2011	0	0	0	0	0	0
31	Lei 12.483/2011	0	0	0	0	0	0
32	Lei 12.433/2011	0	0	0	0	0	0
33	Lei 12.403/2011	3	0	0	0	0	3
34	Lei 12.736/2012	0	0	0	0	0	0
35	Lei 12.737/2012	0	1	0	1	0	2
36	Lei 12.720/2012	0	1	0	0	0	1
37	Lei 12.694/2012	0	0	0	0	0	0
38	Lei 12.683/2012	2	1	0	0	1	4
39	Lei 12.654/2012	1	1	0	0	0	2
40	Lei 12.653/2012	0	0	0	1	1	2
41	Lei 12.650/2012	0	0	0	1	0	1
42	Lei 12.894/2013	0	0	0	0	0	0
43	Lei 12.850/2013	3	4	0	3	1	11
	<b>Total</b>	<b>25</b>	<b>46</b>	<b>6</b>	<b>14</b>	<b>9</b>	<b>100</b>

Tendo em vista a impossibilidade de explicitar no corpo deste trabalho o conteúdo de todas as críticas de Nucci aos diferentes níveis de racionalidade<sup>1</sup>, optou-se por fazê-lo de forma parcial e de acordo com os seguintes tópicos: a) análise geral dos dados obtidos; b) análise específica de todas as críticas dirigidas à racionalidade ética, por ser o nível que fundamenta os demais; c) análise de todas as críticas formuladas por Nucci à Lei 11.340/2006, normativo que registrou elevado número de ocorrências vinculadas à racionalidade jurídico-formal (dez) e à linguística (cinco), muitas das quais com base em

<sup>1</sup> As críticas a cada lei podem ser consultadas no Apêndice.

fundamentos precários, razão por que se lhe dedicou atenção especial. Esses são, consecutivamente, os tópicos do presente capítulo.

Registre-se que a avaliação da pertinência das críticas doutrinárias ao *corpus* normativo da pesquisa, de modo geral, será objeto específico de análise no Capítulo 3. Todavia, neste capítulo, foram alvo de questionamento as ocorrências dirigidas à racionalidade ética e à Lei 11.340/2006, sendo que, nesses casos, procedeu-se a debate da crítica, no sentido de perscrutar seus fundamentos e sua pertinência.

## **2.1. Análise geral dos resultados**

Primeiramente, destaca-se que a predominância de críticas à racionalidade jurídico-formal (quarenta e seis) é, de certo modo, previsível, já que esse é o nível em que a dogmática jurídica atua, com o objetivo de articular normas recém-produzidas com a legislação existente, com o Direito posto, procedendo, para tanto, de forma comparativa e baseada em conhecimentos jurídicos e regras de interpretação ditadas pela doutrina e jurisprudência.

Outro resultado relativamente previsível do levantamento realizado, refere-se ao fato de que as críticas à racionalidade linguística apareçam em segundo lugar, com vinte e cinco ocorrências, já que a racionalidade linguística é pressuposto da racionalidade jurídico-formal, conforme salienta Atienza (1989). Assim, o alto índice de ocorrência de ambas, detectado nas críticas de Nucci, tende a ratificar essa afirmação. Trata-se, em geral, de uma relação de subordinação, em que a racionalidade linguística, nível mais básico e instrumental, serve à racionalidade jurídico-formal, bem como aos demais níveis.

Mas, frise-se, a racionalidade jurídico-formal situa-se muito além do nível linguístico, diz respeito à forma como as normas dialogam entre si, se de forma harmônica, contraditória ou desconectada, à observância da legalidade formal, a valores referenciais tradicionalmente utilizados pela doutrina e jurisprudência para estabelecer benefícios ou fixar, nas sanções penais, valores mínimos e máximos e causas de aumento de pena.

Na Tabela 2, a título exemplificativo, apresentam-se vinte e duas críticas, do total de quarenta e seis, relativas à racionalidade jurídico-formal, com destaque para a Lei 11.343/2006, em que foram identificadas onze ocorrências. Saliente-se que, no que se refere à

Lei 12.015/2009 e à Lei 12.550/2011, as críticas à racionalidade jurídico-formal ali registradas serão cotejadas com a visão doutrinária de Rogério Greco, no Capítulo 3.

**Tabela 2 – Críticas à racionalidade jurídico-formal**

<p>Lei 11.343/2006 (Drogas)</p> <p>11 ocorrências</p> <p>Fonte: Leis Penais e Processuais Penais Comentadas, vol. 1, 2014</p>	<p>1. art. 33: amplitude excessiva do tipo penal - equiparação equivocada, quanto ao rigor punitivo, do negociante de entorpecente, que enriquece ilicitamente, com o passador de substância entorpecente proibida, que não tem intuito de lucro. (p. 331)</p> <p>2. § 3º do art. 33: incoerência da pena de multa aplicada ao delito previsto nesse tipo com o delito previsto no § 2º do mesmo artigo. (p. 348)</p> <p>3. parágrafo único do art. 35 (nova figura de associação): agente dessa conduta seria partícipe, remete ao tipo penal do art. 36: desnecessidade da previsão. (p. 363)</p> <p>4. art. 39: exagero punitivo do condutor, pena mínima de 4 anos de reclusão e máxima de seis, caso o veículo se destine a transporte de passageiros. (p. 371)</p> <p>5. inc. IV do art. 40: possibilidade de <i>bis in idem</i>, afronta à legalidade. Não se pode punir por tráfico e por tentativa de homicídio ou uso de arma de fogo. (p. 375)</p> <p>6. parágrafo único do art. 43: aumento exagerado de pena pecuniária até o décuplo. (p. 381)</p> <p>7. art. 44: vedação de fiança, contradição com art. 310, parágrafo único do CPP: juiz pode conceder liberdade provisória sem fiança. (p. 382)</p> <p>8. <i>caput</i> do art. 48: observação de que lei específica prevalece sobre regra geral é desnecessária, esse entendimento integra a lógica do sistema jurídico. (p. 394)</p> <p>9. art. 49: remissão a lei específica (Lei 9.807/1999) desnecessária. (p. 396)</p> <p>10. parágrafo único do art. 57: norma repete o disposto no art. 188 do CPP. (p. 409)</p> <p>11. § 1º do art. 69: as regras de licitação, referentes à habilitação de pessoa jurídica no certame, já tem regulação estatal: desnecessidade da norma. (p. 420)</p>
<p>Lei 11.719/2008</p> <p>4 ocorrências</p> <p>Fonte: Código de Processo Penal Comentado, 2014</p>	<p>1. inc. II do art. 397: exclusão da possibilidade de absolvição sumária em caso de imputabilidade. O juiz pode absolver sumariamente o acusado, aplicando-se medida de segurança, em qualquer momento do processo. (p. 387)</p> <p>2. inc. IV do art. 397: a extinção da punibilidade como hipótese de absolvição sumária foge à sistemática do processo penal brasileiro. (p. 837)</p> <p>3. art. 399: "recebida a denúncia ou queixa" refere-se a momento anterior do processo, tratado no art. 396. Não se recebe duas vezes a peça acusatória. (p. 838)</p> <p>4. § 1º do art. 405: referência a registro do depoimento de investigado e indiciado, mas não do réu, em meios magnéticos, é contraditória. (p. 847)</p>
<p>Lei 12.015/2009</p> <p>4 ocorrências</p> <p>Fonte: Código Penal Comentado, 2014</p>	<p>1. art. 217-A: não equiparação ao conceito de criança do ECA para configuração de vulnerabilidade absoluta. (p. 1055)</p> <p>2. art. 218: tipo problemático, pode atribuir pena menor ao partícipe, em caso de induzimento de vulnerável. (p. 1.061)</p> <p>3. art. 225: erro: a ação pública condicionada à representação da vítima não pode se aplicar quando houver como resultado lesão grave ou morte. (p. 1.069)</p> <p>4. parágrafo único do art. 216-A: causa de aumento de pena de "até um terço": previsão infeliz, fixação dos valores mínimo/máximo cabe ao legislador. (p. 1.053)</p>
<p>Lei 12.550/2011</p> <p>3 ocorrências</p> <p>Fonte: Código Penal Comentado, 2014</p>	<p>1. art. 311-A: indevida inserção do tipo no Título X - Dos crimes contra a fé pública; pois a conduta não atinge fé pública. Deveria constar do Título XI. (p. 1.263)</p> <p>2. erro do legislador: inserção de matéria penal em lei que cria empresa pública. (p. 1.264)</p> <p>3. nomeação idêntica de capítulo e crime: <i>das fraudes em certames de interesse público</i>. Capítulo deve indicar objeto jurídico tutelado; crime, o objeto material. (p. 1.264)</p>

Aparecem em terceiro lugar – com catorze ocorrências – as críticas à racionalidade teleológica, nível instrumental relacionado com o alcance efetivo da norma no mundo da vida, com a consecução dos fins sociais e político-criminais por ela buscados. O alcance da racionalidade teleológica relaciona-se com a definição precisa do objeto de tutela, do nível de proteção que se lhe deseja atribuir e dos tipos de sanção a aplicar, em caso de descumprimento da norma. O quadro abaixo mostra a quase totalidade (doze) das ocorrências detectadas nesse nível (catorze).

**Tabela 3 – Críticas à racionalidade teleológica**

Lei 11.035/2004 (*)	Alínea b do inciso III do § 1º do art. 293: tipo voltado exclusivamente para o combate à sonegação de tributo, não tem como objetivo zelar pela fé pública. (p. 1.217)
Lei 10.886/2004 (*)	Cominação de pena pífia para o novo tipo: violência doméstica, incapaz de dissuadir a prática do crime. (p. 715)
Lei 11.689/2008 (**) 3 ocorrências	1. art. 425: elevação do número de jurados insuficiente. (p. 893) 2. art. 436: alistamento de jurado maior de 18 anos: "o julgamento deveria ser realizado por alguém amadurecido, seguro e firme em suas convicções." (p. 906) 3. art. 490: inviabilidade do preceito, cabe ao juiz presidente controlar as incompatibilidades na ordem de votação dos quesitos. (p. 974)
Lei 11.900/2009 (**)	previsão de fiscalização em sala reservada à videoconferência é inócua, pressão em relação ao réu pode ser concretizada fora da sala. (p. 446)
Lei 12.737/2012 (*)	ação penal prevista no art. 154-B: exigência de representação dificulta punição do crime tipificado no § 1º do art. 154-A, pois o sujeito passivo é a sociedade. (p. 817)
Lei 12.653/2012 (*)	art. 2º: obrigatoriedade de afixar cartaz ou equivalente: Direito Penal simbólico, ameaça de punição passa a ser o real objetivo da norma. (p. 736)
Lei 12.650/2012 (*)	inc. V do art. 111 do CP: previsão atingirá poucos casos, apenas os crimes que se perpetuarem pela continuidade ou gravidade. (p. 625)
Lei 12.850/2013 3 ocorrências Fonte: Leis Penais e Processuais Penais Comentadas, vol. 2, 2014	1. art. 1º: política criminal equivocada a vinculação de organizações criminosas à prática de infrações com pena superior a quatro anos (eliminam-se contravenções e outros crimes com penas máxima iguais ou inferiores a quatro anos). (p. 676) 2. inc. I do art. 4º: a exigência de identificação dos coautores e partícipes e também das infrações penais cometidas, cumulativamente, na delação, dificulta a aplicação do dispositivo e compromete sua efetividade. (p. 692) 3. inc. I do art. 14: a lei não deveria prever o direito do agente a se recusar a iniciar ou cessar a atuação infiltrada, pois a cessação envolve direitos, como a segurança de outros agentes e a consecução de interesses do Estado. (p. 717)

(\*) Fonte: Código Penal Comentado, 2014

(\*\*) Fonte: Código de Processo Penal Comentado, 2014

No tocante à racionalidade pragmática, cumpre destacar sua baixa ocorrência (seis) e assinalar que metade delas não tem o indivíduo ou a sociedade como destinatário da norma, mas o Estado (Poder Executivo) ou a autoridade policial, que atua em nome do Estado.

Destaca-se que três ocorrências foram detectadas na Lei 11.340/2006, que será objeto de tratamento específico no item 2.3. As outras três referem-se a dispositivos da Lei

11.343/2006, todas sobre cominação de penas de multa, consideradas por Nucci excessivas para o brasileiro médio. A primeira trata da pena prevista para delito descrito no § 3º do art. 33 – “Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem” – cuja pena de multa é de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. Nucci (2014c, p. 348) destaca que essa multa é “exorbitante. O mínimo legal encontra-se no patamar de R\$ 11.900,00, totalmente dissociado do panorama do brasileiro comum, que não tem renda para arcar com tal montante.”

Aponta, ainda, incoerência com a pena prevista para o delito tipificado no § 2º do mesmo artigo – “Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga” – que prevê multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa, especialmente porque a pena prevista para o delito do § 3º, para subsunção do fato à norma, deve ser cometido sem intuito de lucro, ao passo que o delito previsto no § 2º possui pena privativa de liberdade em maior montante e ainda pode ser praticado com intuito de lucro (NUCCI, 2014c, p. 348). Essa crítica também foi computada em R2 (jurídico-formal), pois aponta incoerência entre normas.

A segunda e terceira críticas foram direcionadas às penas previstas para os delitos tipificados no art. 34, cujo mínimo possível gira em torno de R\$ 20.400,00 e o máximo atinge a cifra de R\$ 5.100.000,00, e o art. 35, cujo mínimo gira em torno de R\$ 11.900,00 e o máximo alcança R\$ 3.060.000,00. Com respeito a tais multas, Nucci tece a mesma crítica (2014c, p. 360): “Considerando o nível de renda do brasileiro médio, não é preciso dizer que a pena é incompatível com nossa realidade. A menos que o Estado espere o pagamento feito pelo traficante com a verba arrecadada em função do crime, o que seria absurdo.”

A seguir, trata-se das ocorrências relativas à racionalidade ética, que, por sua importância no sistema conceitual de Atienza e Ripollés, demanda o destaque em separado de cada uma, procedendo-se, nos casos em que se considerar necessário, ao debate da crítica.

## **2.2. Das críticas à racionalidade ética**

Foram detectadas nove ocorrências relativas à racionalidade ética, nível mais alto de racionalidade, consoante os referenciais teóricos de Atienza e Ripollés, que precede e sustenta os demais, por ser aquele em que se abrigam princípios constitucionais e valores ético-político-sociais, derivados não apenas da Carta Política, mas também do sistema de crenças –

jurídico, social, político, econômico e cultural – que leva a sociedade a legitimar intervenções estatais, sobretudo na seara penal (RIPOLLÉS, 2005).

Na Lei 11.313/2006<sup>2</sup>, a crítica refere-se ao parágrafo único acrescido ao art. 60 da Lei 9.099/1995, que assim dispõe: “Na reunião de processos, perante o juízo comum ou tribunal do júri, decorrentes da aplicação das regras de conexão e continência, observar-se-ão os institutos da transação penal e da composição dos danos civis”. Nucci (2014d, p. 455) assim sustenta a inconstitucionalidade do dispositivo:

se uma infração de menor potencial ofensivo ocorrer em cenário de conexão ou continência com outro delito qualquer, em face de sua competência constitucionalmente fixada (art. 98, I, CF), deve ser encaminhada ao JECRIM. Permanecerá no juízo original, seja ele qual for, a outra infração penal. Deve haver a *separação dos processos*. É o que ocorre, por exemplo, no caso de infração militar conexa com infração comum. Não pode a lei ordinária alterar o disposto na Constituição Federal. Parece-nos inaplicável o disposto no parágrafo único do art. 60.

A respeito, convém trazer à tona os motivos que levaram o legislador a proceder a tal alteração, extraída da Justificação ao PLS 119/2004<sup>3</sup>, que defendeu a reunião de processos que envolvam delitos de menor potencial ofensivo e infrações comuns, mediante a aplicação de regras de conexão e continência, com a seguinte argumentação:

Tal entendimento, **além de acarretar a demora na entrega da prestação jurisdicional, deixa margem à prolação de decisões contraditórias**, a despeito da identidade do conjunto probatório dos delitos, **causando inegável espécie entre os jurisdicionados**, que não compreendem por que razão, por exemplo, o autor de um homicídio que, no momento da prática do delito, portava substância entorpecente para uso próprio, deve ser julgado por dois juízos distintos, o tribunal do júri e o juizado especial criminal, respectivamente. Cumpre, pois, tornar expresso que, havendo conexão ou continência entre crime da alçada dos juizados especiais e crime cuja pena deste foro o exclua, a competência fica a cargo do juízo com atribuições para processar e julgar o crime mais grave [...]. **A fim de que não se prejudique o réu, impõe-se consignar que, nesses casos, prevalece a aplicação, quanto ao crime de menor potencial ofensivo, dos institutos despenalizadores da transação penal e da composição dos danos civis.** (grifos meus)

Verifica-se que a preocupação do legislador era obter celeridade e unicidade processuais, além de tornar mais claro para os jurisdicionados o funcionamento da Justiça. Igualmente, buscou assegurar a aplicação ao réu, em caso de deslocamento de competência por conexão ou continência, dos institutos despenalizadores previstos para os delitos de

<sup>2</sup> Altera os artigos 60 e 61 da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, e o artigo 2º da Lei 12.259, de 12 de julho de 2001, pertinentes à competência dos Juizados Especiais Criminais, no âmbito da Justiça Estadual e da Justiça Federal.

<sup>3</sup> Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/Materia/getPDF.asp?t=36170&tp=1>

menor potencial ofensivo. Assim, o legislador privilegiou o destinatário da norma, o jurisdicionado, e o fez sem retirar-lhe nenhuma garantia constitucional, ao contrário, buscou assegurá-las.

Também buscou o legislador eliminar decisões judiciais contraditórias, objetivo esse destacado no Protocolo 10984/2006 – *Concurso de Infrações – Competência – Juizado Especial x Justiça Comum – Análise após a Lei nº 11.313/2006* –, elaborado pelo Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais, do Júri e de Execuções Penais (CAOP), do Ministério Público do Estado do Paraná, conforme segue:

A lei de alteração não estabeleceu de forma contrária ao entendimento sedimentado pela jurisprudência. Ela trouxe, sim, a solução para a divergência acerca da necessidade de cisão dos processos em hipóteses de conexão e continência, possibilitando a aplicação dos benefícios da Lei nº 9.099/1995, no que for cabível, também diante do juízo comum.

Quanto ao disposto no art. 98, I, da Constituição, ainda segundo a Justificação do PLS 119/2004, essa competência “não impede que, observados os princípios da ampla defesa e da celeridade processual, a competência para julgar tais crimes seja deslocada para outros foros.”

Feitas essas considerações, não se vislumbra na Lei 11.313/2006 afronta a direitos e garantias materiais, pois a flexibilização de tal regra de competência, de cunho meramente formal, buscou atender objetivos também constitucionais, agora sim, de natureza material, como celeridade processual, eficiência e transparência na prestação jurisdicional. Também não se vislumbra qualquer lesão ao sistema de crenças da população, quanto a valores éticos e sociais arraigados na coletividade, de modo que, com base nos referenciais teóricos de Aienza e Ripollés, o dispositivo não afronta a racionalidade ética.

Na Lei 11.343/2006<sup>4</sup> (Drogas), a crítica de Nucci reproduz declaração de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do art. 33, nos autos do Habeas Corpus n. 97.256-RS, Pleno, Rel. Ayres Britto, 26/8/2010. A esse respeito, o Senado Federal, conferindo eficácia *erga omnes* à decisão, por meio da Resolução n. 52/2012, suspendeu a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" dessa Lei.

---

<sup>4</sup> Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências.

Na Lei 11.689/2008<sup>5</sup>, o doutrinador aponta duas críticas: a primeira refere-se ao inciso I do art. 478, que proíbe às partes fazer referências à decisão de pronúncia, e a segunda, ao art. 483, que, alterando a redação do antigo art. 484, retirou do questionário a ser submetido ao Conselho de Sentença questões relativas a agravantes e atenuantes.

Na primeira, Nucci (2014b, p. 947) sustenta que a vedação imposta pelo dispositivo é inconstitucional, pois “cerceia-se o direito de qualquer das partes de explorar as provas lícitas constantes dos autos.” Acrescenta que é na pronúncia que se demonstra haver prova da materialidade e indícios suficientes de autoria e que a vedação ofende o princípio da soberania dos veredictos, pelo qual os jurados têm direito de conhecer todo o conteúdo do processo.

Aqui, imperioso contrapor que o objetivo desse dispositivo, conforme se constata no parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados ao PL 4203/2001, que resultou na Lei 11.689/2008, é proibir a referência à pronúncia quando ela é feita como “argumento de autoridade”, a fim de não influenciar os jurados leigos. E esse tem sido o entendimento majoritário da doutrina, que sustenta, inclusive, que a simples menção ou leitura da decisão de pronúncia não implica obrigatoriamente nulidade do processo, porquanto se faz necessário que a referência se dê como argumento de autoridade.

Nesse sentido, Mendonça (2009, p. 98) afirma: “não há qualquer vedação a que o promotor faça referência à pronúncia ou àquilo que nela conste, inclusive podendo ler referida decisão, até porque a acusação em plenário será feita nos limites da pronúncia [...]”. Na mesma linha, assevera Badaró (2008, p. 191): “[...] o acusador pode até ler a pronúncia, para expor aos jurados com precisão qual o fato objeto da acusação. Não poderá, porém, se referir à pronúncia, ainda que não a leia, ou ao magistrado que a proferiu, como argumento de autoridade.” Portanto, não se considera tal crítica lesiva à racionalidade ética.

Na segunda crítica, Nucci (2014b, p. 963) considera inconstitucional a ausência de agravantes e atenuantes do questionário a ser submetido ao Conselho de Sentença, como segue: “Devem os jurados deliberar sobre todas as circunstâncias fáticas que envolvem o crime doloso contra a vida. Não se pode, portanto, lesando a soberania do Tribunal do Júri, bem como a sua competência constitucional, eliminar tais questões.”

Sobre a questão, frise-se que a exclusão das agravantes e atenuantes da quesitação insere-se no âmbito de um dos principais objetivos da reforma visados pela Lei 11.689/2008:

---

<sup>5</sup> Altera dispositivos do Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos ao Tribunal do Júri, e dá outras providências

a simplificação do questionário a ser submetido aos jurados. Ademais, essa exclusão não tem suscitado conflitos na doutrina nem na jurisprudência. Nesse diapasão, Mendonça (2009, p. 120) afirma que por se tratar de tema relativo à aplicação da pena, melhor que seu julgamento fique a cargo do juiz-presidente, o que não feriria o princípio da soberania dos veredictos.

Por sua vez, a jurisprudência do STJ é forte no sentido da não indagação de tais circunstâncias aos jurados após a reforma procedimental. Destaque-se que a polêmica jurisprudencial sobre o assunto tem sido no sentido do reconhecimento, pelo juiz-presidente, de atenuantes não sustentadas em Plenário, mas não com relação à exclusão das agravantes e atenuantes da quesitação. Por esses motivos, considerando que o dispositivo não trouxe prejuízos à defesa nem ao réu, não feriu garantias ou direitos materiais, não se vislumbra que tenha ofendido a racionalidade ética.

Na Lei 12.015/2009<sup>6</sup>, a crítica é direcionada ao disposto no art. 229 do CP: “manter, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente”. Considera que a alteração produzida pela norma, que retirou os termos “casa de prostituição” e “lugar destinado a encontros para fim libidinoso”, e inseriu, em seu lugar, a expressão “estabelecimento em que ocorra exploração sexual”, consagrou a punição de quem favorece a prostituição, de modo pacífico e consensual, o que ofende o princípio constitucional da intervenção mínima do Direito Penal. Nesses termos, defende:

A prostituição é fato concreto e, mais, fato penalmente irrelevante. O estabelecimento que abrigue a prostituição nada mais faz do que um favor às pessoas que assim agem. Inexiste qualquer ofensividade a bem jurídico, merecedora de tutela penal. Por isso, a intervenção mínima é desrespeitada. (NUCCI, 2014a, p. 1082)

Ressalte-se que essa legislação também foi analisada sob a perspectiva de Rogério Greco, que apresenta a mesma crítica de Nucci ao art. 229, qual seja, que o dispositivo afronta o princípio da intervenção mínima. Nesse sentido, Greco (2014, p. 786) assim se posiciona:

Acreditamos que o controle social informal, praticado pela própria sociedade, seria suficiente para efeitos de conscientização dos males causados pela prática de determinados comportamentos que envolvem a prostituição, não havendo necessidade de sua repressão por parte do Direito Penal, que deve ser entendido como *extrema* ou *ultima ratio*.

---

<sup>6</sup> Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e o artigo 1º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do artigo 5º da Constituição Federal e revoga a Lei 2.252, de 1 de julho de 1954, que trata de corrupção de menores

Trata-se de norma que invade a esfera da privacidade individual e criminaliza conduta tolerada socialmente. Nesse viés, não se coaduna com o sistema de crenças vigente na sociedade, razão por que, segundo a ótica de Atienza e Ripollés, fere a racionalidade ética.

Na Lei 11.900/2009<sup>7</sup>, o questionamento refere-se à possibilidade de reconhecimento de pessoas por videoconferência, prevista no § 8º do art. 1º da Lei, que alterou o art. 185 do CPP. Nucci (2014b, p. 552) considera inadmissível essa possibilidade, “pois fere a ampla defesa e torna a prova extremamente informal”.

Tal crítica também merece ser analisada com cautela. Isso porque, apesar de apresentar muitas ressalvas quanto ao interrogatório por videoconferência, Nucci (2014b, p. 441) acaba por admitir sua realização, de forma excepcional:

Advinda a Lei 11.900/2009, cumpre-nos analisar o seu conteúdo a fim de se confrontar com o princípio constitucional da ampla defesa. Desde logo, entretanto, fixamos a posição de que o interrogatório e a presença do réu na audiência, pessoalmente, deve ser a regra. **Por absoluta exceção, admitem-se formas alternativas, desde que devidamente fundamentadas pela autoridade judiciária.** (grifo meu)

Porém, ao tratar da videoconferência para o reconhecimento de pessoas, alega sua inconstitucionalidade, por ferir a ampla defesa. Esse posicionamento parece ter sido um lapso do doutrinador, porque se ele admite o interrogatório por videoconferência, ainda que com inúmeras ressalvas, não faz sentido não admitir o reconhecimento de pessoas por esse meio, sempre como exceção, nunca como regra. Além disso, o argumento de que se trata de procedimento informal não procede, já que a alteração no procedimento não indica, necessariamente, aumento de informalidade, nem tem o condão de viciar o ato, simplesmente porque este se deu por meio virtual. Desse modo, mais uma vez, não se considera que o dispositivo legal tenha afrontado a racionalidade ética.

Na Lei 12.683/2012<sup>8</sup>, Nucci considera violação constitucional o teor do art. 17-B, que assim dispõe: “A autoridade policial e o Ministério Público terão acesso, exclusivamente, aos dados cadastrais do investigado que informam qualificação pessoal, filiação e endereço, independentemente de autorização judicial, mantidos pela Justiça Eleitoral, pelas empresas telefônicas, pelas instituições financeiras, pelos provedores de internet e pelas administradoras de cartão de crédito”. Para Nucci (2014d, p. 542) “cadastros sigilosos, estejam onde

---

<sup>7</sup> Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, para prever a possibilidade de realização de interrogatório e outros atos processuais por sistema de videoconferência, e dá outras providências.

<sup>8</sup> Altera a Lei 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro.

estiverem, com qualquer conteúdo, somente podem ser acessados por ordem judicial. Há muito se consolidou tal entendimento pelo STF e demais tribunais pátrios.”

Acerca da constitucionalidade da norma, durante a produção legislativa, o relator, na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, do Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado, n. 209/2003<sup>9</sup>, assim se manifestou:

O dispositivo confere ao Ministério Público e à autoridade policial, independentemente de autorização judicial, acesso a dados relativos apenas à qualificação, filiação e endereço, não se imiscuindo na intimidade individual e, portanto, resguardando a cláusula constitucional prevista no inciso XI, do art. 5º da Constituição Federal, que garante a inviolabilidade do conteúdo da correspondência, das comunicações telegráficas, telefônicas e de dados.

Nesse sentido, Vladimir Aras (2012), no artigo *Requisição de dados cadastrais: o segredo de polichinelo*, pontua:

Os dados cadastrais não estão protegidos pelo direito à intimidade (art. 5º, X, CF), que sequer exige autorização judicial para sua flexibilização, diferentemente do que ocorre no inciso XI (busca domiciliar), inciso XII (interceptação) e inciso LXI (decreto de prisão) do mesmo artigo. Dizendo de outro modo, não há cláusula de reserva de jurisdição para o direito à intimidade.

[...] Nomes completos e dados de filiação, naturalidade, nascimento, casamento e óbito compõem o registro público de pessoas naturais. Quadros societários, endereços pessoais e números de inscrição civil e fiscal constam dos registros públicos das Juntas Comerciais. E assim por diante. Os dados cadastrais são a face pública da personalidade.

Nesses termos, considerando que a Constituição não resguarda o sigilo de dados cadastrais relativos à qualificação pessoal, filiação e endereço, os quais são notoriamente de caráter público, a previsão normativa de acesso a eles, mormente pelo Ministério Público e por autoridade policial, não configura lesão constitucional nem afronta à racionalidade ética.

Na Lei 12.653/2012<sup>10</sup>, Nucci (2014a, p. 734) condena a criminalização da conduta descrita no art. 135-A: “Exigir cheque-caução, nota promissória ou qualquer garantia, bem como o preenchimento prévio de formulários administrativos, como condição para o atendimento médico-hospitalar emergencial.” Considera a criação desse tipo penal lesiva ao princípio da intervenção mínima. Para ele, o delito de omissão de socorro já abrange tal conduta. Além disso, o Estado poderia resolver o problema na esfera administrativa.

Colhe-se, porém, na doutrina de Rogério Greco, posicionamento diverso, no sentido de não considerá-la lesiva ao princípio da intervenção mínima. Greco ressalta que a proibição de exigência de cheque-caução, nota promissória ou qualquer garantia, já constava na

<sup>9</sup> Disponível em: [http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=103258](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=103258)

<sup>10</sup> Acresce o artigo 135-A ao Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para tipificar o crime de condicionar atendimento médico-hospitalar emergencial a qualquer garantia e dá outras providências.

Resolução Normativa n. 44/2003 da Agência Nacional de Saúde, e, ainda, que o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor, mesmo não enfrentando casuisticamente a situação prevista no artigo, já vedavam essa prática. Assim, Greco (2014, p. 371) destaca:

Concluindo que as determinações contidas nos diplomas citados (Código Civil, Código de Defesa do Consumidor, Resolução Normativa) não eram fortes o suficiente a fim de inibir o comportamento por elas proibido, entendeu por bem o legislador fazer editar a Lei nº 12.653, de 28 de maio de 2012, criando uma nova figura típica [...]

Greco também acrescenta que a criação da norma serviu para dirimir controvérsia doutrinária acerca da conduta vedada, se se tratava de extorsão ou omissão de socorro, pois a lei deixou claro que se trata de espécie de omissão de socorro.

Destaque-se que esse posicionamento divergente entre Nucci e Greco, e a apresentação de outras considerações pertinentes à Lei 12.653/2012, serão objeto de tratamento no Capítulo 3. Porém, adianta-se que não se considera que a norma tenha ofendido a racionalidade ética.

Na Lei 12.850/2013<sup>11</sup>, a crítica incide sobre o disposto no § 2º do art. 12: “Os autos contendo as informações da operação de infiltração acompanharão a denúncia do Ministério Público, quando serão disponibilizados à defesa, assegurando-se a preservação da identidade do agente”. Para Nucci (2014d, p. 715), a expressão “assegurando-se a preservação da identidade do agente” pode impedir que o réu e seu defensor tenham acesso pessoal ao agente infiltrado, a fim de contraditá-lo, o que feriria o direito constitucional à ampla defesa.

Com relação a essa crítica, como se trata de norma recente, com pouco mais de um ano de vigência, julga-se prudente aguardar sua repercussão fática e seu manuseio pela jurisprudência, para verificar se procede a hipótese de que venha a ser utilizada para obstaculizar o direito ao contraditório e à ampla defesa. Em tese, caso se confirme essa vocação “indesejável” da norma, ela pode se revelar lesiva à racionalidade ética.

Finalizando as considerações gerais sobre os resultados da exploração bibliográfica apresentada, importa pontuar que, conforme se percebe na Tabela 1, o ano de 2006 (em que foram analisadas a Lei 11.343/2006 e a Lei 11.340/2006) registrou elevação acima da média no número de críticas à racionalidade jurídico-formal (vinte e uma). Para dimensionar melhor

---

<sup>11</sup> Define Organização Criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; Altera o Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; Revoga a Lei 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências.

esse ponto, assim como outros achados, como as críticas à racionalidade linguística (cinco), realizou-se análise em separado da Lei 11.343/2006, tratada a seguir.

### **2.3. Análise das críticas à Lei 11.340/2006**

Na Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) as principais críticas apontadas por Nucci referem-se à racionalidade jurídico-formal (dez) e linguística (cinco).

Verifica-se que parte das críticas à racionalidade linguística decorre do fato de o legislador ter enfatizado, na redação da norma, que a proteção estatal tem como destinatário a mulher. Nucci (2014c, p. 687) considera a expressão “toda mulher goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana”, do art. 2º, uma obviedade inútil, pois “os direitos humanos fundamentais são voltados a qualquer pessoa e não somente às do sexo feminino.”

Igualmente, referindo-se ao art. 3º, destaca que “a todos e não apenas às mulheres” devem ser asseguradas condições para o exercício efetivo dos direitos à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à moradia, ao acesso à justiça etc. Sobre esse dispositivo, o doutrinador afirma: “somente se pode reputar a outro deslize demagógico o estabelecimento do art. 3º, merecedor das mesmas críticas feitas ao art. 2º. Todos os brasileiros devem ter asseguradas as condições para o exercício desse rol de direitos” (NUCCI, 2014c, p. 689).

Ainda, com relação à redação do art. 6º, no trecho “A violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos”), Nucci (2014c, p. 693) assim aponta a “inutilidade” do dispositivo: “qualquer agressão violenta a um ser humano (homem ou mulher) viola direito fundamental, pois pode atingir a vida, a liberdade, a integridade física, dentre outros direitos individuais, merecendo igual repúdio.”

Com relação a tais críticas, destaca-se que a Lei Maria da Penha surge no ordenamento jurídico como política de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher, perpetrada em uma relação de poder e dominação baseada no gênero. Surge ainda como política afirmativa dos direitos da mulher, o que foi explicitado pela Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres no encaminhamento da proposta de lei<sup>12</sup> ao Presidente da República, como segue:

---

<sup>12</sup> Proposição recebida na Câmara dos Deputados como PL 04559/2004, cujo texto está disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=272058>

O projeto delimita o atendimento às mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, por entender que a lógica da hierarquia de poder em nossa sociedade não privilegia as mulheres. Assim, busca atender aos princípios de ação afirmativa que têm por objetivo implementar “ações direcionadas a segmentos sociais, historicamente discriminados, como as mulheres, visando a corrigir desigualdades [...]”.

É nesse contexto, olvidado pelo doutrinador, mas considerado pelo Parlamento no processo legislativo, que a referência reiterada a direitos da mulher – e não a direitos de todos – se impõe: não como inutilidade, mas como forma de afirmação de direitos da mulher, enquanto gênero feminino, porque esse é exatamente um dos fins buscados pela norma. E os fins, porque derivados de uma racionalidade ética, sobrepõem-se a níveis de racionalidade mais básicos, como o linguístico, consoante as contribuições teóricas de Atienza e Ripollés.

As outras duas críticas à racionalidade linguística dizem respeito à redação da norma constante do art. 17: “É vedada a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa”, sobre a qual Nucci (2014c, p. 705) assim se manifesta: “entende-se o objetivo do legislador, porém, lamenta-se não somente a redação da norma, mas, sobretudo, a técnica. Não existem penas de cesta básica.” E discorre sobre a ilegalidade desse tipo de pena, decorrente da má interpretação que parte dos magistrados faz da regra constante do art. 45, § 2º, da Lei 9.099/1995, acrescentando:

O absurdo da prática forense de muitos magistrados leva, agora, o legislador a inserir na lei a proibição de uma pena ilegal. Este é o panorama do sistema judiciário brasileiro, casando-se com o processo legislativo. Enquanto um, em nome da celeridade, cria penas inexistentes, o outro Poder, tentando fazer cessar tal conduta, proíbe o que não existe juridicamente. (NUCCI, 2014c, p. 705)

Está-se, aqui, diante de uma situação apontada por Atienza, quando se refere à análise intercambiada dos níveis de racionalidade. Nesse caso, a racionalidade linguística subordina-se à racionalidade teleológica, ou seja, ainda que não se trate da melhor redação, a mais perfeita tecnicamente falando, o que se busca é assegurar o cumprimento da norma, ou seja, vedar aos magistrados a aplicação de penas substitutivas de caráter pecuniário e outras de natureza similar, como a doação de cestas básicas, o que, independentemente do que seja certo ou errado no sentido formal de legalidade, tem sido prática corrente no Judiciário.

A última crítica à racionalidade linguística refere-se ao termo “notificação”, constante do art. 21, que assim dispõe: “A ofendida deverá ser notificada dos atos processuais relativos ao agressor, especialmente dos pertinentes ao ingresso e à saída da prisão, sem prejuízo da intimação do advogado constituído ou do defensor público.” Sobre esse termo,

Nucci (2014c, p. 710), considerando-o equivocado, destaca: “O correto é *intimação*, pois dá-se ciência à ofendida de que o agressor foi preso ou que saiu do cárcere. A medida não deixa de ser positiva, afinal, quem se sente perseguida deve ter noção de onde anda o agressor.”

O doutrinador, embora considerando a norma materialmente benéfica, enfatiza que o legislador equivocou-se no emprego do termo. Todavia, em outra obra – Código de Processo Penal Comentado – Nucci (2014b, p. 769), considera os termos sinônimos, como segue:

É o ato processual pelo qual se dá ciência à parte da prática de algum outro ato processual já realizado ou a realizar-se, importando ou não na obrigação de fazer ou não fazer alguma coisa. **Não vemos diferença alguma entre os termos intimação e notificação, por vezes usado na lei processual penal.** [...]. Há quem aprecie dizer ser a intimação apenas a ciência de algo e a notificação a convocação a fazer algo, mas nota-se, em várias passagens, que o Código usa, indiscriminadamente, os termos. **Logo, cremos correto unificá-los, considerando-os sinônimos.** (grifos meus)

No que se refere aos apontamentos sobre racionalidade jurídico-formal, Nucci concentra-os, sobretudo, nos artigos 5º e 7º, mas também nos artigos 13 e 43.

Com relação ao *caput* do art. 5º, Nucci (2014c, p. 690) considera o conceito de violência doméstica e familiar contra a mulher “lamentável, pois mal redigida a norma e extremamente aberta. Pela interpretação literal do texto, seria violência doméstica e familiar praticar qualquer crime contra a mulher, pois certamente isto lhe causaria, no mínimo, um sofrimento psicológico.” E continua: “Aliás, o simples fato de a pessoa ser *mulher* não pode torná-la passível de proteção penal especial, pois violaria o princípio constitucional da igualdade dos sexos” (NUCCI, 2014c, p. 690).

Tendo por base as formulações de Atienza e Ripollés sobre a interconexão entre os níveis de racionalidade, importa destacar que, nos casos em que a racionalidade linguística – a mais básica e instrumental de todas – não é alcançada, torna-se mais difícil alcançar as racionalidades subseqüentes, como a jurídico-formal.

Desse modo, se o doutrinador, como enfatizado nas considerações anteriores, analisou a racionalidade linguística de forma estanque, descolada dos objetivos sociais buscados pela norma e das motivações axiológicas que impulsionaram sua criação, terá dificuldade em compreender os demais níveis de racionalidade.

Vale dizer, se o doutrinador tivesse considerado que a Lei Maria da Penha, em sua gênese, consubstancia uma política de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher, perpetrada em uma relação de poder e dominação, histórica, social e culturalmente

construída, baseada no gênero, e uma política afirmativa dos direitos da mulher, muitos de seus questionamentos sobre racionalidade jurídico-formal tenderiam a perder sentido.

Assim, tendo em mira conteúdos éticos e teleológicos da norma, como balizadores interpretativos, dificilmente o autor destacaria que a mulher não pode receber tutela penal especial somente por ser mulher (NUCCI, 2014c, p. 690), já que uma política afirmativa faz exatamente isso, desigual para igualar. Aliás, tem sido esse o entendimento do Supremo Tribunal Federal em julgados relativos à Lei 11.340/2006.

Na ADC 19, por votação unânime, o Plenário do STF declarou, em julgamento realizado em 09/02/2012, a constitucionalidade dos artigos 1º, 33 e 41 da Lei 11.340/2006. Na ocasião, o ministro Gilmar Mendes observou que o próprio princípio da igualdade contém uma proibição de discriminar e impõe ao legislador a proteção da pessoa mais frágil no quadro social. Segundo ele, “não há inconstitucionalidade em legislação que dá proteção ao menor, ao adolescente, ao idoso e à mulher. Há comandos claros nesse sentido”.

Em decisão anterior, tomada no julgamento do Habeas Corpus 106212, em 24/03/2011, também por unanimidade, o Plenário do STF já havia declarado a constitucionalidade do artigo 41 da Lei 11.340/2006, dispositivo que, nas palavras do ministro Marco Aurélio, “se coaduna com o que propunha Ruy Barbosa, segundo o qual a regra de igualdade é tratar desigualmente os desiguais. Isto porque a mulher, ao sofrer violência no lar, encontra-se em situação desigual perante o homem.”

Os objetivos e a racionalidade ética da Lei 11.340/2006 transparecem na fala dos ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio, norteando-lhes a interpretação, que se insere em um contexto específico, permeado de valores próprios. Nucci, por sua vez, por desconsiderar conteúdos teleológicos e éticos, prende-se a uma análise puramente jurídico-formal da lei, que não se conecta com os demais níveis de racionalidade, apenas com o linguístico.

É o que se percebe nas críticas à racionalidade jurídico-formal por ele formuladas, especialmente quanto aos incisos II e III do art. 5º, bem como as relativas aos incisos I, II, IV e V do art. 7º, extraídas de *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*, vol. 1, 2014, abaixo parcialmente reproduzidas, com grifos meus:

<p>Inciso II do art. 5º (âmbito da família): <b>merece interpretação restritiva, sob ofensa ao princípio da taxatividade e, conseqüentemente, legalidade.</b> Para ingressar na família é preciso mais do que se “considerar aparentado”. O termo afinidade não merece crédito em âmbito penal, se desvinculado de norma estabelecida pelo Código Civil. (p. 691)</p>
<p>Inciso III do art. 5º (relação íntima de afeto): <b>não é qualquer relação íntima de afeto que reclama a incidência da lei. Aplicando-se, literalmente, o disposto nesta Lei, teríamos o surgimento do Direito Penal máximo. Cremos ser inaplicável o disposto no inciso III do art. 5º desta Lei, para efeitos penais.</b> Entretanto, a jurisprudência tem dado interpretação ampla à violência doméstica, admitindo toda e qualquer ação coativa contra a mulher [...] (p. 691-692)</p>
<p>Inciso I do art. 7º (violência física): <b>Já existe tipo penal incriminador próprio</b> (art. 129, §§ 9º e 10, do Código Penal). (p. 695)</p>
<p>Inciso II do art. 7º (violência psicológica): Legislador estendeu-se demais nas hipóteses que a retratam, chegando a considerar <i>violência psicológica</i> qualquer dano emocional, humilhação ou ridicularização. <b>Ora, em tese, todo e qualquer crime é capaz de gerar dano emocional à vítima, seja ela mulher, seja homem. Por isso, não se pode ter uma agravante excessivamente aberta.</b> (p. 695)</p>
<p>Inciso IV do art. 7º (violência patrimonial): Segundo nos parece, <b>as imunidades (absoluta ou relativa), fixadas pelos arts. 181 e 182 do Código Penal, continuam vigorando, pois foram criadas para evitar que o Estado se intrometa no cenário familiar, sem qualquer necessidade,</b> ou seja, quando o cerne da questão se circunscrever a mero patrimônio. (p. 696)</p>
<p>Inciso V do art. 7º (violência moral): <b>no contexto dos crimes contra a honra, parece-nos igualmente difícil qualquer reflexo no campo penal. Haveria uma desigualdade artificialmente criada pelo legislador. Inexistindo peculiaridade a fundar o rompimento da igualdade entre as pessoas, parece-nos inconstitucional o tratamento desequilibrado.</b> (p. 696)</p>

Em síntese, a análise jurídico-formal, quando descolada das racionalidades teleológica e ética, tende a se fechar na racionalidade jurídica e a buscar fundamentação tão-somente na legalidade formal.

Quanto à racionalidade pragmática, Nucci aponta três críticas, que possuem um aspecto em comum: são destinatários da norma a autoridade policial ou o Estado, aos quais cabe o cumprimento do preceito legal.

A primeira, refere-se ao disposto no art. 10: “Na hipótese da iminência ou da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, a autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência adotará, de imediato, as providências legais cabíveis.” Sobre ela, Nucci (2014c, p. 698) afirma: “não há necessidade de constar em lei que a autoridade policial, tomando conhecimento de um caso de violência doméstica e familiar contra a mulher, deve agir, conforme determinação legal.”

A segunda e terceira referem-se a incisos do art. 11, nas quais o autor destaca que o Estado não dispõe de estrutura para permitir à autoridade policial cumprir as atribuições ali elencadas. Quanto ao inciso I – garantir proteção policial –, Nucci (2014c, p. 699) discorre:

Ora, sabe-se que nem mesmo a lei de proteção às vítimas e testemunhas (Lei 9.807/99) vem sendo, eficientemente, aplicada, por falta de estrutura do Estado em sustentar os programas de proteção. Portanto, como se pretende garantir à mulher vítima de violência uma proteção policial eficiente, pessoal, direta e contínua?

Com relação ao inciso III – fornecer transporte para a ofendida e seus dependentes para abrigo ou local seguro, quando houver risco de vida –, Nucci (2014, p. 699), enfatizando a necessidade de estrutura, acrescenta: “A autoridade policial não pode criar um lugar para inserir a família vitimizada. O Estado, que nem mesmo cuida de criar e sustentar Casas do Albergado, para condenados em regime aberto, disponibilizará verbas para esse programa?”

No que tange a apontamentos relativos à racionalidade teleológica, concernentes, no dizer de Atienza, ao alcance dos objetivos sociais buscados pela norma, foram detectados apenas dois, um relativo ao art. 44 e outro, ao art. 45.

No art. 44, que modificou o § 9º do art. 129 do CP, Nucci (2014c, p. 719) critica a alteração da pena, que passou a sanção máxima para três anos, mas “diminuiu a pena mínima para três meses, o que soa incompreensível, pois a lesão, em contexto familiar, é sempre mais grave.” Nesse caso, o autor concordou que a infração, no contexto familiar, é mais grave.

Por sua vez, a crítica ao art. 45, que inseriu o parágrafo único ao art. 152 da Lei 7.210/1984 (Lei de Execução Penal), para dispor sobre a faculdade de o juiz determinar o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação em fim de semana, foi assim formulada:

[...] acresceu-se o parágrafo único ao art. 152 da Lei de Execução Penal, permitindo ao juiz obrigar o condenado a comparecer a programas de recuperação e reeducação em relação à violência doméstica e familiar contra a mulher. Resta saber se, quando e como o Poder Executivo vai disponibilizar, na prática, a existência de tais programas. (NUCCI, 2014c, p. 720)

Houve, quanto a essa crítica, dúvida quanto a considerá-la pertinente à racionalidade pragmática ou teleológica, o que revela a dificuldade, assinalada por Atienza e Ripollés, de estabelecer diferenciações estanques entre os níveis de racionalidade, já que os conteúdos desses níveis comumente se entrelaçam. Por questão metodológica, porquanto seu conteúdo pragmático também está presente, optou-se por inseri-la na racionalidade teleológica, considerando-se que a reeducação do agressor é um dos objetivos buscados por essa lei.

Quanto à racionalidade ética, não se detectou ocorrência. Nesse tocante, destaca-se que na ADI 4.424, o STF, por maioria de votos, em sessão realizada em 09/02/2012, julgou procedente a ação e, “dando interpretação conforme aos artigos 12, inciso I, e 16, da Lei

n. 11.340/2006, assentou a natureza incondicionada da ação penal em caso de crime de lesão, pouco importando a extensão desta, praticado contra a mulher no ambiente doméstico.”

Essa decisão buscou eliminar contradição detectada entre dispositivos dessa lei, situada nos níveis de racionalidade jurídico-formal e teleológica. Porém, não se refletiu no nível de racionalidade ética, pois os valores que nortearam a criação da norma – a dignidade da mulher – e os objetivos ético-político buscados – coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher e assegurar a tutela estatal de seus direitos – foram mantidos.

## **CAPÍTULO 3**

# **PERTINÊNCIA DA CRÍTICA DOUTRINÁRIA À IRRACIONALIDADE LEGISLATIVA PENAL**

Neste capítulo, busca-se debater em que medida e até que ponto a crítica doutrinária à irracionalidade legislativa na área penal é pertinente e aporta subsídios para que o Parlamento, durante o processo legislativo, possa assegurar maior racionalidade à sua função constitucional e democrática de produção de leis penais.

Todavia, antes de iniciar esse debate, importa ressaltar que, ainda no âmbito da exposição e caracterização das críticas doutrinárias à irracionalidade legislativa, objeto específico do capítulo anterior, realizou-se também, em menor escala, análise comparativa da crítica de Nucci com a de Rogério Greco, com relação a quinze das quarenta e três legislações que constituem o *corpus* normativo da pesquisa.

A escolha das leis deu-se em razão da possibilidade de coleta da crítica de Greco em obra sua vazada no ano de 2014 – Código Penal Comentado –, para guardar similaridade com as obras de Nucci. Desse modo, foram analisadas de forma comparativa somente os diplomas legais, dentre o montante de quarenta e três, que produziram alterações no Código Penal.

Essa análise comparada constitui o primeiro tópico deste capítulo, sendo que os demais tratam, respectivamente: i) do debate e da reflexão sobre a pertinência das críticas doutrinárias à irracionalidade legislativa penal; ii) dos desafios que se impõem ao aperfeiçoamento da racionalidade legislativa penal.

### **3.1. Análise comparada Nucci e Greco**

Da análise comparada das críticas de Nucci e Greco a quinze legislações assomam convergências e divergências relativas aos diferentes níveis de racionalidade. Como resultado geral, conforme se verifica na Tabela 4, Nucci aponta mais irracionalidades do que Greco, em todos os níveis. Há predominância de críticas à racionalidade jurídico-formal, em Nucci (dez) e em Greco (cinco), e inexistência de críticas à racionalidade pragmática, em ambos os autores. Ainda, o ato normativo que recebeu mais críticas, de Nucci e Greco, foi a Lei 12.015/2009<sup>13</sup>, cujas ocorrências serão objeto de análise destacada.

---

<sup>13</sup> Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores.

**Tabela 4 – Análise Nucci e Greco: resultado geral**

	Doutrinador	R1	R2	R3	R4	R5	Total
Lei 12.737 de 30/11/2012 (delitos informáticos)	Nucci	0	1	0	1	0	2
	Greco	0	0	0	1	0	1
Lei 12.720 de 27/09/2012 (extermínio de seres humanos)		0	1	0	0	0	1
		0	2	0	0	0	2
Lei 12.653 de 28/05/2012 (atendimento médico-hospitalar)		0	0	0	1	1	2
		0	0	0	0	0	0
Lei 12.650 de 17/05/2012 (prescrição de crimes contra crianças e adolescentes)		0	0	0	1	0	1
		0	0	0	0	0	0
Lei 12.550 de 15/12/2011 (fraudes em certames públicos)		0	3	0	0	0	3
		1	0	0	0	0	1
Lei 12.258 de 15/06/2010 (monitoramento eletrônico)		0	0	0	0	0	0
		0	0	0	0	0	0
Lei 12.234 de 05/05/2010 (exclui prescrição retroativa)		0	0	0	0	0	0
		0	0	0	0	0	0
Lei 12.033 de 29/09/2009 (ação penal pública condicionada delito injúria racial)		0	0	0	0	0	0
		0	0	0	0	0	0
Lei 12.015 de 07/08/2009 (estupro de vulnerável /corrupção menores)		0	4	0	0	2	6
		1	2	0	0	1	4
Lei 12.012 de 06/08/2009 (ingresso celular estabelecimento prisional)		0	0	0	0	0	0
		0	0	0	0	0	0
Lei 11.923 de 17/04/2009 (sequestro relâmpago)		0	1	0	0	0	1
		0	1	0	0	0	1
Lei 11.596 de 29/11/2007 (interrupção prescrição: publicação sentença ou acórdão condenatório)		0	0	0	0	0	0
		0	0	0	0	0	0
Lei 11.106 de 28/03/2005 (reforma CP: arts. 148, 215, 216, 226, 227, 231 e acrescenta art. 231-A)		0	0	0	0	0	0
		0	0	0	0	0	0
Lei 11.035 de 22/12/2004 (falsificação selo controle tributário)		1	0	0	1	0	2
		0	0	0	0	0	0
Lei 10.886 de 17/06/2004 (violência doméstica)		1	0	0	1	0	2
		0	0	0	0	0	0
	<b>Total Nucci</b>	<b>2</b>	<b>10</b>	<b>0</b>	<b>5</b>	<b>5</b>	<b>22</b>
	<b>Total Greco</b>	<b>2</b>	<b>5</b>	<b>0</b>	<b>1</b>	<b>1</b>	<b>9</b>

Porém, mais interessante do que o aspecto quantitativo é a análise argumentativa de cada autor. Nesse aspecto, ressalta-se que as convergências foram poucas – três – e as divergências, várias. As convergências se referem à Lei 12.737/2012 (uma R4) e à Lei 12.015/2009 (uma R2 e uma R5), tratadas a seguir.

Na Lei 12.737/2012 (delitos informáticos), Nucci (2014a, p. 813) e Greco (2014, p. 471) criticam a inclusão, no art. 154-A, do elemento normativo *mediante violação indevida de*

*mecanismo de segurança*, pois, consoante essa disposição, somente se configurará o delito se a invasão se der por meio de violação de mecanismo de segurança, o que exclui todos os dispositivos que não contenham mecanismo de segurança. Ou seja, o tipo, criado para punir delitos informáticos, inseriu uma exigência que impede a punição quando o agente invade dispositivo informático alheio que não disponha de mecanismo de segurança. Daí porque a crítica foi atrelada à racionalidade teleológica.

Na Lei 12.015/2009, Nucci e Greco concordam que a previsão constante do art. 229 (casa de prostituição), por punir penalmente conduta tolerada socialmente, invade a esfera privada dos indivíduos e ofende o princípio da intervenção mínima do Direito Penal. Essa crítica, que se insere no âmbito da racionalidade ética (R1), foi abordada no capítulo 2.

Nessa lei, no âmbito da racionalidade jurídico-formal, registram-se ainda entre os doutrinadores uma convergência e várias divergências, inclusive sobre o mesmo dispositivo, demonstrando que esse nível comporta várias interpretações, algumas bastante discrepantes.

A primeira divergência refere-se ao art. 217-A: “Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos.” Nucci, trazendo à tona o debate sobre presunção de violência absoluta e relativa, antes referida ao art. 224, *a*, do CP, considera que o legislador deveria ter adotado o conceito de criança do ECA – pessoa menor de 12 anos –, para configurar a vulnerabilidade absoluta, para evitar que a relação sexual com menor de 14 anos fosse considerada, sempre, estupro, com o que ele não concorda, como segue:

**O legislador, na área penal, continua retrógrado e incapaz de acompanhar as mudanças de comportamento reais na sociedade brasileira, inclusive no campo da definição de criança e adolescente.** Perdemos uma oportunidade ímpar para equiparar os conceitos com o Estatuto da Criança e do Adolescente, ou seja, criança é a pessoa menor de 12 anos; adolescente, quem é maior de 12 anos. Logo, a idade de 14 anos deveria ser eliminada desse cenário. A tutela do direito penal, no campo dos crimes sexuais, deve ser absoluta, quando se tratar de criança (menor de 12 anos), mas relativa ao cuidar do adolescente (maior de 12 anos). É o que demanda a lógica do sistema legislativo, se analisado em conjunto. Desse modo, **continuamos a sustentar ser viável debater a capacidade de consentimento de quem possua 12 ou 13 anos, no contexto de estupro de vulnerável.** Havendo prova de plena capacidade de entendimento da relação sexual (ex.: pessoa prostituída), não tendo ocorrido violência ou grave ameaça real, nem mesmo qualquer forma de pagamento, o que poderia configurar o crime do art. 218-B, o fato pode ser atípico ou comportar desclassificação. (NUCCI, 2014a, p. 1.055) grifos meus

Já Greco defende que o legislador, na redação do art. 217-A, pretendeu encerrar a discussão doutrinária e jurisprudencial sobre presunção de violência absoluta ou relativa, que fazia com que, nas decisões de tribunais, elementos de natureza subjetiva fossem

considerados, para reconhecer ou afastar a presunção de violência, como o comportamento sexual da vítima, seu relacionamento familiar, entre outros, em detrimento da natureza objetiva da idade fixada pelo legislador.

Para Greco (2014, p. 741), com a Lei 12.015/2009, o delito que se convencionou denominar de estupro de vulnerável, justamente para identificar a situação de vulnerabilidade em que se encontra a vítima, impede que os tribunais adotem outro entendimento quando a vítima do ato sexual for alguém menor de catorze anos. E transcreve parte da Justificação ao projeto que culminou na edição da Lei 12.015/2009, referente ao dispositivo:

**o art. 217-A, que tipifica o estupro de vulneráveis, substitui o atual regime de presunção de violência contra criança ou adolescente menor de 14 anos**, previsto no art. 224 do Código Penal. Apesar de poder a CPMI advogar que é absoluta a presunção de violência de que trata o art. 224, não é esse o entendimento em muitos julgados. O projeto de reforma do Código Penal, então, destaca a vulnerabilidade de certas pessoas, não somente crianças e adolescentes com idade até 14 anos, mas também a pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental, não possui discernimento para a prática do ato sexual, e aquela que não pode, por qualquer motivo, oferecer resistência; **e com essas pessoas considera como crime ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso; sem entrar no mérito da violência e sua presunção. Trata-se de objetividade fática.** (grifos meus)

Greco (2014, p. 741) ainda enfatiza que a determinação da idade da vítima foi uma eleição político-criminal feita pelo legislador. Desse modo, se “o agente tinha conhecimento de que a vítima era menor de 14 anos, mesmo já prostituída, o fato poderá se amoldar ao tipo penal que prevê o delito de estupro de vulnerável.”

Outra divergência refere-se ao art. 218: “Induzir alguém menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem”, cuja pena é de reclusão de 2 a 5 anos. Nucci (2014a, p. 1.061) considera esse tipo “desnecessário e problemático”, porque pode atribuir pena menor ao partícipe, já que, por uma leitura literal do dispositivo, o induzimento estaria contemplado no art. 218, mas não outras formas de participação, como auxílio ou instigação, que responderiam pelo art. 217-A, cuja pena é de reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos, c/c art. 29, do CP. O art. 218 poderia, nessa linha, configurar figura autônoma que beneficia o partícipe.

Greco (2014, p. 753), rechaçando tal análise, enfatiza que o art. 218 refere-se a uma “modalidade especial de lenocínio, em que o agente presta assistência à libidinagem de outrem, tendo ou não a finalidade de obter vantagem econômica”. Enfatiza que o dispositivo, dando nova roupagem ao crime de corrupção de menores, comporta condutas como a de induzir a vítima a fazer ensaio fotográfico nua, fazer danças eróticas etc, mas não a de

submeter a vítima à conjunção carnal ou a outros atos libidinosos. Nesse diapasão, Greco (2014, p. 754) afirma:

É importante frisar que, em nenhum momento, a vítima menor de 14 anos poderá ser submetida à conjunção carnal ou a outros atos libidinosos, pois que, se isso ocorrer, estaremos diante do delito de estupro de vulneráveis, tipificado no art. 217-A do Código Penal, e não o crime de corrupção de menores, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei 12.015/2009.

Por isso, não podemos concordar com Nucci quando afirma que o atual art. 218 criou uma exceção pluralística à teoria monística, impedindo a punição do partícipe de estupro de vulnerável, pela pena prevista para o art. 217-A, quando se der na modalidade de induzimento.

Uma crítica à racionalidade jurídico-formal compartilhada por ambos os autores refere-se ao art. 225: “Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação”, cujo parágrafo único assim dispõe: “Procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável.”

A contradição do legislador, apontada pelos doutrinadores, diz respeito ao fato de que o Capítulo II trata dos crimes sexuais contra vulnerável e, nesses casos, a ação penal é pública incondicionada, conforme disposto no parágrafo único do art. 225. Assim, a referência ao Capítulo II não deveria constar no *caput* do art. 225, pois somente quanto aos crimes previstos no Capítulo I (dos crimes contra a liberdade sexual) é que se procede mediante ação penal pública condicionada à representação.

Todavia, o entendimento convergente quanto ao dispositivo por parte dos doutrinadores se encerra aí. Para Greco, o disposto no art. 225 não afasta a vigência da Súmula nº 608 do STF: “No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada.” Para ele, se o estupro for cometido com violência real, a ação penal será de iniciativa pública incondicionada, somente se exigindo a representação se o crime for cometido com o emprego de grave ameaça. Já Nucci (2014a, p. 1.068) entende que, com o art. 225, “elimina-se a Súmula nº 608 do STF, vale dizer, em caso de estupro de pessoa adulta, ainda que cometido com violência, a ação é pública condicionada à representação.”

Ainda com relação ao art. 225, Nucci e Greco também divergem quanto à solução idealizada para contornar o descuido do legislador em não excetuar, nesse artigo, o crime de estupro (delito contra a liberdade sexual, previsto no Capítulo I), quando este for qualificado pelo resultado lesão grave ou morte, pois, nesse caso, a ação penal deve ser pública incondicionada e não condicionada à representação, como previsto no dispositivo.

Nucci (2014a, p. 1.070) aponta como solução para o impasse a aplicação do art. 101 do CP, que dispõe sobre a ação penal no crime complexo, da seguinte forma:

O estupro seguido de morte ou lesão grave é crime complexo em sentido estrito, pois composto por um constrangimento ilegal para obter conjunção carnal ou outro ato libidinoso associado às lesões graves ou morte. O elemento lesão grave (art. 129, §§ 1º e 2º, CP) comporta ação penal pública incondicionada. O elemento morte (art. 121, CP) igualmente. Portanto, como nessas duas últimas situações a legitimidade, incondicionada, pertence ao Ministério Público, o estupro com resultado lesão grave ou morte também comporta ação pública incondicionada.

Diversa é a fundamentação encontrada por Greco para solucionar o problema, extraída de uma visão constitucionalista e não legalista, a qual, reportando-se à doutrina de Paulo Rangel, esteia-se em princípios de envergadura constitucional:

Temos que aplicar os princípios da razoabilidade, da conformação do legislador ordinário à Constituição da República; da proibição do retrocesso social e o da interpretação conforme à Constituição para entendermos que em se tratando de estupro com resultado lesão grave ou morte, ou ainda, se a vítima é menor de 18 e maior de 14 anos a ação penal será pública incondicionada. (GRECO, 2014, p. 770)

Além da Lei 12.015/2009, visões interpretativas diversas também se apresentam na análise da Lei 12.550/2011<sup>14</sup>, como se verifica na Tabela 5.

**Tabela 5 – Apontamentos de Nucci e Greco à Lei 12.550/2011**

Nucci (*)	Greco (**)
Não registrou críticas à racionalidade linguística (R1).	Critica o uso de termos e expressões que se confundem: concurso público, avaliação pública, exame público. (R1) (p. 995)
Critica a inserção do delito “fraudes em certame de interesse público” no Título X – Dos crimes contra a fé pública. Deveria constar do Título XI (Dos crimes contra a administração pública), pois é a Administração Pública o objeto jurídico tutelado. (p. 1.264)	Não apontou críticas quanto à inserção do delito no Título X; considera a fé pública o objeto jurídico tutelado. (p. 994)
Critica a inserção de matéria penal em lei que cria empresa pública, criando novo tipo penal e nova pena restritiva de direitos. (p. 1.264)	Registra o fato, porém, omite-se de fazer a crítica. (p. 994)
Critica o legislador por nomear da mesma forma o capítulo e o crime "das fraudes em certames de interesse público. Capítulo deveria indicar objeto jurídico tutelado; crime, o objeto material. (p. 1.264)	Registra o fato, porém, omite-se de fazer a crítica. (p. 994)

<sup>14</sup> Autoriza o Poder Executivo a criar a empresa pública denominada Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares - EBSEH; acrescenta dispositivos ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências.

Considera que a criação do tipo permite punição da cola eletrônica, antes atípica, por falta de previsão legal. (p. 1.268)	Não considera dirimida a questão sobre cola eletrônica. Somente quando o agente que transmitir ao candidato a resposta tiver tido acesso indevido ao gabarito é que estaria configurado o delito. Se o candidato transmitir perguntas a outro e este responder por meio de seus conhecimentos, não se caracteriza o tipo. (p. 1.000)
--	--

(\*) Fonte: Código Penal Comentado, 2014

(\*\*) Fonte: Código Penal Comentado, 2014

Ainda no campo das divergências, na Lei 11.923/2009<sup>15</sup>, que cria a figura típica do *sequestro relâmpago*, Nucci e Greco apontam cada qual uma crítica à racionalidade jurídico-formal, mas sob aspectos diversos. Nucci (2014a, p. 871) assinala erro do legislador ao não considerar crime hediondo a forma qualificada do delito, com resultado lesão grave ou morte, inserindo-o no art. 1º da Lei 8.072/1990. Para ele, deveria haver uniformidade, em homenagem ao princípio da proporcionalidade, já que extorsão com resultado morte é crime hediondo.

Por seu turno, Greco (2014, p. 530) destaca que a figura típica desigualou o tratamento, em relação às penas, dado aos crimes de roubo e extorsão. Com isso, “fatos semelhantes terão penas diferentes, ofendendo-se os princípios da isonomia, razoabilidade e proporcionalidade”. Nos casos de roubo, as penas variam de reclusão, de 7 a 15 anos (lesões graves), e reclusão, de 20 a 30 anos (morte); nos casos de extorsão, reclusão, de 16 a 24 anos (lesões graves) e reclusão, de 24 a 30 anos (morte). Para ele, trata-se de “falha grotesca”.

Verifica-se, quanto às críticas de Nucci e Greco à Lei 11.923/2009, que um mesmo princípio – proporcionalidade – é empregado como fundamento para agravar a situação do agente – Nucci considera que o legislador deveria ter tornado o crime de *sequestro relâmpago* hediondo, com base nesse princípio – e Greco considera que, por esse princípio, o legislador não deveria ter aumentado as penas para esse crime, em comparação com os delitos de furto. Aqui, a observância desse princípio deveria “beneficiar” o agente com penas menores.

Esses posicionamentos divergentes, que se mostraram recorrentes nessa pequena amostra comparativa, não exaustivamente explorada devido à limitação deste trabalho, ilustram a dificuldade, na área doutrinária, setor por excelência do saber jurídico e da

<sup>15</sup> Acrescenta parágrafo ao artigo 158 do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para tipificar o chamado “sequestro relâmpago”.

racionalidade jurídico-formal, da conformação de análises consensuais sobre questões controversas, que afetam direitos e garantias dos cidadãos.

### **3.2. Pertinência e limitações da crítica doutrinária à irracionalidade da legislação penal**

A análise exploratória da crítica doutrinária à irracionalidade da produção legislativa na área penal, categorizada segundo os níveis de racionalidade propostos por Atienza, conforme empreendida neste trabalho, permite, por extrapolação, a formulação de indicações não apenas quanto à pertinência dessa crítica, mas também quanto a suas limitações.

A crítica doutrinária à produção legislativa penal mostra-se relevante, principalmente, no que diz respeito à racionalidade jurídico-formal. Não à toa, foi nesse nível, de que se ocupa precipuamente a doutrina, em que se detectou o maior número de ocorrências, muitas delas pertinentes e, por vezes, referentes a falhas grosseiras.

Entre essas, destaca-se, a título exemplificativo, a crítica à inserção de matéria penal em lei que cria empresa pública (Lei 12.550/2011), inclusive com tipificação de delito novo, o que, aliás, afronta regra basilar da técnica legislativa – de que uma lei deve tratar de apenas um assunto –, e a crítica à incompatibilidade de dispositivos na Lei 12.015/2009, em que o *caput* do art. 225 traz a previsão de ação penal pública condicionada à representação para o crime de estupro de vulnerável e o seu parágrafo único dispõe de forma contrária.

Porém, em outros casos, tais críticas mostraram-se inconsistentes, como na Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), analisada no capítulo 2, em que se verificou que grande parte se originou da dissociação feita pelo doutrinador entre o nível de racionalidade jurídico-formal e os níveis de racionalidade teleológica – referente aos objetivos sociais buscados pela norma – e ética, concernentes aos valores e princípios que nortearam sua criação.

Do mesmo modo, verifica-se que as críticas de Nucci ao art. 217-A (sobre vulnerabilidade absoluta somente para crianças até 12 anos) e ao art. 218 (figura que beneficiaria o partícipe) da Lei 12.015/2009 não encontram eco nos comentários de Greco, que entende de forma diversa tais dispositivos. Aliás, quanto ao art. 217-A, destaca-se que na Justificação do projeto que culminou na norma, fica claro o objetivo do Legislativo de substituir o critério de presunção de violência absoluta ou relativa pelo de vulnerabilidade, fixada pela idade da vítima. Esse objetivo foi percebido pela jurisprudência, que tem se

posicionado no sentido de considerar a vulnerabilidade absoluta abaixo dos 14 anos, pois essa é a tendência no STF e o entendimento firmado no STJ<sup>16</sup> (NUCCI, 2014a, p. 1.056).

Outras ocorrências à racionalidade jurídico-formal também merecem ressalvas, como a crítica de Nucci (2014a, p. 871) à Lei 12.550/2011 (*sequestro relâmpago*), em que assinala erro do legislador ao não considerar crime hediondo a forma qualificada do delito, com resultado lesão grave ou morte, inserindo-a no art. 1º da Lei 8.072/1990. Cabe questionar se se trata de erro ou opção político-criminal.

Nesse ponto, destaca-se que, em geral, a doutrina critica a opção do Parlamento em inserir delitos no rol de crimes hediondos, considerando-a irracional e populista. Porém, quando o Parlamento decide de forma diversa, não seguindo a linha de pensamento até então adotada, também é alvo de crítica por não o fazer, como salienta Nucci (2014a, p. 871), para quem essa decisão afronta o princípio da proporcionalidade, na vertente da uniformidade.

A propósito, ressalta-se que não se pode exigir do Parlamento que observe o princípio da proporcionalidade para agravar a situação do agente, simplesmente porque fez isso em ocasiões pretéritas. A independência do Poder Legislativo reside na possibilidade de rever suas decisões legislativas, de alterar o direito posto, desde que não fira preceitos constitucionais assecuratórios de direitos e garantias individuais nem valores ético-sociais.

No que tange à totalidade de ocorrências, é possível verificar na Tabela 1 (resultado geral Nucci), que em vinte e quatro leis não foram detectadas críticas, em nenhum nível de racionalidade, o que corresponde a mais da metade do *corpus* normativo da pesquisa. Mais ainda, na Tabela 4 (análise comparada de Nucci e Greco), verifica-se que nem sempre a crítica feita por um doutrinador é reproduzida por outro, ocorrendo, muitas vezes, como se evidenciou no tópico anterior, que o erro apontado por um, não é assim considerado por outro. Relembrando, na análise comparada entre Nucci e Greco, no âmbito da racionalidade jurídico-formal, foram detectadas dez críticas na doutrina de Nucci e cinco, na de Greco. E para além dos números, constatou-se entre os doutrinadores visões interpretativas e análises argumentativas acentuadamente divergentes.

Esses elementos indicam a necessidade de se analisar com cautela a afirmação generalizada de que as leis penais são irracionais, e, também, de perceber que a crítica

---

<sup>16</sup> A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que a anterior experiência sexual ou o consentimento da vítima menor de 14 (catorze) anos são irrelevantes para a configuração do delito de estupro, devendo a presunção de violência, antes disciplinada no artigo 224, alínea “a”, do Código Penal, ser considerada de natureza absoluta (HC 224174, 5ª T., rel. Jorge Mussi, 18.10.2012).

doutrinária possui limitações, sendo a principal delas a dificuldade de articular o saber jurídico-penal com os demais níveis de racionalidade, da qual resulta uma análise centrada quase que exclusivamente na racionalidade jurídico-formal.

E, conforme já se enfatizou, a racionalidade jurídico-formal é um nível de racionalidade de natureza instrumental, que deve se articular com os demais níveis, a fim de otimizar as decisões ético-políticas pertinentes à racionalidade ética. Porém, na ótica doutrinária, a racionalidade jurídico-formal tende a centrar-se em si mesma e a dialogar pouco com os demais níveis de racionalidade. A ocorrência relativamente menor de críticas à racionalidade teleológica (catorze) e, mais ainda, à racionalidade pragmática (seis), apontam no sentido de um fechamento da racionalidade jurídico-formal sobre si mesma.

A respeito da racionalidade pragmática, cumpre salientar que, de acordo com a conceituação de Atienza, esse nível de racionalidade está centrado no destinatário/receptor da norma. Como a ótica doutrinária privilegia a análise jurídico-formal, porque focada no sistema jurídico e, por via reflexa, no Estado, na condição de emissor/produtor desse sistema, o destinatário, sob esse prisma, é visto como elemento secundário. Trata-se de um viés que prejudica a análise global da lei, porque a desconecta de seus destinatários, ou seja, desconecta-a dos indivíduos e da sociedade, que, são, na verdade, a razão de existir da norma.

Esse encapsulamento no saber jurídico tende a fazer com que a doutrina encare de forma crítica a relação que o Parlamento estabelece com a sociedade – grupos de interesse, segmentos populacionais específicos, entidades sociais organizadas, mídia, entre outros –, e que influencia a atuação parlamentar no tocante à produção legislativa. Segundo a ótica doutrinária, essa relação tende a ser irracional, porque baseada em critérios não exclusivamente referidos à racionalidade jurídico-formal.

Todavia, ressalte-se novamente, a racionalidade jurídico-formal não pode ser vista como um fim em si, mas, antes, deve servir a um nível mais elevado de racionalidade, a racionalidade ética. E esse é o nível em que atua o Parlamento, ao adotar decisões ético-políticas que se consubstanciam na produção legislativa.

Se a racionalidade jurídico-formal, porque atrelada ao sistema jurídico, é o nível central de que se ocupa a doutrina, a racionalidade ética, porque atrelada ao sistema político, é a instância por excelência em que deveria se mover a atuação parlamentar, já que no Estado democrático de direito brasileiro, compete aos membros do Legislativo, enquanto

representantes do povo, a decisão sobre que valores éticos privilegiar, e em que medida, por meio da tutela do direito penal.

E é assim porque a Constituição atribui com exclusividade ao Poder Legislativo federal a reserva de lei em matéria penal (art. 22, I, CF). Ao Legislativo compete estabelecer os parâmetros para o exercício do *ius puniendi* estatal, por meio da criminalização de condutas, cominação de penas e estabelecimento de formas de cumprimento de sanções penais. Tal competência situa-se, precipuamente, no nível da racionalidade ética.

A racionalidade ética, segundo Atienza, diz respeito a princípios e valores fundantes da sociedade e do Estado, que podem estar expressos na Constituição ou não. Em complementação, Ripollés (2005, p. 98) assevera que esses valores e princípios derivam de um sistema de crenças, “cultural e historicamente condicionado, que sustenta uma determinada coletividade, e que condiciona necessariamente o processo legislativo”, porque constitui o substrato da racionalidade ética, nível fundamental e legitimador da produção legislativa, a partir do qual os demais níveis de racionalidade devem se aglutinar.

A Constituição fornece indicações e referências sobre valores e princípios fundantes extraídos do sistema de crenças da sociedade e por isso deve servir de parâmetro para o legislador no processo de elaboração de leis. Porém, salienta Ripollés, o texto constitucional é fruto de um dado momento histórico, no qual o legislador constituinte nele consignou princípios e valores então compartilhados coletivamente; mas, com a evolução da sociedade e de seus eixos éticos, tende a haver uma lacuna entre princípios e valores constitucionalmente expressos e os atualmente reinantes no sistema de crenças da sociedade.

Nesse sentido, cabe ao legislador ordinário proceder à atualização de expectativas entre os valores e conteúdos éticos previstos na Constituição e os vigentes na sociedade, por meio da produção legislativa. E essa atualização, mais ainda quanto à lei penal, porque situada no âmbito do controle social sancionador, precisa guardar correspondência com o sistema de crenças da população, sob pena de ilegitimidade política (RIPOLLÉS, 2005, p. 117).

Convém lembrar, por outro lado, que à produção legislativa penal impõem-se limites não apenas formais, como o da legalidade (art. 5º, XXXIX, CF), mas, especialmente, materiais. A limitação material ao legislador é assegurada pelo conteúdo da Constituição, pelo conjunto de valores, bens e princípios consagrados na Carta Magna, que conformam cláusulas restritivas ao legislador em sua tarefa de produção de leis penais.

Mas, tendo em mira as contribuições de Ripollés, e considerando que cabe ao legislador ordinário atualizar, por meio da produção legislativa, expectativas, valores e conteúdos derivados do sistema de crenças da sociedade, faz-se necessário admitir que esse sistema de crenças também se impõe como limite material ao legislador.

E se impõe especialmente porque, no âmbito da divisão funcional triparte de poder do Estado brasileiro, cabe ao Legislativo – como instância representativa da população – traduzir na elaboração das leis expectativas e valores da sociedade, sob pena de afronta à legitimidade da função estatal que lhe foi conferida pela soberania popular.

Nesse sentido, a racionalidade ética não se restringe à observância de preceitos constitucionais, mas também se refere à busca de sintonia com valores e conteúdos derivados do sistema de crenças da sociedade, que funciona como limite não apenas negativo ao Parlamento – de proibição de ir além do que é permitido –, mas também positivo, que impõe a observância, na produção legislativa, de seus valores e conteúdos.

Consoante esse escopo, a crítica doutrinária à racionalidade ética também não se mostra pertinente. Primeiramente, destaca-se que, no levantamento bibliográfico, foram detectadas em oito leis (de um montante de quarenta e três) nove ocorrências relativas à racionalidade ética. Porém, das nove ocorrências, somente duas, com base na conceituação de Atienza e nas contribuições de Ripollés, afetam de modo inequívoco a racionalidade ética.

A primeira delas refere-se ao § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 (Drogas), quanto à expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", considerada inconstitucional pelo STF e objeto da Resolução n. 52/2012, do Senado Federal, conforme tratado no capítulo precedente. Essa norma, por ferir princípio constitucional – da individualização da pena – e afetar direito individual constitucionalmente tutelado, ofende a racionalidade ética.

A segunda refere-se ao art. 229 (casa de prostituição) da Lei 12.015/2009. Porém, é necessário frisar, considera-se tal crítica pertinente não porque a norma ofende o princípio da intervenção mínima, conforme defendido por Nucci e Greco, mas porque, conforme teorização de Ripollés, contraria o sistema de crenças da sociedade, que não julga a conduta lesiva à convivência social. É por essa razão que a norma padece de irracionalidade ética.

Note-se, afronta ao princípio da intervenção mínima do direito penal nem sempre corresponde a afronta ao sistema de crenças da sociedade. Nesse sentido, convém retomar a perspectiva de Ripollés (2005, p. 151), que considera o princípio da essencialidade, que se abriga no “metaprincípio da intervenção mínima do direito penal”, um princípio “expansivo e

não limitador”, já que a limitação dos objetivos de tutela ocorre exatamente para que seja possível ampliar os meios de intervenção.

Para Ripollés (2005, p. 150), é “a gravidade dos ataques o que legitima as duras intervenções do Direito Penal, e não estas as que exigem uma limitação do âmbito de tutela daquele.” Essa visão de Ripollés está associada a elemento fundante da racionalidade ética: o sistema de crenças da sociedade. Assim, se a sociedade considera determinada conduta muito gravosa para a convivência social, é legítimo que utilize o direito penal para combatê-la.

Porém, a doutrina tem-se valido desse princípio para condenar diversas normas, sob o argumento de que são demagógicas, vale dizer, irracionais. Ocorre que nem sempre a crítica procede, caso se leve em conta o sistema de crenças vigente na sociedade, composto de valores e conteúdos que devem ser considerados pelo legislador na elaboração de leis penais.

Esse é o caso da Lei 12.653/2012<sup>17</sup>, conhecida como Lei Duvanier, que Nucci considera lesiva ao princípio da intervenção mínima. Trata-se de lei criada em momento de pressão popular e midiática gerada pelo falecimento de Duvanier Paiva, Secretário de Recursos Humanos do Ministério do Planejamento, em 19 de janeiro de 2012, após ter sofrido infarto agudo do miocárdio e procurado atendimento em três hospitais privados do Distrito Federal, sem que tivesse sido atendido, por não dispor de cheques para dar como caução.

Esse fato, somado à ocorrência de casos similares registrados no Distrito Federal, levou o Parlamento a aprovar, em quatro meses, a referida norma. Com bases nesses elementos, inclina-se parte da doutrina a considerar a lei resultante dessa pressão popular, advinda não apenas da sociedade, mas também do Poder Executivo, que teve a iniciativa da proposição (PL 3.331/2012), meramente simbólica. Todavia, com relação a essa crítica é preciso fazer ponderações.

Uma delas, feita por Greco (2014, p. 371) e referida no capítulo 2, diz respeito ao fato de que a proibição de exigência de cheque-caução, nota promissória ou qualquer garantia, para prestar atendimento médico-hospitalar emergencial, já constava na Resolução Normativa n. 44/2003 da Agência Nacional de Saúde, e, também, mesmo que de forma genérica, do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor. Greco destaca que o legislador, entendendo que essas medidas não eram suficientes para coibir tal prática, decidiu criminalizá-la.

---

<sup>17</sup> Acresce o artigo 135-A ao Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para tipificar o crime de condicionar atendimento médico-hospitalar emergencial a qualquer garantia e dá outras providências.

Outra ponderação diz respeito ao sistema de crenças da sociedade brasileira, aos conteúdos e valores que compõem o substrato da racionalidade ética que deve nortear a produção legislativa. É a vida um valor caro à sociedade, bem como é sólida a crença de que o valor da vida não pode ser mercantilizado. Dito de outro modo, o não atendimento médico-hospitalar por falta de garantias de pagamento contraria o sistema de crenças da sociedade e, nesse contexto, a Lei 12.653/2012 não é irracional, ao menos não no nível da racionalidade ética, porque guarda correspondência com valores e conteúdos caros à sociedade, como o de que não se deve condicionar a saúde, e muito menos a vida, a garantias pecuniárias.

Quanto às demais ocorrências, também se faz necessário apresentar ressalvas ou mesmo excluí-las do âmbito da racionalidade ética. Esse é o caso da crítica à Lei 11.313/2006, que, conforme já enfatizado no capítulo 2, flexibilizou regra constitucional meramente formal, e o fez para atender objetivos materialmente constitucionais, como celeridade processual, eficiência e transparência na prestação jurisdicional. Também não contrariou o sistema de crenças da população, de modo que não afeta a racionalidade ética.

Outra crítica que não merece guarida no âmbito da racionalidade ética refere-se à inconstitucionalidade do art. 17-B da Lei 12.683/2012, porque permitiria acesso a dados cadastrais sigilosos. Conforme se argumentou no capítulo 2, a Constituição não resguarda o sigilo de dados cadastrais relativos à qualificação pessoal, filiação e endereço, notoriamente públicos, razão pela qual o acesso a eles, conforme previsto na norma, não configura lesão constitucional. Ademais, o acesso a tais dados não parece afrontar valores ou conteúdos sociais, de modo que a norma também não tem o condão de lesionar a racionalidade ética, na vertente de afronta ao sistema de crenças da população.

Igualmente devem ser excluídas do âmbito da racionalidade ética as duas críticas à Lei 11.689/2008<sup>18</sup>. A primeira, relativa à proibição de fazer referências à decisão de pronúncia pelas partes durante os debates (inciso I do art. 478), porque nada tem de inconstitucional, visto que seu objetivo é apenas o de proibir a referência à pronúncia quando ela é feita como “argumento de autoridade”. A segunda, relativa à exclusão das agravantes e atenuantes da quesitação, porque essa medida não feriu direitos ou garantias individuais nem trouxe prejuízos à defesa ou ao réu, razão pela qual não se vislumbra na norma nenhuma irracionalidade ética.

---

<sup>18</sup> Altera dispositivos do Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos ao Tribunal do Júri, e dá outras providências

Também não se vislumbra irracionalidade ética no reconhecimento de pessoas por videoconferência, previsto na Lei 11.900/2009, tendo em vista que o emprego de meio virtual não implica, *per si*, maior informalidade ou maior potencial para viciar o ato.

Por fim, destaca-se que não se reputa viável aferir a pertinência ou não da crítica à Lei 12.850/2013 (Organização Criminosa), por se tratar de norma recente, cujos efeitos no mundo da vida ainda não são passíveis de verificação. Em tese, se utilizada para obstaculizar o direito do réu ao contraditório e à ampla defesa, constituirá afronta à racionalidade ética.

Do exposto, cumpre ressaltar que, com base no levantamento bibliográfico realizado e nas críticas doutrinárias detectadas, não é possível generalizar a afirmação de que a produção legislativa na área penal seja irracional em nenhum nível, nem no âmbito da racionalidade jurídico-formal, em que se verifica a maior ocorrência de críticas, nem no que tange à racionalidade ética, nível que precede e sustenta os demais.

É bom frisar que integram o *corpus* normativo da pesquisa diplomas legais inovadores, como a Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), a Lei 11.343/2006 (Drogas), a Lei 11.689/2008 (Tribunal do Júri) e a Lei 12.015/2009 (crimes contra a dignidade sexual), para citar apenas alguns que, pela relevância da matéria e extensão das reformas e inovações trazidas, e, em alguns casos, repercussão social, não podem ser acusados genericamente de irracionais, ainda que um ou outro dispositivo padeça de irracionalidade.

Destaca-se que o levantamento da crítica doutrinária aqui realizado, além de colocar em xeque a afirmação de que a produção legislativa em matéria penal é irracional, também permite vislumbrar alguns desafios que se impõem ao Parlamento, no tocante ao aperfeiçoamento da racionalidade legislativa penal.

### **3.3 O Parlamento em busca de racionalidade: desafios**

Um desafio que emerge do levantamento das críticas doutrinárias à legislação penal, realizado neste trabalho, é a necessidade de o Legislativo buscar, por meio do aprimoramento de procedimentos e o emprego de ferramentas, a melhoria da produção legislativa no âmbito da racionalidade jurídico-formal. Nesse nível, detectou-se o maior número de ocorrências (quarenta e seis) e, a despeito da inconsistência e fragilidade de algumas críticas, verifica-se a pertinência de outras, que apontam falhas que devem ser evitadas na produção legislativa.

A existência de erros (contradições, omissões, lacunas, incoerências) – por vezes grosseiros, como a inserção de matéria penal em lei que cria empresa pública – sinaliza para a necessidade de o Parlamento ampliar sua preocupação com esse nível de racionalidade, a fim de não produzir leis penais que suscitem, por suas falhas jurídico-formais, uma verdadeira guerra doutrinária de visões interpretativas opostas e, pior ainda, que propiciem decisões conflitantes por parte do Judiciário, em prejuízo dos jurisdicionados e da sociedade.

As Casas do Congresso Nacional – Câmara dos Deputados e Senado Federal – contam com comissões e consultorias especializadas no saber jurídico-penal, e os parlamentares dispõem de assessoria jurídica própria para auxiliá-los na produção legislativa. Porém, ao que parece, ainda se faz necessário algo mais.

No tocante à Câmara dos Deputados, sugere-se, como caminho possível para o aperfeiçoamento da racionalidade jurídico-formal e linguística, que se confira maior eficácia à previsão regimental que destina prazo para a elaboração da redação final, após o processo de emendamento e votação da matéria em Plenário.

A esse respeito, o Regimento Interno da Câmara dos Deputados, no art. 196, dispõe:

A redação do vencido ou a redação final será elaborada dentro de dez sessões para os projetos em tramitação ordinária, cinco sessões para os em regime de prioridade, e uma sessão, prorrogável por outra, excepcionalmente, por deliberação do Plenário, para os em regime de urgência, entre eles incluídas as propostas de emenda à Constituição.

Essa é a previsão regimental. Porém, o que ocorre, na prática, é que quase todas as proposições chegam ao Plenário em regime de urgência e a redação final é votada na mesma sessão em que se vota o mérito. E mais: vota-se a redação final sem que ela esteja redigida, dado que não há tempo hábil para isso. Ou seja, os parlamentares votam, muitas vezes, sem conhecer o texto final, com as modificações produzidas em Plenário.

Com isso, reduz-se a oportunidade de corrigir falhas, como remissões equivocadas, incoerências e erros linguísticos, relacionadas às racionalidades linguística e jurídico-formal.

Outro desafio que se impõe ao Parlamento, e agora no âmbito da racionalidade ética, refere-se a acolher valores e conteúdos relacionados ao sistema de crenças da sociedade nos processos decisórios sobre questões controversas, que não encontram consenso nem mesmo entre os especialistas do saber jurídico-penal.

No nível da racionalidade ética, cabe ao Parlamento não apenas observar as diretrizes axiológicas expressas na Constituição, mas também, como enfatizado ao longo deste trabalho,

os valores e conteúdos integrantes do sistema de crenças da sociedade, que não podem ser desconsiderados pelo Legislativo, sob pena de perda de sua legitimidade política.

Contudo, para que esse sistema de crenças possa ser acolhido na produção legislativa penal, cabe ao Parlamento a difícil tarefa de fazer a ponte entre o saber especializado jurídico-penal e o sistema de crenças da sociedade, os quais, em muitos aspectos, sobretudo em questões polêmicas, podem estar em polos opostos.

Ilustra essa dificuldade a controversa questão relativa à redução da maioria penal, que coloca, de um lado, a opinião pública – favorável à matéria – e, de outro, parte majoritária da doutrina especializada no saber jurídico-penal, aparentemente contrária a essa opção político-criminal. Aliás, parte da doutrina tende a desqualificar as proposições – inúmeras – que tramitam na Câmara dos Deputados e no Senado Federal sobre a matéria, acusando-as de irracionais.

Conforme se buscou demonstrar neste trabalho, com base no pensamento de Ripollés, valores, conteúdos e crenças compartilhados socialmente devem ser acolhidos pelo Parlamento na elaboração de leis. Do contrário, o Legislativo perde sua conexão com a sociedade, reduz sua legitimidade política e sua produção legislativa torna-se irracional.

No âmbito da produção legislativa, o saber político-criminal não pode fechar-se em si mesmo – como parte da doutrina parece sugerir –, com base na idealizada concepção de que constitui uma instância autossuficiente. A produção legislativa não pode ignorar a opinião pública, os valores e conteúdos caros à população, como se fossem simples elementos carregados de irracionalidade. Ao contrário, é a sintonia da produção legislativa com o sistema de crenças da população que confere legitimidade democrática ao Parlamento.

Portanto, o maior desafio que se impõe ao Parlamento é o de conjugar a racionalidade jurídico-formal com a racionalidade ética, na sua vertente de respeito ao sistema de crenças da sociedade. E, atrelado a esse desafio, está o de ampliar a participação popular nas decisões político-criminais relativas, especialmente, a questões controversas, que afetam, sobremaneira, a convivência social. O uso do recurso democrático como elemento decisivo para a tomada de decisões implica o desenvolvimento de uma democracia participativa e deliberativa, conforme salienta Ripollés (2005, p. 200), fazendo-se necessário criar e aprimorar meios para o exercício dessa participação popular, e não apenas por vias indiretas.

Finalizando, a racionalidade inerente à produção legislativa, ao momento de criação do direito, não guarda equivalência total com a racionalidade que se exige no momento da aplicação do direito. Na produção do direito, a participação popular pode e deve ser bem-vinda, pois significa o fortalecimento da racionalidade ética e da legitimação político-democrática do Poder Legislativo, legitimidade essa de que não necessita a jurisdição.

## CONCLUSÃO

A pesquisa realizada resultou na identificação de quarenta e seis críticas à racionalidade jurídico-formal, vinte e cinco à racionalidade linguística, catorze à racionalidade teleológica, nove à racionalidade ética e seis à racionalidade pragmática. Por outro lado, não se identificou crítica, em nenhum nível de racionalidade, em vinte e quatro leis, o que corresponde a mais da metade do *corpus* normativo da pesquisa, composto por quarenta e três diplomas legais.

Na análise comparada das críticas coletadas na doutrina de Nucci e na de Greco, constatou-se falta de convergência entre os doutrinadores, inclusive no âmbito da racionalidade jurídico-formal, ocorrendo, muitas vezes, de a crítica feita por um autor ser total ou parcialmente refutada por outro, com base em visões interpretativas e análises argumentativas acentuadamente divergentes. Verificou-se, tendo em mira esse resultado, que a doutrina tem dificuldade em alcançar o que muitas vezes exige do Parlamento: análises consensuais sobre questões controversas, que afetam direitos e garantias dos cidadãos.

No âmbito da racionalidade jurídico-formal e da racionalidade linguística, muitas críticas se mostraram consistentes, evidenciando que persistem na produção legislativa erros facilmente evitáveis, como emprego errôneo de termos, remissões equivocadas, incoerências, lacunas e contradições. Dessa constatação emerge a necessidade de o Legislativo buscar, por meio do aprimoramento de procedimentos e o emprego de ferramentas, a melhoria da produção legislativa no que se refere às racionalidades linguística e jurídico-formal.

Por outro lado, verificou-se, igualmente, que muitas críticas se mostraram inconsistentes e passíveis de refutação. No campo da racionalidade ética, que precede e sustenta os demais, foram identificadas nove ocorrências, sendo que, após análise dos fundamentos de tais críticas, apenas duas se mostraram realmente lesivas à racionalidade ética, quer porque constituem afronta a valores constitucionalmente expressos, quer porque estão em descompasso com ideias e conteúdos compartilhados socialmente.

Observou-se, ainda, no tocante à racionalidade pragmática, que a doutrina parece não se ocupar, de forma específica, com o destinatário/receptor da norma, o que tende a prejudicar a análise global da lei, porque a desconecta de seus destinatários.

Portanto, a análise realizada neste trabalho, com base nos referenciais teóricos de Atienza e Ripollés, das críticas à legislação penal colhidas na doutrina de Nucci e, em menor escala, na de Greco, permite, por extrapolação, considerar improcedente a afirmação generalizada de que a produção legislativa na área penal é irracional.

Ademais, verificou-se que a crítica doutrinária tende a ser limitada por seu próprio escopo – a racionalidade jurídico-formal – e, nesse sentido, porque centrada quase que exclusivamente nesse nível de racionalidade, tem dificuldade de interagir com as demais instâncias de racionalidade, como a pragmática e a ética.

No que tange à racionalidade ética, essa limitação se revela problemática, porquanto o encapsulamento da doutrina no saber jurídico-penal tende a fazer com que a doutrina considere irracional a influência da sociedade sobre o Parlamento, no que tange à produção legislativa penal, simplesmente porque essa influência não está circunscrita ao âmbito da racionalidade jurídico-formal, esquecendo-se que essa racionalidade é de natureza instrumental e deve estar a serviço da racionalidade ética, não o contrário.

A racionalidade ética – instância das decisões ético-políticas – diz respeito não apenas a princípios e regras constitucionalmente expressos, mas também a valores e conteúdos derivados do sistema de crenças da sociedade, que devem ser considerados na produção legislativa, sob pena de o Parlamento perder legitimidade política e produzir leis irracionais, porque desconectadas de perspectivas e valores sociais.

Essa dimensão da racionalidade ética, essencial ao Parlamento, escapa à doutrina e tende a tornar improcedente parte de suas críticas.

Por sua vez, da necessidade de o Parlamento observar essa dimensão ético-social decorre o seu maior desafio, no âmbito da racionalidade legislativa: conjugar racionalidade jurídico-formal com racionalidade ética, na sua vertente de respeito ao sistema de crenças da sociedade, no momento da produção legislativa em matéria penal.

Atrelado a esse desafio está o de ampliar a participação popular nas decisões político-criminais, especialmente em questões controversas, cujas alternativas legislativas não desfrutam de consenso na esfera do saber jurídico especializado nem na esfera social. Para tanto, impõe-se o aprimoramento dos meios para o exercício dessa participação popular – e não apenas por via indireta, mas também direta –, a fim de pavimentar o desenvolvimento de uma democracia participativa e deliberativa de fato, não apenas de direito.

Por fim, cumpre ressaltar que esses desafios indicam a necessidade do desenvolvimento de pesquisas para trazer a lume procedimentos, meios e ferramentas que possibilitem conciliar participação popular com racionalidade jurídico-formal ou, em outros termos, o saber jurídico-penal especializado com a opinião pública. O aprimoramento ou a criação de instâncias, pelo Parlamento, nas quais seja possível realizar o debate entre o saber jurídico especializado e a opinião pública parece ser um caminho. Igualmente, o uso de recursos informáticos pode oferecer inúmeras possibilidades para ampliar a participação popular nas decisões político-éticas sobre questões controversas de relevante interesse social.

## REFERÊNCIAS

ARAS, Vladimir. Requisição de dados cadastrais: o segredo de polichinelo. Disponível em: <http://www.acordacidade.com.br/noticias/93815/requisicao-de-dados-cadastrais-o-segredo-de-polichinelo.html> Acesso em: 01 nov 2014. 20:10.

ATIENZA, Manuel. Contribución para una teoría de la legislación. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 6, 1989, pp. 385-403. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/contribucion-para-una-teora-de-la-legislacion-0/> Acesso em: 10 set 2014. 11:10

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Tribunal do Júri: Lei 11.689, de 09.06.2008. *in: As Reformas no Processo Penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. Coord. Maria Thereza Rocha de Assis Moura. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008.

BECK, Ulrich. *Sociedade do risco: rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 50. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CALLEGARI, André Luis (Org) *et al. Sociedade de risco, imigração irregular e justiça restaurativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GRECO, Rogério. *Código Penal comentado*. 8. ed. Niterói: Impetus, 2014.

HIERRO, Liborio. El império de la ley y la crisis de la ley. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 19, 1996. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/el-imperio-de-la-ley-y-la-crisis-de-la-ley-0/> Acesso em: 20 out 2014. 19:20.

HOMMERDING, Adalberto Narciso; LYRA, José Francisco Dias da Costa. *Racionalidade das leis penais e legislação penal simbólica*. Rio de Janeiro: GZ, 2014.

LIRA, Cláudio Rogério Sousa. *Direito Penal na pós-modernidade: a racionalidade legislativa para uma sociedade de risco*. Curitiba: Juruá, 2013.

MARCILLA, Gema. Sobre contribución a una teoría de la legislación. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n. 11, 1999, pp. 177-193. Disponível em <http://www.cervantesvirtual.com/obra/sobre-contribucion-a-una-teoria-de-la-legislacion-de-manuel-atienza/> Acesso em 10 set 2014. 10:30.

MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do Código de Processo Penal: comentada artigo por artigo*. 2. ed. São Paulo: Método, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014b.

\_\_\_\_\_. *Código Penal Comentado*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014a.

\_\_\_\_\_. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. vol. 1. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014c.

\_\_\_\_\_. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. vol. 2. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014d.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. *A racionalidade das leis penais: teoria e prática*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do Direito Penal nas sociedades pós industriais*. 2. ed. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

## APÊNDICE A – LEVANTAMENTO DE CRÍTICAS EM NUCCI

1) LEI 11.113 DE 13/05/2005

DA NOVA REDAÇÃO AO CAPUT E AO PARAGRAFO 3º DO ARTIGO 304 DO DECRETO-LEI 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941 - CODIGO DE PROCESSO PENAL

Sem questionamentos.

2) LEI 11435 de 28/12/2006

ALTERA OS ARTIGOS 136, 137, 138, 139, 141 E 143 DO DECRETO-LEI 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941 - CODIGO DE PROCESSO PENAL, PARA SUBSTITUIR A EXPRESSÃO "SEQUESTRO"; POR "ARRESTO", COM OS DEVIDOS AJUSTES REDACIONAIS.

Sem críticas.

3) LEI 11.343 DE 03/04/2006

INSTITUI O SISTEMA NACIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS SOBRE DROGAS - SISNAD; PRESCREVE MEDIDAS PARA PREVENÇÃO DO USO INDEVIDO, ATENÇÃO E REINSERÇÃO SOCIAL DE USUÁRIOS E DEPENDENTES DE DROGAS; ESTABELECE NORMAS PARA REPRESSÃO À PRODUÇÃO NÃO AUTORIZADA E AO TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS; DEFINE CRIMES E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS. Considera

salutar a não condenação de usuário habitual ou eventual de drogas a pena privativa de liberdade.

Porém, em caso de reincidência constante, quando falharem todas as tentativas de punição alternativas, deveria ser aplicada pena privativa de liberdade como medida final, em caso de insucesso de todas as anteriores.

Art. 33: Crime de perigo abstrato: não vê incoerência com o ordenamento jurídico nem afronta a princípios constitucionais garantistas. (2014c, p. 326)

Aplauso à conduta do legislador, que acertou na construção do tipo penal de perigo abstrato cuja conduta realmente é arriscada à integridade das pessoas. (2014c, p. 327)

R2 Críticas: art. 33: amplitude excessiva do tipo penal, favorece a equiparação equivocada, em matéria de rigor punitivo, do negociante de entorpecente, que enriquece ilícitamente, com o passador de substância entorpecente proibida, sem qualquer intuito de lucro. (2014c, pp. 330-331).

Previsão do § 3º do art. 33 ameniza a punição quando o agente oferece a outrem, desde que seja pessoa de seu relacionamento, em caráter eventual, para juntos a consumirem, foi tímida. Exigência de 4 requisitos concomitantes é extremada, tipo penal privilegiado deixa a desejar: oferecer, eventualidade, sem objetivo de lucro, pessoa de seu relacionamento, sem finalidade de lucro. Se o agente não conseguir provar que é para uso pessoal, será punido pelo crime de tráfico.

R3 Crítica: art. 33, aplicação de multa exorbitante, de 700 a 1.500 dias-multa, mínimo de R\$ 11.900,00 - contradição com multa prevista no § 2º do art. 33, que possui pena privativa de liberdade em maior montante, além de poder ser praticado com intuito de lucro. Pena de apenas 100 dias-multa, um sétimo do mínimo do § 3º. (2014c, p. 348)

R3 Críticas aos arts. 34 e 35: multas excessivas, proibitivas para o brasileiro médio. (2014c, p. 360 e p. 363).

R2 Desnecessidade da inédita previsão do parágrafo único do art. 35, que remete ao tipo penal do art. 36. Para Nucci, é o agente dessa conduta partícipe. (2014c, p. 363)

R2 Criação novo tipo penal art. 39: exagero punitivo, pena mínima de 4 anos de reclusão e máxima de seis, caso o veículo seja p/ transporte de passageiros. (2014c, p. 371)

R2 *Bis in idem*, inciso IV do art. 40: afronta à legalidade, previsão inócua, se aplicada indiscriminadamente pode gerar bis in idem. Não se pode punir por tráfico e ao mesmo tempo por tentativa de homicídio ou uso de arma de fogo. Deveria o legislador ter previsto sistema de acumulação material, com ressalva expressa, dentro do princípio da legalidade, independente da pena correspondente à violência, grave ameaça ou emprego de arma de fogo.

R2 Crítica: aumento da pena até o décuplo parágrafo único do art. 43. (2014c, pp. 381-382)

R2 Crítica: art. 44, inafiançabilidade, contradição com art. 310, § único do CPP. O magistrado pode conceder liberdade provisória sem fiança, exceto para crimes hediondos e equiparados. (2014c, p. 382)

R1 Crítica: parágrafo único do art. 45: "de redação ambígua, não tem nenhuma valia. Usa terminologia inadequada, uma vez que o magistrado se vale do laudo pericial para forma convencimento, mas não absolve por força. Afirmar o contrário é desconhecer o critério biopsicológico. (2014c, p. 392)

R2 x4 Normas desnecessárias, devido à lógica do sistema jurídico: 1) art. 48, caput (2014c, p. 394); 2) art. 49 (2014c, p. 396); 3) § 1º do art. 69 (2014c, p. 420); 4) parágrafo único do art. 57. (2014c, p. 409)

R5 STF: inconstitucionalidade da vedação às penas alternativas - remoção da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos, constante do § 4º do art. 33. Declaração incidental de inconstitucionalidade HC 97256-RS, Pleno, Rel. Ayres Britto, 26/8/2010.

Senado Federal: Resolução 5/2012 suspendeu a eficácia da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos". (2014c, p. 348)

#### 4) LEI 11340 de 07/08/2006 (LEI MARIA DA PENHA)

CRIA MECANISMOS PARA COIBIR A VIOLENCIA DOMESTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER, NOS TERMOS DO PARAGRAFO 8 DO ARTIGO 226 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, DA CONVENÇÃO SOBRE ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO CONTRA AS MULHERES E DA CONVENÇÃO INTERAMERICANA PARA PREVENIR, PUNIR E ERRADICAR A VIOLENCIA CONTRA A MULHER, DISPÕE SOBRE A CRIAÇÃO DOS JUIZADOS DE VIOLENCIA DOMESTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER, ALTERA O CODIGO DE PROCESSO , O CODIGO E A LEI DE EXECUÇÃO; E DA OUTRAS PROVIDENCIAS.

LEI DECLARADA PARCIALMENTE INCONSTITUCIONAL PELO PLENÁRIO DO STF, NO JULGAMENTO DA ADI 4.424. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO DOS ARTS. 12, INCISO I, E 16.

R1 Crítica ao art. 2º: contém palavras inúteis, como formas de discriminação e a parte final "sendo-lhes asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social." (2014c, p. 687)

R1 Crítica ao art. 3º: demagogia e inutilidade, a todos devem ser asseguradas as condições elencadas no dispositivo. (2014c, p. 689)

R2 Crítica ao art. 5º: conceito mal redigido, norma aberta. (2014c, p. 690)

R2 Crítica ao inciso II do art. 5º: deve ser interpretado restritivamente, sob pena de ofensa ao princípio da taxatividade. (2014c, p. 691)

R2 Crítica ao inciso III do art. 5º: não é qualquer relação de íntima de afeto que reclama a incidência da lei, por exemplo, relação de amizade. (2014c, p. 691)

R1 Crítica ao art. 6º: inutilidade do dispositivo, toda agressão viola direito fundamental. (2014c, pp. 693-694)

R2 Crítica ao inciso I do art. 7º: já existe tipo penal incriminador próprio (art. 129, §§ 9º e 10, do CP) (2014c, p. 695)

R2 Crítica ao inciso II do art. 7º: norma excessivamente aberta, a agravante do art. 61, II, f, do CP deve ser aplicada com cautela. (2014c, p. 695)

R4 Crítica ao inciso IV do art. 7º: norma sem utilidade no contexto penal, já tratada em âmbito cível. (2014c, p. 696)

R2 Crítica ao inciso V do art. 7º: violência patrimonial, difícil haver reflexos no campo penal. Haveria uma desigualdade artificial criada pelo legislador. (2014c, p. 696)

R3 Crítica ao art. 10: inutilidade, não há necessidade de constar em lei que o policial deva agir conforme determinação legal. (2014c, p. 698)

R3 Crítica ao inciso I do art. 11: trata-se de norma ideal, distante da realidade, por falta de estrutura do Estado. (2014c, p. 699)

R2 Crítica ao inciso I do art. 12: ADI 4.424/DF de 2012, assegura a natureza incondicionada da ação penal em caso de crime de lesão corporal praticado mediante violência doméstica e familiar contra a mulher. (2014c, p. 700)

R2 Crítica ao art. 13: inutilidade do dispositivo, desnecessário mencionar o que já se aplica, por mera logicidade do ordenamento jurídico. (2014c, p. 702)

R1 Crítica ao art. 17: lamentação a redação da norma. Não existem penas de cesta básica. (2014c, p. 687)

R1 Crítica ao art. 21: o termo notificação é incorreto; o correto é intimação, pois se dá ciência à ofendida de que o agressor foi preso ou saiu do cárcere. (2014c, p. 703)

É constitucional o disposto no art. 41: restrição aos benefícios da Lei 9.099/1995.

R2 Crítica ao art. 43: nova hipótese de agravamento de pena, introduzida com a expressão "com violência contra a mulher na forma da lei específica", é desnecessária, já se inseria no art. 61, II, alíneas "e" e "f", do CP. (2014c, p. 719)

R4 Crítica ao art. 44: a diminuição da pena mínima para três anos soa incompreensível, pois a lesão em contexto familiar é sempre mais grave. (2014c, p. 719)

R4 Crítica ao art. 45: pena alternativa de limitação de fim de semana introduzida na LEP, pode soar pura demagogia, de difícil concretização. (2014c, p. 720)

#### 5) LEI 11313 de 28/06/2006

ALTERA OS ARTIGOS 60 E 61 DA LEI 9.099, DE 26 DE SETEMBRO DE 1995, E O ARTIGO 2 DA LEI 10.259, DE 12 DE JULHO DE 2001, PERTINENTES A COMPETENCIA DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS, NO AMBITO DA JUSTIÇA ESTADUAL E DA JUSTIÇA FEDERAL.

R2 Crítica: é inútil a ressalva relativa a regras de conexão e continência (art. 60), em face de competência constitucionalmente fixada, que não pode ser alterada por lei ordinária.

R5 Crítica: inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 60: deve haver separação de processos e não reunião quando da ocorrência de infração de menor potencial ofensivo com outro delito, em virtude da competência constitucional conferida ao JECRIM. Lei ordinária não pode alterar Constituição.

#### 6) LEI 11466 de 28/03/2007

ALTERA A LEI 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984 - LEI DE EXECUÇÃO PENAL, E O DECRETO LEI 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940 - CODIGO PENAL, PARA PREVER COMO

FALTA DISCIPLINAR GRAVE DO PRESO E CRIME DO AGENTE PUBLICO A UTILIZAÇÃO DE TELEFONE CELULAR

Sem críticas.

7) LEI 11.464 DE 29/03/2007

DÁ NOVA REDAÇÃO AO ART. 2º DA LEI N. 8.072, DE 25 DE JULHO DE 1990, QUE DISPÕE SOBRE OS CRIMES HEDIONDOS, NOS TERMOS DO ART. 5º, INCISO XLIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Admite progressão funcional após cumprimento de 1/3 da pena. Elogio: está em sintonia com o princípio constitucional de individualização da pena. A lei adequou-se à decisão do STF.

8) LEI 11.449 de 15/01/2007

ALTERA O ARTIGO 306 DO DECRETO-LEI 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941 - CODIGO DE PROCESSO PENAL

Sem críticas. Adaptou-se o texto do CPP à garantia prevista no art. 5º, LXII, da CF.

9) LEI 11719 de 20/06/2008

ALTERA DISPOSITIVOS DO DECRETO-LEI 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941 - CODIGO DE PROCESSO PENAL, RELATIVOS A SUSPENSÃO DO PROCESSO, EMENDATIO LIBELLI, MUTATIO LIBELLI E AOS PROCEDIMENTOS.

R1 Crítica: incisos II e III do art. 387: dizem o óbvio, são inúteis.

R1 Crítica: absolvição sumária, art. 397 = não tem utilidade, aplicação prática nenhuma.

R2 Crítica: exclusão da inimputabilidade do inciso II, art. 397, como hipótese para a absolvição sumária, com aplicação de medida de segurança.

R2 Crítica: extinção da punibilidade como causa para absolvição sumária. Foge completamente à sistemática do processo penal brasileiro. Nos termos do art. 61 do CPP, "em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-la de ofício". Assim, trata-se de decisão declaratória da extinção da punibilidade e não de hipótese de absolvição sumária.

R2 Crítica: redação equivocada do art. 399: "recebida a denúncia ou queixa". Trata-se de momento anterior tratado no art. 396. Não se recebe duas vezes a peça acusatória.

R1 Crítica: art. 404: obviedade legal, "demonstra o quão tosco pode ser o processo legislativo no Brasil". P. 846

R2 Crítica: art. 405, § 1º: referência a registro do depoimento de investigado e indiciado, e não do réu, em meios magnéticos, sempre que possível. P. 405.

10) LEI 11690 de 09/06/2008

ALTERA DISPOSITIVOS DO DECRETO-LEI 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941 - CODIGO DE PROCESSO PENAL, RELATIVOS A PROVA, E DA OUTRAS PROVIDENCIAS

Sem questionamentos de irracionalidade.

11) LEI 11689 de 09/06/2008

ALTERA DISPOSITIVOS DO DECRETO-LEI 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941 - CODIGO DE PROCESSO PENAL, RELATIVOS AO TRIBUNAL DO JURI, E DA OUTRAS PROVIDENCIAS

R1 Crítica: § 7º do art. 411: dispositivo inócuo, diz o óbvio, adiamento da audiência deve ser sempre fundado em motivo relevante.

R1 Crítica: § 8º do art. 411: dispositivo inócuo, a testemunha que comparecer certamente deve ser ouvida, desde que não se afete a ordem estabelecida (acusação e defesa).

R2 Crítica: § 1º do art. 413: ou é inconstitucional, quando ignora outras alegações essenciais, como exclusão de ilicitude, ou inócuo, se tiver como objetivo a fundamentação da denúncia. 2014b, p. 873)

R1 Crítica: art. 414, inutilidade do termo "fundamentadamente". O legislador insiste em repetir o óbvio. A CF impõe que todas as decisões do Judiciário sejam motivadas.

R4 Crítica: elevação do número de jurados foi insuficiente, principalmente em se tratando de metrópoles.

R4 Crítica: alistamento como jurado de maiores de 18 anos (antes era 21): "o julgamento deveria ser realizado por alguém amadurecido, seguro e firme em suas convicções." (2014b, p. 906).

Considera que deva ser anulado julgamento quando menor de 18 anos tenha participado do Conselho de Sentença.

R1 Crítica: § 2º do art. 436: não deveria estabelecer uma lista de fatos geradores de preconceito, mas utilizado a menção genérica "qualquer forma de discriminação".

R2 Crítica: isenção do júri para maiores de 70 anos, apenas, não respeito Estatuto do Idoso.

R2 Crítica: ausência de critérios e especificações para cumprimento de serviço alternativo em caso de descumprimento do serviço de júri.

R2 Crítica: possibilidade de perguntas diretas ao acusado (§ 1º do art. 474): risco de lesão à plenitude de defesa.

R5 Crítica: é inconstitucional a vedação imposta pelo art. 478, pois cerceia o direito de qualquer das partes de explorar as provas lícitas constantes dos autos. É na decisão de pronúncia que se demonstra haver prova da materialidade e indícios suficientes de autoria. Também conflita com o princípio da soberania dos veredictos, pelo qual os jurados têm direito a tomar conhecimento de todo conteúdo do processo.

R5 Crítica: ausência das agravantes e atenuantes do questionário é inconstitucional, pois lesaria a soberania do Tribunal do Júri, que deve deliberar sobre todas as circunstâncias fáticas que envolvam o crime doloso contra a vida. P. 963.

R1 Crítica: literalidade do § 2º do art. 483 é desnecessária.

R4 Crítica: inaplicabilidade do preceito do art. 490, como regra, pois cabe ao juiz presidente controlar as incompatibilidades na ordem de votação dos quesitos, impedindo que o Conselho vote teses ilógicas. Ainda, sob o prisma da soberania dos veredictos, os jurados não estão vinculados a decisões legais e não podem ser obrigados a votar, novamente, determinadas proposições. Admite a aplicação do preceito em casos excepcionais.

## 12) Lei 12.037 de 01/10/2009

Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da CF. (Obs.: Alterada pela Lei 12.654/2012)

Sem questionamentos

## 13) LEI 11.983 DE 17/07/2009

REVOGA O ART. 60 DA LEI N. 3.688, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941, LEI DAS CONTRAVENÇÕES PENAIAS

Sem críticas. Elogio: cumprimento do princípio intervenção mínima do Direito Penal. Era inconstitucional a criminalização da mendicância.

14) LEI 11.942 de 28/05/2009

DA NOVA REDAÇÃO AOS ARTIGOS 14, 83 E 89 DA LEI 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984 - LEI DE EXECUÇÃO PENAL, PARA ASSEGURAR AS MÃES PRESAS E AOS RECENTEMENTE NACIDOS CONDIÇÕES MÍNIMAS DE PENAL ASSISTÊNCIA.

Sem críticas

15) LEI 11900 de 08/01/2009

ALTERA DISPOSITIVOS DO DECRETO-LEI NO 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941 - CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, PARA PREVER A POSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DE INTERROGATÓRIO E OUTROS ATOS PROCESSUAIS POR SISTEMA DE VIDEOCONFERÊNCIA, E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS.

Interrogatório por videoconferência deve ser exceção, nunca regra.

R4 Crítica: A previsão de fiscalização da sala reservada à videoconferência é inócua, se houver pressão em relação ao réu será concretizada antes da declaração, fora da sala.

R5 Crítica: Não concorda com a possibilidade de reconhecimento de pessoas por videoconferência, prevista no §8º, porque torna a prova extremamente informal e fere a ampla defesa, podendo gerar grave erro judiciário.

16) LEI 12313 de 19/08/2010

ALTERA A LEI 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984 - LEI DE EXECUÇÃO PENAL, PARA PREVER A ASSISTÊNCIA PENAL JURÍDICA AO PRESO DENTRO DO PRESÍDIO E ATRIBUIR COMPETÊNCIAS À DEFENSORIA PÚBLICA

Sem críticas. Elogio à inserção da Defensoria no Conselho da Comunidade. (2014d, p. 257)

17) LEI 12258 de 15/06/2010

ALTERA O DECRETO-LEI 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940 (CÓDIGO PENAL), E A LEI 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984 (LEI DE EXECUÇÃO PENAL), PARA PREVER A POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE PENAL EQUIPAMENTO DE VIGILÂNCIA INDIRETA PELO CONDENADO NOS CASOS EM QUE ESPECIFICA

Sem críticas.

18) LEI 12245 de 24/05/2010

ALTERA O ARTIGO 83 DA LEI 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984 - LEI DE EXECUÇÃO PENAL, PARA AUTORIZAR A INSTALAÇÃO DE SALAS DE AULAS NOS PRESÍDIOS

Sem questionamentos.

19) LEI 12529 de 30/11/2011

ESTRUTURA O SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA; DISPÕE SOBRE A PREVENÇÃO E REPRESSÃO AS INFRAÇÕES CONTRA A ORDEM ECONÔMICA; ALTERA A LEI 8.137, DE 27 DE DEZEMBRO DE 1990, O DECRETO-LEI 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE

1941 - CODIGO DE PROCESSO PENAL, E A LEI 7.347, DE PENAL 24 DE JULHO DE 1985; REVOGA DISPOSITIVOS DA LEI 8.884, DE 11 DE JUNHO DE 1994, E A LEI 9.781, DE 19 DE JANEIRO DE 1999; E DA OUTRAS PROVIDENCIAS

Sem críticas. Defende intervenção mínima no Direito Econômico.

20) LEI 12483 de 08/09/2011

ACRESCE O ARTIGO 19-A A LEI 9.807, DE 13 DE JULHO DE 1999, QUE ESTABELECE NORMAS PARA A ORGANIZAÇÃO E A MANUTENÇÃO DE PROGRAMAS ESPECIAIS DE PROTEÇÃO A VITIMAS E A TESTEMUNHAS AMEAÇADAS, INSTITUI O PROGRAMA FEDERAL DE ASSISTENCIA A VITIMAS E A TESTEMUNHAS AMEAÇADAS E DISPÕE SOBRE A PROTEÇÃO DE ACUSADOS OU CONDENADOS QUE TENHAM VOLUNTARIAMENTE PRESTADO EFETIVA COLABORAÇÃO A INVESTIGAÇÃO POLICIAL E AO PROCESSO CRIMINAL

Sem críticas.

21) LEI 12433 de 29/06/2011

ALTERA A LEI 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984 (LEI DE EXECUÇÃO PENAL ), PARA DISPOR SOBRE A PENAL REMIÇÃO DE PARTE DO TEMPO DE EXECUÇÃO DA PENA POR ESTUDO OU POR TRABALHO

Sem questionamentos. Inovação: autoriza remição pelo estudo e ainda em regime aberto / livramento condicional.

22) LEI 12403 de 04/05/2011

ALTERA DISPOSITIVOS DO DECRETO-LEI 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941 - CODIGO DE PROCESSO PENAL, RELATIVOS A PRISÃO PROCESSUAL, FIANÇA, LIBERDADE PROVISORIA, DEMAIS MEDIDAS CAUTELARES, E DA OUTRAS PROVIDENCIAS

R1 Crítica: indevida substituição da palavra preventiva por domiciliar: a prisão domiciliar é forma de cumprimento da prisão preventiva, apenas, não possui condições e elementos próprios. Patente equívoco do legislador.

R1 Crítica: no art. 343, a palavra *injustificado*, para qualificar o quebramento da fiança, é despropositado, pois todo quebramento - para valer como tal - precisa calcar-se na ausência de motivo justo.

R1 Crítica: art. 343, "decretação" da preventiva, terminologia equivocada, o termo decretação deve ser reservado a quem está em liberdade (não provisória) e terá a segregação cautelar aplicada. Correto seria conversão.

23) Lei 12.736 de 30/11/2012

DA NOVA REDAÇÃO AO ARTIGO 387 DO DECRETO-LEI 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941 - CODIGO DE PROCESSO PENAL, PARA A DETRAÇÃO SER CONSIDERADA PELO JUIZ QUE PROFERIR SENTENÇA PENAL CONDENATORIA.

Sem críticas.

24) Lei 12.694 de 24/07/2012

DISPÕE SOBRE O PROCESSO E O JULGAMENTO COLEGIADO EM PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO DE CRIMES PRATICADOS POR ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS; ALTERA O

DECRETO-LEI 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940 - CODIGO PENAL, O DECRETO-LEI 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941 - CODIGO DE PENAL PROCESSO PENAL, E AS LEIS 9.503, DE 23 DE SETEMBRO DE 1997 - CODIGO DE TRANSITO BRASILEIRO, E PENAL 10.826, DE 22 DE DEZEMBRO DE 2003; E DA OUTRAS PROVIDENCIAS  
Sem críticas.

25) Lei 12.683 de 09/07/2012

ALTERA A LEI 9.613, DE 3 DE MARÇO DE 1998, PARA TORNAR MAIS EFICIENTE A PERSECUÇÃO PENAL DOS CRIMES DE LAVAGEM DE DINHEIRO.

R1 Inapropriado o termo lavagem; igualmente, branqueamento. Legislador deveria criar termo próprio.

R2 Na delação, por interpretação sistemática, acredita que o legislador quis se referir à substituição de qualquer pena, e não apenas da restritiva de direitos.

R1: equívoco na redação. Houve revogação dos incisos do art. 1º, mas art. 8º manteve a referência a tais incisos.

R5 inconstitucionalidade do art. 17-B: acesso a cadastros cadastrais por MP e policiais. Violação da intimidade ou da privacidade do indivíduo, afronta à jurisprudência do STF.

26) Lei 12.654 de 31/05/2012

ALTERA AS LEIS N. 12.037, DE 1º DE OUTUBRO DE 2009, E N. 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984 (LEI DE EXECUÇÃO PENAL), PARA PREVER A COLETA DE PERFIL GENÉTICO COMO FORMA DE IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS.

Sem críticas quanto à constitucionalidade, não fere direitos nem garantias individuais.

R1 Crítica à expressão "violência de natureza grave": equivocada e imperfeita (art. 9º). Todo ato violento é grave.

R2 Crítica remissão ao art. 1º da Lei 8.072/90 (hediondos): alguns são crimes sem violência (falsificação remédios) e também crimes graves ficaram de fora como tráfico ilícito de entorpecentes e tortura. Não houve critério rigoroso para a implantação da lei. P. 188

27) Lei 12.894 de 17/12/2013

ACRESCENTA INCISO V AO ARTIGO 1 DA LEI 10.446, DE 8 DE MAIO DE 2002, PARA PREVENIR A ATRIBUIÇÃO DA POLÍCIA FEDERAL PARA APURAR OS CRIMES DE FALSIFICAÇÃO, CORRUPÇÃO E ADULTERAÇÃO DE MEDICAMENTOS, ASSIM COMO SUA VENDA, INCLUSIVE PELA INTERNET, QUANDO HOUVER REPERCUSSÃO INTERESTADUAL OU INTERNACIONAL

Sem questionamentos

28) Lei 12.850 de 02/08/2013

DEFINE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E DISPÕE SOBRE A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL, OS MEIOS DE OBTENÇÃO DA PROVA, INFRAÇÕES PENAS CORRELATAS E O PROCEDIMENTO CRIMINAL; ALTERA O DECRETO-LEI 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940 - CÓDIGO PENAL; REVOGA A LEI 9.034/95, DE 3 DE MAIO DE 1995; E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS

R2 Crítica à falta de uniformidade do legislador para configurar associação criminosa: na Lei de Drogas, 2 agentes; na no CP, 3; e p/ Organização Criminosa, 4.

- R1 Crítica: ponto faltoso da lei é a ausência de especificação da ilicitude da vantagem.
- R4 Crítica: Política Criminal equivocada a vinculação de organizações criminosas à prática de infrações com pena superior a quatro anos. Com isso, eliminam-se as contravenções, cujas penas não superam quatro anos, e outros crimes com penas máxima iguais ou inferiores a quatro anos. E, afirma, organizações criminosas voltadas à prática de jogos de azar (contravenção penal) ou furtos simples são factíveis.
- R1 Crítica: uso inadequado do verbo promover (art. 2º, *caput*) pelo duplo sentido e porque o sentido de gerar encaixa-se no verbo constituir; também considera que difundir organização criminosa é algo estranho, pois ocorre de forma camuflada. Bastaria o verbo integrar. P. 678
- R2 Crítica ao critério de aumento: estabelecer o aumento com um teto (metade), sem se fixar o mínimo é imprudente. Nesse caso, quanto vale a elevação mínima? Um dia?
- R1 Crítica: a expressão "ainda que não pratique pessoalmente atos de execução", no §3º do art. 2º, é desnecessária.
- R2 Crítica: causa de aumento de pena em razão da transnacionalidade da organização é inaplicável, *bis in idem*, pois a transnacionalidade é elementar do tipo incriminador (art. 2º, *caput*, c/c o art. 1º, §1º, da Lei).
- R2 Crítica: contradição entre o § 6º e o 5º, pois, neste, somente se pode determinar o afastamento cautelar do funcionário de seu cargo, emprego ou função; enquanto, no § 6º, determina-se a perda do cargo, função, emprego ou mandato eletivo. Por coerência, o § 5º deveria prever o afastamento das atividades parlamentares.
- Delação premiada: mal necessário, bem maior é o Estado Democrático de Direito. Considera viável promover a desunião nas organizações criminosas.
- R4 Crítica: excessivo rigor na previsão do inciso I do art. 4º: exigir a identificação dos coautores e partícipes e também das infrações penais cometidas, cumulativamente. Não há esse rigor na Lei de Proteção a Testemunha nem na Lei de Lavagem de Capitais (Lei 9.613/98).
- R5 Crítica: preservação da identidade do agente infiltrado, § 2º do art. 12, tendo em vista a necessidade de que ele testemunhe, seja contraditado pela defesa; do contrário, constitui afronta ao princípio da ampla defesa.
- R4 Crítica: a lei não deveria inserir como direito do agente se recusar ou cessar a atuação infiltrada, favorece o agente, que não pode ser compelido a isso, sob pena de violação funcional. Quanto à cessação, esta envolve outros direitos, como segurança de outros agentes, interesses do Estado.

## APÊNDICE B – LEVANTAMENTO DE CRÍTICAS NUCCI X GRECO

1) Lei 12.737 de 30/11/2012

DISPÕE SOBRE A TIPIFICAÇÃO CRIMINAL DE DELITOS INFORMATICOS; ALTERA O DECRETO-LEI 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940 - CÓDIGO PENAL; E DA OUTRAS PROVIDENCIAS

NUCCI:

R4 Crítica: devido à expressão "mediante violação indevida de mecanismo de segurança", art. 154-A apenas há crime se a invasão se der por meio de violação de mecanismo de segurança, o que exclui todos os dispositivos que não contenham mecanismo de segurança.

R2 Crítica: a sociedade é o sujeito passivo da produção, oferecimento, ...de dispositivo....  
Art. 154-B. Exige ação condicionada à representação da vítima = inviabiliza a punição.  
Exceção: crime cometido contra Administração Pública = ação pública incondicionada.  
(2014a, 2014, p. 814)

GRECO:

R4 Mesma crítica de Nucci sobre "violação indevida de mecanismo de segurança".

2) Lei 12.720 de 27/09/2012

DISPÕE SOBRE O CRIME DE EXTERMINIO DE SERES HUMANOS; ALTERA O DECRETO-LEI 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940 - CÓDIGO PENAL; E DA OUTRAS PROVIDENCIAS

NUCCI:

R2 Aumento de pena de um terço até a metade (§ 6º do art. 121), pode ser inaplicável. Crime de homicídio, praticado por grupo de extermínio/milícia privada, já é considerado qualificado. Seria bis in idem (qualificação + causa de aumento de pena). Se o homicídio qualificar-se por fundamento de caráter objetivo (incisos III e IV do §2º), que não a torpeza, pode incidir o aumento de pena: qualifica-se o crime, associando-o ao § 6º.

R2 Crítica: Figura típica deveria ter sido incluída no rol dos crimes hediondos (não ocorreu).  
Obs.: Não há número mínimo de agentes para caracterizar milícia. Considera 2 pessoas suficientes.

GRECO:

R2 Crítica: parte final do art. 228-A, "finalidade de praticar quaisquer dos crimes previstos neste Código". Não são quaisquer crimes, mas os relacionados com extermínio: homicídio, extorsão, lesão corporal etc. Não se relaciona a crimes contra a honra, por exemplo. Tampouco se aplica a crimes previstos em legislação especial, como tortura. Obediência ao princípio da legalidade.

R2 Crítica: falha legislativa a não definição de número mínimo de agentes p/ caracterizar milícia.  
Considera 4 o número de agentes necessários à caracterização de grupo. Diverge de Nucci, que considera dois agentes suficiente para caracterizar grupo.

3) Lei 12.653 de 28/05/2012

ACRESCE O ARTIGO 135-A AO DECRETO-LEI 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940 - CODIGO PENAL, PARA PENAL TIPIFICAR O CRIME DE CONDICIONAR ATENDIMENTO MEDICO-HOSPITALAR EMERGENCIAL A QUALQUER GARANTIA E DA OUTRAS PROVIDENCIAS.

NUCCI:

R5 Crítica: afronta ao princípio da intervenção mínima. Omissão de socorro já abrange o tipo. Estado poderia instituir multa elevada p/ hospital, médico ou profissional.

Cria-se infração de menor potencial ofensivo = margem a transação e pag. multa ínfima.

R4 Crítica: obrigatoriedade de afixar cartaz ou equivalente com a informação do crime.

Direito Penal simbólico: a ameaça de punição passa a ser o real objetivo da norma.

"Uma ilogicidade frondosa e afrontosa". Código Penal Comentado, 2014, p. 734.

GRECO:

Exigência já constava Resolução Normativa n. 44/2003 da Agência Nacional de Saúde. Código Civil e do Consumidor também poderiam tratar do problema. Criação do tipo serviu para dirimir controvérsia doutrinária, se a conduta era extorsão indireta ou omissão de socorro. A lei deixou claro que se trata de espécie de omissão de socorro

4) Lei 12.650 de 17/05/2012

ALTERA O DECRETO-LEI 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940 - CODIGO PENAL, COM A FINALIDADE DE PENAL MODIFICAR AS REGRAS RELATIVAS A PRESCRIÇÃO DOS CRIMES PRATICADOS CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES.

NUCCI:

R4 Crítica: Atingirá poucos casos, apenas os crimes que se perpetuarem pela continuidade ou gravidade.

GRECO:

Sem questionamentos.

5) Lei 12.550 de 15/12/2011

AUTORIZA O PODER EXECUTIVO A CRIAR A EMPRESA PUBLICA DENOMINADA EMPRESA BRASILEIRA DE SERVIÇOS HOSPITALARES - EBSERH; ACRESCENTA DISPOSITIVOS AO DECRETO-LEI 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940 – CODIGO PENAL; E DA OUTRAS PROVIDENCIAS.

NUCCI:

R2 Crítica: indevida inserção no Título X - Dos crimes contra a fé pública; não atinge fé pública. Deveria constar do Título XI Dos crimes contra a administração pública.

R2 Crítica: Inserção de matéria penal em lei que cria empresa pública, criando novo tipo penal e nova pena restritiva de direitos (arts. 18 e 19). Tema relevante tratado de forma secundária, atirado em lei de criação de empresa pública.

R2 Crítica: nomeou da mesma forma o capítulo e o crime "das fraudes em certames de interesse público. Capítulo deveria indicar objeto jurídico tutelado; crime, o objeto material. Nota: A criação do tipo permite punição da cola eletrônica, antes atípica, por falta de previsão legal. Considera a Administração pública (interesse patrimonial e moral) o bem jurídico tutelado.

GRECO:

Não apontou críticas quanto à inserção no Título X.

R1 Crítica: uso de termos e expressões que se confundem: concurso público, avaliação pública, exame público.

Nota: Não considera dirimida a questão sobre cola eletrônica. Somente quando o agente que transmite ao candidato a resposta por ter tido acesso indevido às respostas é que estaria configurado o delito. Se o candidato transmitir perguntas a outro e este responder por meio de seus conhecimentos, não se caracteriza o tipo.

6) LEI 12258 de 15/06/2010

ALTERA O DECRETO-LEI 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940 (CODIGO PENAL), E A LEI 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984 (LEI DE EXECUÇÃO PENAL), PARA PREVER A POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE PENAL EQUIPAMENTO DE VIGILANCIA INDIRETA PELO CONDENADO NOS CASOS EM QUE ESPECIFICA

NUCCI:

Sem críticas.

GRECO:

Considera que o monitoramento eletrônico traz mais benefícios do que prejuízos. Ademais, é indicado para delitos de menor gravidade (delitos de trânsito, delitos sem violência). Também não afronta o princípio da dignidade do condenado e sua intimidade.

7) LEI 12234 de 05/05/2010

ALTERA OS ARTIGOS 109 E 110 DO DECRETO-LEI 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940 - CODIGO PENAL.

NUCCI:

Sem críticas. Não vislumbra inconstitucionalidade.

GRECO:

Sem críticas. Discorda da inadmissão, pelo STJ e STF, da prescrição pela pena em perspectiva, ideal. Apesar da mudança ter limitado essa possibilidade, por extinção da prescrição retroativa, da data do fato até o recebimento da denúncia, a possibilidade da prescrição em abstrato ainda se mantém.

Sem questionamentos sobre a alteração legislativa quanto a irracionalidades.

8) LEI 12033 de 29/09/2009

ALTERA A REDAÇÃO DO PARAGRAFO UNICO DO ARTIGO 145 DO DECRETO-LEI 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940 - CODIGO PENAL, TORNANDO PUBLICA CONDICIONADA A AÇÃO EM RAZÃO DA INJURIA PENAL QUE ESPECIFICA.

NUCCI:

Não há comentários.

GRECO:

Sem questionamentos.

9) LEI 12015 de 07/08/2009

ALTERA O TITULO VI DA PARTE ESPECIAL DO DECRETO-LEI 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940 - CODIGO PENAL , E O ARTIGO 1 DA LEI 8.072, DE 25 DE JULHO DE 1990, QUE DISPÕE SOBRE OS CRIMES HEDIONDOS, NOS TERMOS DO INCISO XLIII DO ARTIGO 5

DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E REVOGA A LEI 2.252, DE 1 DE JULHO DE 1954, QUE TRATA DE CORRUPÇÃO DE MENORES

NUCCI:

R2 Crítica: não equiparação conceito de criança ECA: 12 anos (tutela absoluta) e deveria ser relativa aos adolescentes (maiores de 12 anos)

R2 Crítica: art. 218 tipo penal desnecessário e problemático, pode atribuir ao partícipe pena menor em caso de induzimento de vulnerável. Deveria responder pelo 217-A c/c art. 29 do CP (2014a, p. 1.061)

R2 Crítica: Espécie de ação qdo houver resultado lesão grave ou morte: erro do legislador, ação pública condicionada à representação da vítima. Deveria ser ação pública incondicionada. (2014a, p. 1.070)

R5 Crítica. Art. 229: mudança de redação sem avanço, pune-se quem favorece a prostituição, caracterização do local em que ocorre exploração sexual é pífia, pois em qualquer lugar isso pode se dar. Ofensa ao princípio da intervenção mínima. Confusão Direito Penal com costumes, prostituição fato concreto e irrelevante penalmente. Punição para quem auxiliar a prostituição, de modo pacífico e consensual, é intolerância.

R2 Crítica: Causa de aumento de pena, parágrafo único: crítica à redação "até um terço": erro legislativo não estabelecer mínimo e máximo para a causa de aumento de pena.

GRECO:

Unificação das figuras de estupro e atentado violento ao pudor atendeu reivindicações doutrinárias, pôs fim a controvérsias.

Elogio ao art. 217-A: impede controvérsia sobre estupro de vulnerável. A determinação da idade foi uma escolha político-criminal do legislador. Discorda de Nucci, para quem uma criança de 13 anos com vida sexual ativa não pode ser considerada vulnerável.

R2 Crítica ao art. 225: contradição do *caput*, que diz respeito ao fato de mencionar o capítulo II do Título VI do CP, que cuida dos crimes sexuais contra vulnerável, dizendo que a ação penal poderá ser de iniciativa pública condicionada à representação com o parágrafo único, que afirma que se procede mediante ação pública incondicionada, se a vítima é menor de 18 anos ou pessoa vulnerável.

Discorda de Nucci de que a Súmula n. 608 do STF tenha sido afastada. Para ele, não há incompatibilidade entre o art. 225 e a Súmula, pois esta assegura que no crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada; de forma que o estupro mediante grave ameaça se procederá por ação pública condicionada à representação.

Discordância de Nucci quanto ao art. 218: não se trata de partícipe de crime de estupro, mas de proxeneta, de alguém que induz a vítima a satisfazer a lascívia de outrem, de terceira pessoa. (2014, p. 754).

R2 Crítica: Espécie de ação quando houver resultado lesão grave ou morte: erro do legislador. Porém, salienta que o dispositivo deve ser interpretado aplicando os princípios da razoabilidade; da conformação do legislador ordinário à Constituição; da proibição do retrocesso social e o da interpretação conforme a Constituição para entendermos que em se tratando de estupro com resultado lesão grave ou morte, ou ainda, se a vítima é menor de 18 e maior de 14 anos a ação penal será pública incondicionada. (2014, p. 770)

NOTA ao art. 216-A, § 2º: Greco foi buscar na Justificação ao então Projeto de Lei a razão para a causa especial de aumento de pena prevista no dispositivo, em caso de a vítima do crime de assédio sexual for menor de 18 anos. Encontrou dois motivos: "Primeiro, que o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) permite o trabalho para adolescentes (art. 60 e seguintes), o que poderia colocá-lo na situação de subordinação hierárquica ou de ascendência profissional, e, segundo, que, mesmo diante de relação irregular de trabalho infantil, é preciso assegurar proteção às crianças envolvidas e

punir com mais razão os autores dessa relação irregular cumulada com assédio sexual, o que no Brasil se verifica em muitas situações, como a do trabalho doméstico.

R5 Crítica ao art. 229: tipo traz descrédito e desmoralização para a Justiça Penal, prática levada a efeito com propagandas, jornais, revistas, e nada se faz para coibi-lo. O controle social informal, exercido pela sociedade, comportamentos que envolvem a prostituição, não havendo necessidade de sua repressão pelo Direito Penal, que deve ser entendido como extrema ou *ultima ratio*. (2014, p. 786)

10) LEI 12012 de 06/08/2009

ACRESCENTA O ARTIGO 349-A AO DECRETO-LEI 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940 - CODIGO PENAL

NUCCI:

Sem críticas.

GRECO:

Sem questionamentos.

11) LEI 11923 de 17/04/2009

ACRESCENTA PARAGRAFO AO ARTIGO 158 DO DECRETO-LEI 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940 - CODIGO PENAL, PARA TIPIFICAR O CHAMADO "SEQUESTRO RELAMPAGO"

NUCCI:

R2 Crítica: erro do legislador ao não considerar crime hediondo a forma qualificada, com resultado lesão grave ou morte, inserindo-o no art. 1º da Lei 8.072/90. Deveria haver uniformidade, em homenagem ao princípio da proporcionalidade, já que a extorsão com resultado morte é crime hediondo. Legislador deve corrigir esse erro. (2014a, pp. 872-873)

GRECO:

R2 Crítica: dispositivo desigualou tratamento, em relação às penas, para os crimes de roubo e extorsão. Com isso, fatos semelhantes terão penas diferentes, ofendendo-se os princípios da isonomia, razoabilidade e proporcionalidade. Nos casos de roubo, as penas variam de reclusão, de 7 a 15 anos (lesões graves), e reclusão, de 20 a 30 anos (morte); nos casos de extorsão, reclusão, de 16 a 24 anos (lesões graves) e reclusão, de 24 a 30 anos (morte). Falha grotesca. (2014, p. 530)

12) LEI 11596 de 29/11/2007

ALTERA O INCISO IV DO CAPUT DO ARTIGO 117 DO DECRETO-LEI 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940 - CODIGO PENAL, PARA DEFINIR COMO CAUSA INTERRUPTIVA DA PRESCRIÇÃO A PUBLICAÇÃO DA PENAL SENTENÇA OU ACORDÃO CONDENATORIO RECORRIVEL

NUCCI:

Sem críticas.

GRECO:

Sem críticas. Trata-se apenas de confirmação de pacífico posicionamento doutrinário e jurisprudencial no sentido de que acórdão condenatório reveste-se de eficácia interruptiva da prescrição penal.

13) LEI 11106 de 28/03/2005

ALTERA OS ARTIGOS 148, 215, 216, 226, 227, 231 E ACRESCENTA O ARTIGO 231-A AO DECRETO-LEI 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940 - CODIGO PENAL E DA OUTRAS PROVIDENCIAS

NUCCI:

Sem críticas.

GRECO:

Sem questionamentos.

14) LEI 11035 de 22/12/2004

ALTERA O DECRETO-LEI 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940 - CODIGO PENAL

NUCCI:

R1 redação confusa, equivocada. Crítica= excessiva cautela legislativa na criação do tipo inciso III, a. O tipo foi alterado para corrigir distorções, mas piorou o cenário das normas penais incriminadoras, confusas e de redação equivocada.

Fazer uso do selo falsificado é mais do que suficiente, não havendo necessidade algumas de inserir outras figuras, como vender mercadoria contendo selo falsificado, pois, nessa situação, está-se usando o selo do mesmo modo.

R2 Inciso III, b, art. 293, Crítica: Tipo voltado exclusivamente para o combate à sonegação de tributo, não se trata de punir conduta lesiva à fé pública. (2014a, p. 1.217)

GRECO:

Sem questionamentos.

15) LEI 10886 de 17/06/2004

ACRESCENTA PARAGRAFOS AO ARTIGO 129 DO DECRETO-LEI 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940 - CODIGO PENAL, CRIANDO O TIPO ESPECIAL DENOMINADO "VIOLENCIA DOMESTICA"

NUCCI:

R4 Mudança tímida e de pouca utilidade. Cominação de pena pífia. Demagogia na criação do novo tipo: violência doméstica. Não mudou o mínimo da pena, o máximo de 3 anos só veio com a Lei Maria da Penha. A qualificação da lesão corporal no ambiente doméstico deixou a desejar, em virtude da cominação pífia da pena.

Se houve alguma vantagem, está na ação penal, que passou a ser pública incondicionada.

R1 Crítica à expressão "ou tenha convivido" foi inadequada e deve ser visualizada restritivamente

GRECO:

Quase todas as situações previstas no parágrafo já figuravam no Código Penal, como circunstâncias agravantes previstas nas alíneas *e* e *f* do inc. II do art. 61.