

# O diálogo entre ciência e política no processo de formação das leis penais

Fabiano Augusto Martins Silveira

## Sumário

1. O problema. 2. As condições do diálogo. 2.1. Um novo modo de argumentação e de atuação. 2.2. Necessário alargamento do campo de estudo. 2.3. Autonomia. 2.4. Consciência do caráter político da mensagem doutrinária. 3. Os riscos de um empirismo extremado. 4. O diálogo como debate público. 5. Quem é esse usurpador? 5.1. A competição no mercado político. 5.2. Saber científico e saber político. 5.3. O tempo político e a grande mídia. 6. A sedução do direito penal. 7. Três características do agir político no tocante à matéria penal. 8. A ciência da legislação penal e a chamada “orientação às consequências”. 9. Uma última palavra a favor do diálogo.

## 1. O problema

A doutrina pode ser vista como um ator social? Ela interfere ou deveria interferir diretamente no processo político de formação das leis penais? É legítimo que queira fazê-lo? E se assim for, quais interesses a doutrina penal tem a defender?

Essas perguntas, feitas de bate-pronto, são apenas a ponta de um novelo que gostaríamos de começar a desfiar.

É certo que um grupo social pode ter a pretensão de influenciar o processo legislativo, sem, todavia, obter êxito. Por outro lado, também é verdade que um grupo pode efetivamente exercer influência no parlamento sem agir com a chamada “consciência de classe”.

Fabiano Augusto Martins Silveira é Doutor e Mestre em Ciências Penais pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Consultor Legislativo do Senado Federal para as áreas de direito penal, processual penal e penitenciário.

Desconfiamos – colocando desde já o problema – que a doutrina penal não se autorrepresente como sujeito coletivo com a responsabilidade de intervir no processo político-decisório, a despeito das duras e implacáveis críticas que costuma desferir ao aumento da produção legislativa em matéria penal.<sup>1</sup>

Antes de passar adiante, indagamos se, acima de todas as divergências doutrinárias, seria possível chegar a uma conclusão sobre a essência do significado político das proposições teóricas construídas pela ciência penal. Fôssemos arriscar uma resposta, diríamos, com muita simplicidade, que o compromisso histórico da mensagem doutrinária tem sido, com todos os altos e baixos, a defesa de um direito penal liberal e secular que impeça a indevida instrumentalização da pessoa humana.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> O termo “doutrina” abrange tanto o conjunto abstrato de ideias que dominam o pensamento penalístico num dado momento como as pessoas incumbidas da sua comunicação, sobretudo por meio da publicação de textos. Tais dimensões – *discurso* e *sujeito* – estão profundamente imbricadas, embora a acepção mais comum do termo tenda a privilegiar o elemento discursivo, justamente para transmitir as ideias de imparcialidade, distanciamento e isenção do conhecimento científico. Assim, na maioria das vezes, a doutrina nos chega como entidade abstrata e desindividualizada, isto é, como “entendimento” ou “tipologia de interpretação”. Ofusca-se o lugar do sujeito, como se este fora um dado dispensável senão inexistente. Na verdade, tal processo de desindividualização não é exclusivo da doutrina penal, mas um expediente comum na transmissão dos mais variados saberes científicos. Chamar atenção para o *sujeito* (e não apenas para o *discurso*) nos permitiria, ao contrário, desnudar e compreender a doutrina como um autêntico ator social, com pretensões de intervir na política e no processo legislativo comparáveis às de outros grupos, ainda que não queira confessá-lo. Além do mais, quando os sujeitos do discurso vêm à tona, fica mais fácil visualizar os conflitos, divergências e pluralidade no interior do próprio campo doutrinário.

<sup>2</sup> Ilustrativamente, para Ferrando Mantovani (1997, p. 314), o fundamento do sistema penal está radicado “sobre o princípio personalístico, do primado da pessoa humana como ‘valor ético’ em si, do homem-valor, do homem-pessoa, do homem-fim, não instrumentalizável por alguma finalidade extrapessoal, nem mesmo de política criminal, seja ele sujeito ativo ou passivo, vítima ou réu; [...] da centralidade da pessoa humana, fim

Feitos todos os cálculos, a doutrina penal convenceu-se de que o cidadão não tem condições de medir forças com a máquina estatal, quando esta se projeta sobre a liberdade. Sendo assim, o poder punitivo jamais poderia prescindir de uma disciplina formal, rígida, criteriosa, que, na medida do possível, reequilibre o jogo de forças.<sup>3</sup> Nesse horizonte, a cultura penalística funcionaria como uma espécie de memória das razões que forjaram o *Estado de Direito*, professando o que poderíamos chamar de liberalismo penal.

Assim, os enunciados cuidadosamente elaborados pela doutrina buscam “racionalizar” o direito penal, ora incrementando os limites formais ao direito de punir estatal, ora tentando delimitar minimamente o conteúdo das normas penais incriminadoras.

Quanto ao controle crítico dos conteúdos específicos dos tipos penais, estamos falando de proposições teóricas com elevada racionalidade de tipo custo-benefício, que encontram na Constituição uma rica fonte de inspiração, a exemplo dos princípios da ofensividade e da proporcionalidade. Basta ver a trajetória desses dois princípios, e sua ampla aceitação doutrinária, para constatar que a ciência penal não se porta com indiferença diante de escolhas do legislador,

---

primeiro e fim último, alfa e ômega do sistema penal”. “O bem jurídico na qualidade de valor e, consequentemente, inserido no amplo aspecto da finalidade da ordem jurídica, cumpre função de proteção, não dele próprio, senão da pessoa humana, que é o objeto final de proteção da ordem jurídica.” (TAVAVES, 2000, p. 180). “[...] quem infringe suas disposições [do ordenamento jurídico], é dizer, o delinquente, e há de ser objeto de sua sanção, ou seja, o apenado, é e não pode senão continuar sendo um homem, sujeito sempre de dignidade, que vive em convivência e se realiza em sociedade, e como tal deve ser tratado; concepção que consagra no Direito punitivo o respeito ao ser humano e elimina ou afasta qualquer disposição ou tratamento que mutila, desfigure ou anule o homem, seja em sua personalidade física, moral ou social.” (RIVACOBAY RIVACOBAY, 2000, p. 51).

<sup>3</sup> Muito reveladoras, nesse sentido, as reações doutrinárias ao polêmico ensaio de Günther Jakobs (2005, p. 42-44) sobre o denominado “direito penal do inimigo”. Entre elas, consultar Prittwitz (2004); Ferrajoli (2006); Resta (2006); Zaffaroni (2007).

julgando-se, não raro, intérprete superior da Constituição (Cf. SILVEIRA, 2008). Esse gancho no texto da Carta Política, tão bem planejado pela teoria constitucionalista do delito, pretende colocar o legislador na defensiva. Ou atende aos enunciados doutrinários ou corre o risco de ver sua obra mutilada ou refeita pelo Poder Judiciário.

Receamos que essa forma de comunicação com a política consubstancie, na verdade, um monólogo. A doutrina não se faz ouvir pelo legislador e, verdade seja dita, pouco se esforça para que isso ocorra. Afinal de contas, é mais fácil jogar o agente político e o processo legislativo numa grande vala comum, pegando carona em imagens maniqueístas bastante difundidas no meio social.

Se observarmos bem, os esforços de diálogo são direcionados quase que exclusivamente ao Poder Judiciário. Todavia, como a experiência do direito penal não é totalmente reconduzível ao plano da racionalidade, os enunciados doutrinários ora pecam por incompletude e generalidade, ora pelo descolamento em relação a necessidades sociais emergentes, ora pela simplificação banal do processo político decisório.

Resultado é que a jurisprudência não pôde mais do que dar acolhimento reduzido e seletivo às prescrições da doutrina, longe de contra-arrestar o crescimento do direito penal legislado. Faz todo sentido, assim, a reflexão de Fiandaca (1991, p. 54): “se a doutrina penalística encontrou-se progressivamente marginalizada dos circuitos da produção legislativa, a culpa deste recuo lhe é, ao menos em parte, imputável”.

## 2. As condições do diálogo

### 2.1. Um novo modo de argumentação e de atuação

A despeito das dificuldades retratadas no tópico anterior, existem ensaios teóricos sempre mais incisivos no sentido de reorientar a mensagem doutrinária (Cf. PALAZZO, 1997; DONINI, 2004b). Exige-

se, em primeiro lugar, uma mudança no discurso doutrinário, no seu modo de argumentação. Antes de criticar por costume a produção legislativa, a doutrina deve armar-se de argumentos mais persuasivos. E nada melhor para isso do que ir a campo e envidar esforços com outras disciplinas para compreender e medir, o quanto possível, os impactos produzidos pela política de criminalização (impactos sociais, econômicos, processuais, institucionais, carcerários, etc.).

Essa seria, por assim dizer, uma tarefa desmistificante e desideologizante do direito penal, com o propósito de confirmar ou falsificar, empiricamente, as escolhas operadas pelo legislador. Quanto mais dispusermos de dados empíricos, intuiti Pulitanò (1985, p. 80), “a escolha e a realização dos valores saberá encontrar caminhos mais seguros.”

O jurista, em suma, deixa de lado a pura retórica dos valores constitucionais e traz informações que podem ser concretamente assimiladas por todos os participantes do debate público. Estes, por sua vez, também estão em condições de contribuir com avaliações sobre os efeitos da decisão legislativa, independentemente de uma educação jurídica especializada (Cf. LA SPINA, 1989, p. 196).

Em suma, se quiser influenciar as decisões parlamentares, a doutrina deve negociar diretamente com o legislador, sem outra saída. A propósito, Donini (1996, p. 35) destaca que os princípios constitucionais de política criminal “esperam ser realizados *mediante lei* (ainda que em certa medida reinterpretada por eles) e não *diretamente* por meio das sentenças”.

Sendo legítima, como nos parece, a pretensão doutrinária de racionalização do direito penal (leia-se, de exercer algum controle sobre o conteúdo dos tipos penais), o caminho democrático há de levar ao processo legislativo. A participação na fase pré-normativa é, pois, a nosso sentir, condição essencial para que a mensagem doutrinária

possa desprender-se do direito penal ensinado nos livros e nas academias.

## 2.2. *Necessário alargamento do campo de estudo*

A atuação de *lege ferenda*, levada a sério, importa a ampliação dos objetos de estudo da ciência penal. Convencionalmente, os juristas são bons entendedores e críticos do direito posto e do direito aplicado nos tribunais. Por outro lado, o desconhecimento é geral em relação ao que se passa no parlamento, inclusive no que diz respeito às regras formais que presidem o processo legislativo. Muitas vezes, a doutrina é a última a saber da chegada de uma nova lei penal.

Poderíamos cogitar, então, do necessário alargamento do “campo de problemas” de interesse dos penalistas, na linha do que afirmara Pulitanò (2003, p. 111): “o campo de problemas de que se ocupa a melhor ciência penal não é delimitado pelo horizonte deste ou daquele ordenamento positivo, mas pelo inteiro campo de problemas conexos à formação, compreensão e aplicação dos ordenamentos penais”.

Como sustentará o mesmo Pulitanò (1993, p. 1214), entre ciência e política do direito existe “um *continuum* de temas e problemas”. Para uma ciência que sempre aspirou influenciar o conteúdo da matéria penal, talvez mais do que qualquer outra disciplina jurídica, não deixa de ser embaraçoso constatar que a fase de produção normativa tenha sido praticamente desprezada pelos estudos penalísticos, muito dedicados à interpretação e aplicação do direito vigente.<sup>4</sup>

No campo penal, o incentivo à atuação de *lege ferenda* pediria, ademais, retoques

<sup>4</sup> O desabafo é de Aurelio Menéndez Menéndez (2004, p. 19): “surpreende que nosso afazer como estudiosos do Direito centre-se na interpretação e aplicação da norma e não pondere a importância de sua mais correta elaboração e formulação; e surpreende, enfim, a ignorância e o desinteresse que se percebem na doutrina e na decisão política acerca da necessidade de melhorar o processo de elaboração das leis”.

no tradicional modelo de “ciência penal integrada”. Embora seja legítimo prefigurar espaços de autonomia do direito penal no tocante à política criminal e à criminologia, seria mais adequado, em nossa opinião, conceber suas relações dentro de um quadro de fronteiras móveis com amplas áreas de interseção. O mesmo raciocínio vale para o processo penal, que não poderia ser estudado de maneira estanque, como se não tivesse nenhum vínculo com as citadas disciplinas.

Mais do que disciplinas “complementares” ou “integradas”, a política criminal, a criminologia e, acrescentamos, a processualística fariam parte natural do caderno de anotações do penalista. Curiosamente, a arquitetura de um modelo integrado de ciências penais mais serviu ao alheamento do que à efetiva interação das citadas disciplinas, oferecendo, assim, muitos pretextos para o desinteresse na produção legislativa.

## 2.3. *Autonomia*

Necessário, ainda, assegurar que o diálogo com o legislador traduza-se na interlocução entre duas esferas autônomas. Não está em discussão, pois, a autonomia da ciência no confronto da política. A construção de pontes entre as duas esferas não deveria culminar, assim, num diálogo dominado pela diplomacia superficial, servilismo ou frases de efeito que a outra parte gostaria de ouvir.

Quando se propõe a participar interessadamente do debate público sobre as decisões em matéria penal, a ciência o fará com plena autonomia dos seus pontos de vista. É preciso reafirmar tal independência à exaustão, apontando-a como problema central do diálogo, porque a política, como sabemos, possui seus encantos e formas inúmeras de cooptação<sup>5</sup>, com chances infi-

<sup>5</sup> “[...] a tentação pode ser aquela de um ingresso orgânico do cienciado nas estruturas do sistema político e/ou institucional encarregadas da produção legislativa.” (PALAZZO, 1997, p. 700). “César

nitamente superiores de que a ciência seja manipulada para fins políticos do que o contrário. Um perigo que jamais pode ser subestimado, portanto. Prevemos, assim, um diálogo tenso e não necessariamente de convergência, mas, em todo caso, diálogo.<sup>6</sup>

Em compensação, deve-se respeitar a autonomia do legislador e reconhecer a habilitação diferenciada que lhe foi conferida pelo voto popular. Entender que quem responde perante a sociedade é o legislador. Um ônus intransferível o de arcar com a responsabilidade final da decisão tomada. Compreender, afinal, que os olhares da ciência e da política captam dimensões diferentes do mesmo problema, e é exatamente essa diferença que faz do diálogo um processo tão necessário quanto desafiador.

Respeitar a autonomia do interlocutor significa, ademais, que o diálogo deve-se converter em propostas ou alternativas à solução em debate, o que reclama não só uma mudança no estilo argumentativo, mas, como dissemos, um novo modo de atuação da doutrina, de forma a traduzir as suas opiniões em projetos de lei ou outras iniciativas com a maior concretude possível, apurando a sua capacidade de projeção.<sup>7</sup>

---

permanece como a estrela fixa em torno da qual os juristas realizam as suas evoluções e revoluções, como sistemas planetários. [...] César, porém, não espera o jurista, usa-o quando tem necessidade dele, e desde o início daquela eleição deve ficar claro a todos que está trabalhando 'para ele'." (DONINI, 2003, p. 22-23). Cf., ainda, Donini (2000, p. 668-669).

<sup>6</sup> Enzo Musco (1991, p. 25) parece um pouco mais otimista, em todo caso um otimismo muito bem-vindo: "entre política interna e ciência criminal não há apenas a posição de conflito ou de subordinação. Se o conhecimento do instrumento penalístico varia do ponto de vista da classe dos políticos e do ponto de vista da classe dos penalistas, não está todavia excluída a possibilidade de uma posição de coexistência, em igual dignidade, que acentue a necessidade de uma frutuosa e fecunda cooperação no interesse do País."

<sup>7</sup> "[...] o simples fato de elaborar ou ter elaborado um projeto (não como um projeto parlamentar ou do Executivo, e nem mesmo para *ser do contra*, mas

Tudo somado, soa-nos perfeita, na sua simplicidade, a síntese de Pulitanò (2001, p. 14): "à autonomia política do legislador corresponde a plena autonomia intelectual da ciência jurídica, como de qualquer outra ciência".<sup>8</sup>

#### 2.4. *Consciência do caráter político da mensagem doutrinária*

Outra condição para o diálogo maduro com a instância política é, segundo cremos, a tomada de consciência do viés político da mensagem doutrinária. A ciência penalística, como todo projeto de cunho racional, almeja à descrição desapassionada do direito penal, tentando prever-lhe alguma utilidade que não se resuma à mera inflição de sofrimento.

Trata-se de um objetivo válido, tanto que não redunde em posições acrílicas quanto aos componentes ideológicos do saber produzido. Para ilustrar esse coeficiente ineliminável de ideologia, valemo-nos de uma passagem de Michel Foucault (2003, p. 20-21), interpretando o pensamento de Nietzsche sobre o conhecimento: "*Intelligere*, compreender, não é nada mais que um certo jogo, ou melhor, o resultado de um certo jogo, de uma certa composição ou compensação entre *ridere*, rir, *lugere*, deplorar, e *detestari*, detestar".

A transcrição serve de advertência à almejada neutralidade do conhecimento científico. Não compromete, todavia, a nosso ver, a pretensão de racionalidade que

---

simplesmente como expressão do próprio saber) conferiria à ciência – que finalmente se reconhece como ciência da legislação – aquela identidade, aquele espírito de pertença, que hoje seguramente lhe faltam, como classe, como corpo social, e até mesmo como expressão de um pensamento escrito representativo." (DONINI, 2003, p. 24).

<sup>8</sup> Em complemento: "Como juristas, tendemos frequentemente a superestimar a importância de nossas elaborações teóricas ou 'dogmáticas', até aspirando vê-las pontualmente refletidas nos textos legislativos e censurando o legislador se não o faz. Parece-me que a relação entre legislação e ciência (não só jurídica) seja mais complexa: de conexão, mas também de *reciproca autonomia*." (PULITANÒ, 2001, p. 14).

move a ciência, desde que não seja levada aos extremos da ingenuidade.

Sim, a doutrina penal comparece ao debate legislativo com um atributo específico (*ratio*). Suas conclusões resultam de longa maturação literária, tendo sido submetidas a duras réplicas e reparos antes que se afirmassem.

Em síntese, a doutrina tem algo de especial a dizer, conhece bem a matéria bruta que se quer lapidar, e a sua perspectiva difere da de outros grupos sociais envolvidos no mesmo processo de discussão.

Ocorre que, numa fase essencialmente criativa como a do processo político decisório, de prospecção do futuro, o conhecimento técnico-jurídico vale tanto quanto “os faróis de um automóvel virados para trás”, lembrando Pedro Nava. O patrimônio de ideias da doutrina penal tem o seu lugar, ilumina a retaguarda, o que não é pouco, mas não oferece todas as respostas aos complexos problemas sociais suscitados pelo uso do direito penal.

Portanto, embora carregue a responsabilidade de “iluminar”, de introduzir ou não perder de vista o elemento *razão* num debate permeado por tantas paixões, a doutrina dá um salto no escuro ao propor novas leis penais. Arriscando-se, participa como ator interessado, pois não há participação desinteressada no processo legislativo, não há quem olhe para o futuro munido apenas de boas intenções.<sup>9</sup>

Assim, destacamos que um dos fermentos para o bom diálogo com a política é a consciência dos próprios interesses no jogo que se vai jogar; a percepção de que a mensagem doutrinária tem o seu conteúdo político, que não é pura *ratio*, mas também *voluntas*.<sup>10</sup>

<sup>9</sup> Antonio Manuel Hespanha (2001, p. 343) já advertia que os juristas, quando se apresentam como intérpretes do senso comum, “quase sempre o fazem em nome de alguma particular sabedoria que creem deter com exclusividade”.

<sup>10</sup> Antonio La Spina (1989, p. 192) observa que “uma crença acrítica na ‘pureza’ do aporte científico do jurista, embora sendo parte do tipo puro de *rf* [ra-

Com efeito, o olhar doutrinário, embora diverso, não está radicalmente distante do olhar de outros grupos sociais que recorrem ao processo legislativo. A compreensão do significado e dos valores mais profundos da cultura penalística nos permite, portanto, entender melhor a própria natureza dos processos deflagrados no parlamento. Impõe à doutrina, quem sabe, um exercício de humildade, pois lhe força entender que o desejo de influenciar as decisões políticas não difere tanto, afinal, do de outros participantes.

Dito isso, fica cada vez mais claro que os enunciados doutrinários não se impõem só por uma questão de autoridade, não em processos decisórios democráticos. O que conta é a capacidade de persuasão no debate público, de convencimento dos demais ouvintes. “Não basta – diz Pulitanò (2001, p. 10) – aduzir unilateralmente razões a favor ou contra: necessário argumentar por que aquelas razões são consideradas prevalentes em relação a outras, que poderiam eventualmente fundar soluções diversas”.

### 3. Os riscos de um empirismo extremado

Ao questionar o próprio estilo argumentativo e encontrar na “orientação às consequências” um promissor veio metodológico, a doutrina se dá conta de que precisa ganhar novos ouvintes, participar da cena democrática com melhor *performance* persuasiva.

Sem embargo, vale registrar que a sondagem empírica da política de criminalização não representa a conversão espiritual da doutrina ao empirismo (como único critério possível de verdade), antes o esgotamento de um ciclo discursivo que já não empolga nem mesmo os penalistas mais ortodoxos. Um ciclo discursivo imerso,

cionalidade formal], revela-se ideológica no duplice sentido de *biased* e falsa. A pretensão de falar em nome de princípios supralegislativos ou extralegislativos pressupõe, na verdade, uma tomada de posição política.”.

para acompanhar Donini (2003, p. 10), no “idealismo ignaro dos fatos”.

Uma ciência penal orientada às consequências, no sentido mais rico da expressão, sabe reconhecer o peso da verificação empírica das teses que circulam no debate legislativo e das escolhas já realizadas, sem renunciar, porém, às referências valorativas que a Constituição é pluralmente capaz de oferecer; uma ciência que amplia o seu campo de problemas, para nele incluir, seriamente, o momento da formação das normas penais, dispondo-se a negociar diretamente com o legislador; por conseguinte, uma ciência que almeja aprimorar a sua capacidade de projeção, consciente do papel, técnico e político, que é chamada a exercer.

#### 4. O diálogo como debate público

A reunião de todas as condições há pouco mencionadas traria, e é justo que seja assim, certo otimismo quanto a influenciar a instância política. Entretanto, desde já, advertimos que não há garantias a esse respeito. Não há nada que previna frustrações no campo da política. Tudo que a doutrina penal tem a fazer é, pois, dedicar-se a esse diálogo com responsabilidade intelectual e espírito de colaboração, sem esperar que o legislador cumpra integralmente o plano de voo.

Aliás, quando falamos em “diálogo com o legislador”, não nos referimos necessariamente à pessoa do parlamentar ou de sua agremiação política. O diálogo deve estender-se, com igual empenho, a todos os sujeitos que participam do processo decisório. O capital da doutrina cresce na medida em que consegue atingir outros personagens (mídias, instituições públicas, órgãos de classe, movimentos sociais, igrejas, organizações não governamentais, organismos internacionais, etc.).

Em suma, “diálogo com o legislador” nada mais é do que um passaporte para a cena democrática, disse-o bem Pulitanò

(2001, p. 9): “participar do jogo do legislador, mesmo como técnicos sem poder numa Comissão Ministerial ou no fórum de uma discussão pública, significa entrar no jogo da democracia”. E complementa Giuseppe Losappio (2003, p. 144): “O jurista que pretende se tornar o único e só projetista do direito, na realidade, legitima sua definitiva alienação dos laboratórios da lei; em verdade, ele mesmo entrega à política uma folha em branco”.

Da mesma forma, diálogo *com* o parlamento não quer dizer incondicionalmente diálogo *no* parlamento. Tanto melhor se existirem canais institucionais que permitam dar vazão ao pensamento doutrinário com garantias de transparência, representatividade, continuidade e recíproca autonomia. Mas a ausência de espaços formais não se pode transformar em pretexto para adiamento do diálogo, tampouco convém superestimá-la como o grande nó da questão.

O diálogo de que falamos é essencialmente *debate público* em todas as esferas de discussão, com o propósito de ecoar na instância legislativa. Tememos reduzir o problema a uma mera questão administrativa se nos fixássemos, obsessivamente, no desenho de canais institucionais. De fato, a engenharia institucional pode facilitar o encontro entre doutrina e legislador, entre ciência e política. Faltam, no entanto, é bom que se diga, iniciativas de ambas as partes. Arriscaríamos dizer, inclusive, que os acadêmicos têm presença mais regular no parlamento, notadamente nas audiências públicas conduzidas pelas comissões temáticas de cada Casa, do que deputados e senadores nas universidades. Enfim, uma *institucionalidade* bem-vinda, desde que não sufoque outros ambientes de discussão, e que se constrói sobretudo em via de mão dupla.

De uma vez por todas, o diálogo com a política não é apenas uma linha de pesquisa ou um comportamento exótico de juristas. Antes disso, é o necessário ponto

de encontro entre a velha pretensão doutrinária de exercer algum controle sobre o conteúdo da legislação penal e o princípio da democracia representativa.

Com efeito, a doutrina não deve deixar de cultivar seus enunciados teóricos, combinando-os, todavia, com provas que possam ser partilhadas (e, evidentemente, submetidas à crítica) por outros interlocutores num debate o mais amplo possível.

Concluindo: recíproca autonomia, capacidade de persuasão e de projeção, consciência do viés político da própria mensagem e o aprimoramento possível de canais institucionais formam, segundo cremos, o elenco de condições ideais para o diálogo com o legislador.

### 5. Quem é esse usurpador?

Falta ainda mencionar um elemento que facilita todo e qualquer processo de diálogo, que é o colocar-se na posição do outro, entender os seus pontos de vista, o seu modo de falar, de agir e de pensar.

Ajudaria muito se entendêssemos que os políticos não se definem como legisladores. Essa categoria, "legislador", parece fruto de tentativas de racionalização da política, de tornar previsível o comportamento dos agentes investidos de mandato popular, de enquadrá-los numa determinada teoria da democracia. Por essa ótica, o legislador responde aos anseios da comunidade e os traduz em forma de lei, sendo o grande magistrado dos conflitos sociais. Assim, somos instados a entender qualquer lei como resultado de uma série de condições históricas que levaram àquela decisão legislativa.

As explicações mais corriqueiras sobre o crescimento do direito penal vão todas por esse caminho. Isto é, o avanço do Estado Social, a hipersensibilidade ao risco, a influência da grande mídia ou a pressão dos grupos sociais seriam os fatores que explicariam a expansão do direito incriminador. A pessoa do legislador não teria

vontade própria, o seu comportamento é maquinal. Vai-se deixando levar por essas grandes correntes marinhas sem controle sobre o leme da embarcação. Enfim, não haveria lugar para a sorte, o acaso ou a ambição pessoal. As leis seriam determinadas de fora para dentro do ambiente parlamentar.

É triste informar, no entanto, que o mundo da política não funciona dessa forma. O "legislador" não faz parte do mundo da política. Existe o político, a personalidade pública que se submeteu ao teste das urnas, sabendo que, dali à frente, outras eleições virão. Nos regimes democráticos, o que define o político é fundamentalmente o exame eleitoral. Como nem todos os candidatos podem ser eleitos, o político é moldado pela competição a que está permanentemente submetido.

Rápido nos perguntamos se esse mundo competitivo, com regras muito particulares, não teria alguma coisa a ver com o crescimento do direito penal. Isto é, se, além das chamadas explicações sociológicas, poderíamos incluir também o instinto de sobrevivência do profissional da política. Saber se as leis penais seriam também o resultado das condições ambientais internas do parlamento.

#### 5.1. A competição no mercado político

O clima de competição faz com que o parlamentar conviva diariamente com o adversário. Este pode ter ou não mandato eletivo e até pertencer ao mesmo quadro partidário. A quem queira entender uma personalidade política, comece por seus adversários. Este é o calo que impõe ao político a obrigação de movimentar-se, de agir, de construir, em permanente estado de alerta, as condições para preservação do seu mandato ou para a conquista de novos postos. Assim, *a hiperatividade é uma característica marcante da vida política*. O político não pode ficar parado, como se estivesse satisfeito com o atual estado de coisas. Ele é um reformador por natureza.

Encara as relações sociais e as disputas de poder sob a perspectiva da reforma. Seu discurso é sempre um discurso reformista. Recomendar ao político um período de dieta ou repouso seria mais ou menos como assinar-lhe a sentença de morte.<sup>11</sup>

Daí resulta que a apresentação de projetos de lei é um dado objetivo que mede a atuação parlamentar. Por essa lógica, é tolerável que um congressista não consiga aprovar os seus projetos de lei, mas imperdoável que ele não os apresente. Se contarmos apenas os projetos de lei ordinária sobre matéria penal de iniciativa parlamentar, deputados e senadores apresentaram 955 propostas entre 2003 e 2007, conforme a tabela abaixo:

Tabela 1. Projetos de lei ordinária sobre direito penal

	Câmara dos Deputados	Senado Federal	Total
2003	205	54	259
2004	143	37	180
2005	110	41	151
2006	92	33	125
2007	199	41	240
2003/2007	749	206	955

Fonte: bases de dados da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

Nesse agitado ambiente, clientelismo e fisiologismo são formas bastante difundidas do agir político. Sem compreendê-los, não entraríamos em capítulos decisivos da história política brasileira.<sup>12</sup> São, todavia, gramáticas não necessariamente utilizadas

<sup>11</sup> Assim Ferrando Mantovani (1995, p. 239): “A terceira verdade é que *leges non sunt multiplicandae sine necessitate*, com o conseqüente convite ao ‘repouso do legislador’, preferível a um legiferar sempre mais desalinhado e exaltado, porque quem semeia leis nem sempre colhe justiça.” Também Musco cultiva a esperança de uma abstinência legislativa em matéria penal pelos próximos anos. É como finaliza o seu estudo: “Na esperança, obviamente, que governo e parlamento se abstenham – a partir de hoje e pelos próximos anos – de legiferar em matéria penal.” (MUSCO, 1993, p. 183).

<sup>12</sup> Ver, a propósito do clientelismo e sua relação com outras “gramáticas para a relação Estado-sociedade no Brasil”, notadamente o universalismo

pela totalidade dos políticos (ou não em todos os contextos ou momentos de suas carreiras). Aquilo que o político dificilmente poderia dispensar é o senso aguçado de oportunismo e uma pequena dose de demagogia. O oportunismo libera os políticos do incômodo princípio da coerência; a demagogia ajuda na formação de alianças e na conquista do público. (Hannah Arendt (2003, p. 310) nos provoca com a seguinte reflexão: “jamais se incluiu a veracidade entre as virtudes políticas, pois ela de fato pouco contribui para esta transformação do mundo e das circunstâncias, que é uma das mais legítimas atividades políticas”).<sup>13</sup> Os dois atributos não são, evidentemente, exclusivos da vida parlamentar, mas compõem um código ancestral de regras não escritas da política. E, convenhamos, o recurso ao direito penal oferece mil oportunidades para que as referidas habilidades sejam exercitadas.

## 5.2. Saber científico e saber político

A essa altura a dúvida não é se a ciência deve dialogar com a política, mas se esse diálogo é realmente possível. De fato, entre saber científico e saber político existem muito mais diferenças do que afinidades. Aquele busca explicar a realidade, no que se vale de descrições generalizantes e não contraditórias. Cultiva, para tanto, o rigor terminológico na formulação de enunciados teóricos, com tendência, que não é leve, ao hermetismo.

No campo da ciência, predomina a forma escrita na transmissão dos conhecimentos acumulados, de tal maneira que o diálogo entre os membros da comunidade científica transcorre basicamente por intertextualidade. Admitamos que a ciência

de procedimentos, o insulamento burocrático e o corporativismo (NUNES, 1997, p. 26-42).

<sup>13</sup> Noutro trecho: “Jamais alguém pôs em dúvida que verdade e política não se dão muito bem uma com a outra, e até hoje ninguém, que eu saiba, incluiu entre as virtudes políticas a sinceridade.” (ARENDR, 2003, p. 283).

é, muitas vezes, uma experiência solitária, do intelectual refletindo consigo mesmo. A credibilidade do saber científico, não é incomum ouvir, é garantida por sua neutralidade. Trata-se, assim, de um saber apolítico, no sentido de que é indiferente à maioria.

Eis que surge não um pequeno dilema à ciência penal: à medida que o penalista se compromete com determinadas escolhas legislativas, perde, gradativamente, as suas credenciais de origem, isto é, o título de legitimação próprio do conhecimento científico; à medida que se esconde, perde a capacidade de influir.<sup>14</sup> No primeiro caso, teríamos uma “dogmática afortunada”, à custa da laureada pureza científica; no segundo, uma “dogmática sem consequências”, todavia impoluta.<sup>15</sup>

Por outro lado, os conhecimentos e maturidade do homem público são empregados menos para explicar do que intervir na realidade. É um saber pragmático que visa a tomada de decisões. Pratica-se uma linguagem aberta, flexível, retórica, às vezes contraditória, às vezes dúbia, que

---

<sup>14</sup> Tal dilema foi bem observado em Palazzo (1997, p. 695-696).

<sup>15</sup> Os termos “dogmática afortunada” e “dogmática sem consequências” foram abordados num dos painéis de um famoso congresso transcrito em Berlim no ano de 1999, intitulado “La Ciencia alemana de Derecho penal ante el cambio de milenio, Reflexión retrospectiva y perspectivas de futuro”, tendo sido organizado pelo Instituto Max Planck. Participaram do referido painel Björn Burkhardt, Wolfgang Frisch, Francisco Muñoz Conde e Franz Salditt. Os expositores trabalharam o tema sob angulações muito diversas. Frisch (2004, p. 210, 222, 225), por exemplo, recusa-se a contrapor os conceitos de dogmática “afortunada” e “sem consequências”, mas admite que os poucos resultados obtidos pela ciência penal nas duas últimas décadas do século XX não se comparam à considerável influência exercida nas primeiras décadas do mesmo século. Embora transmita uma visão, digamos, otimista do trabalho dogmático, sente-se obrigado a reconhecer a influência modesta do conceito de bem jurídico no debate político-criminal e desenvolvimentos dogmáticos questionáveis no âmbito da Parte Especial. Franz Salditt (2004, p. 248), por sua vez, é categórico ao afirmar que “a maior fortuna de qualquer dogmática está em convencer o legislador.”

nada tem a ver, portanto, com o rigorismo da linguagem científica.

O saber político é, ademais, a antítese da neutralidade e encontra o seu título de legitimação nas majorias que consegue formar.<sup>16</sup> Ao contrário da ciência, só se faz política coletivamente e o modo de operar do político depende muito da oralidade. Trata-se, em poucas palavras, de um saber pragmático, retórico, oral, parcial (no sentido de tendencioso) e orientado à formação de consensos.

Mas, bem observado, o saber político não é acientífico, pois não repele as explicações provenientes da ciência, nem se apresenta como uma fonte de conhecimento rival. Apenas convive com outras formas de explicação do mundo (tradição, religião, etc.), com trânsito fluido entre essas várias narrativas. Poder-se-ia afirmar, assim, que a política é mais receptiva à ciência do que o inverso.

### 5.3. O tempo político e a grande mídia

Outra dificuldade de sintonia entre os dois pólos é a noção de tempo, muito mais acelerada na política do que na ciência. O tempo político é o tempo mundano dos acontecimentos, da surpresa, do aqui e agora. O tempo acadêmico, diferentemente, é o tempo da reflexão, do distanciamento. O legislador fez-se refém da velocidade dos acontecimentos e não consegue imprimir-lhes outra cadência, como faz o intelectual.

As respostas legislativas estão, pois, sempre a reboque dos acontecimentos. Censurar o parlamento só por legislar a partir de casos concretos é o mesmo que se opor à escala temporal da política. O intelectual prefere uma construção mais elaborada, não lida bem com o frescor do cotidiano.

Certo é que, seja pela mesma linguagem coloquial, seja pelo pragmatismo de fundo,

---

<sup>16</sup> “[...] nem mesmo o mais autocrático tirano ou governante pode alçar-se algum dia ao poder, e muito menos conservá-lo, sem o apoio daqueles que têm modo de pensar análogo.” (ARENDDT, 2003, p. 289).

seja pela sincronicidade dos tempos, a política aproxima-se mais da mídia do que da ciência, e inicia com aquela praticamente uma relação de dependência.

Ocorre que o político, para sobreviver, precisa muito mais dos meios de comunicação do que eles do político, chegando a desprezá-lo. Leiamos essa interessantíssima passagem de Jacques Derrida (1994, p. 110):

“Se, em todas as democracias ocidentais, tende-se a não respeitar mais o político profissional, ou até mesmo o homem de partido enquanto tal, isso não se deve somente a certa insuficiência pessoal, a certo erro ou incompetência, a certo escândalo daí em diante altamente divulgado, ampliado, na verdade muitas vezes produzido, quando não premeditado, por um poder midiático. Sucede que o político torna-se cada vez mais, ou até mesmo exclusivamente, um personagem de representação midiática no exato momento em que a transformação do espaço público, justamente pela mídia, o faz perder o essencial do poder e mesmo da competência que detinha anteriormente das estruturas da representação parlamentar, dos aparelhos de partido que se ligavam a ela etc. Qualquer que seja a sua competência pessoal, o político profissional, segundo o antigo modelo, tende hoje a tornar-se *estruturalmente* incompetente. O mesmo poder midiático acusa, produz e amplia, *ao mesmo tempo*, esta incompetência do político tradicional: por um lado, subtrai-lhe o poder legítimo que detinha do antigo espaço público (partido, parlamento etc.), mas, por outro lado, obriga-o a se tornar uma simples silhueta, quando não uma marionete, no teatro da retórica televisiva. Consideravam-no ator da política; ele corre o risco frequentemente, sabe-se bem, de não ser mais do que ator de televisão.”

A grande mídia (a televisão em especial) transformou o espaço público na segunda metade do século XX – é disso que nos fala Derrida. Decorre que o legislador precisa desesperadamente dos holofotes dos meios de comunicação, pois a competição da qual participa não lhe deixa alternativa. Não é dado ao homem público desdenhar das repercussões midiáticas, positivas ou negativas, dos seus atos. Cada proposição legislativa, cada discurso inflamado, cada gesto eloquente já é, em si, um cálculo antecipado de tais repercussões.

A agenda parlamentar não estabelece, assim, um compromisso inarredável com a efetividade das soluções, pois o que interessa, muitas vezes, é simplesmente *marcar posição*. Boa parte das proposições legislativas em matéria penal atendem a essa específica finalidade declaratória. Pouca diferença faz se o projeto vai adiante ou não, se tem viabilidade ou não. É o que poderíamos chamar de *projeto-discurso*, ou seja, projeto de lei na forma, discurso efêmero na essência.

Em síntese, apontamos para um ambiente de acirrada competição que leva à hiperatividade; e nessa o legislador se deixa levar pela enxurrada dos acontecimentos; tempo político e tempo midiático parecem seguir a mesma unidade de medida; a mídia constitui, para bem e para mal, um dos maiores pontos de referência da política nas democracias ocidentais contemporâneas.

## 6. A sedução do direito penal

Onde entra o direito penal nessa narrativa? Por que não extravasar a hiperatividade legiferante noutros setores? De se ver, entretanto, que a inflação legislativa não é um fenômeno circunscrito à esfera penal. Fernando Sainz Moreno (2004, p. 135-136) prefere inclusive falar em “proliferação jurídica” (da qual a “proliferação legislativa” é apenas um elemento), no sentido de que “a situação atual é o resultado da conjunção da abundância de normas com

a abundância de resoluções de todo tipo, administrativas e judiciais, e com a inundação de literatura jurídica que chega a cotas inalcançáveis”.

O direito penal é, contudo, o setor em que a dita proliferação mostra suas garras mais perigosas. Da perspectiva do legislador, duas são, a nosso ver, as principais razões para o refúgio na estratégia punitiva.

Em primeiro lugar, a mensagem contida na norma penal é de fácil consumo, simples, direta, sem necessidade de ulteriores esclarecimentos.<sup>17</sup> Note-se que Sainz Moreno (2004, p. 136), há pouco citado, entende a proliferação jurídica como resultado da “proliferação total” em que vivemos, “onde se multiplicam as informações, as criações literárias, as atuações econômicas, as doutrinas políticas, os atos sociais, as relações humanas que aparecem e desaparecem sem deixar rastro”.

Nesse hiperespaço informativo, nada mal recorrer a um mecanismo que goza de generalizada compreensão, como um leteiro que se destaca num mar de anúncios publicitários.

Ademais, a possibilidade de se aproximar do público por meio de mensagens diretas e de fácil entendimento faz do direito penal uma ferramenta que seduz políticos dos mais diversos arcos ideológicos, podendo variar o conteúdo da prestação, não a sua natureza.

A segunda razão é que outros setores em que a comunicação com o público também é fluida começam a fechar as portas para as iniciativas do legislador ordinário. Com efeito, a Constituição brasileira prevê regras que limitam a iniciativa parlamentar ou o poder de emendar leis relacionadas à administração pública e ao orçamento, além de regular, em amplitude, áreas como tri-

<sup>17</sup> “Quando uma sociedade decide separar aquilo que é crime daquilo que não o é, quando decide dar um nome ao mal, portanto, de dizer o bem, ela atraca em territórios altamente simbólicos que ao mesmo tempo modela e transforma.” (DELMAS-MARTY, 1992, p. 27).

butação e seguridade social.<sup>18</sup> Por sua vez, a economia desenvolveu uma espécie de ojeiriza ao parlamento, pois recebe a proteção de trincheiras técnico-burocráticas infensas à política – é como Edson Nunes descreve o fenômeno do “insulamento burocrático”.<sup>19</sup>

No caso do direito penal, o céu é o limite. Não há nenhuma restrição especial quanto ao trâmite da proposição, nem exigência de *quorum* diferenciado. Até mesmo a apreciação da matéria pelo plenário da Casa é dispensável.<sup>20</sup>

O caminho está, portanto, desobstruído à atuação genuinamente parlamentar, fato cada vez mais raro noutros importantes segmentos das relações jurídico-sociais, em que a iniciativa parlamentar não tem vida fácil.

Em suma, a *divisão total do espaço de atuação parlamentar* é um elemento decisivo para compreender a atividade legislativa no setor penal. O processo legislativo sobre

<sup>18</sup> No caso da administração pública, falta competência ao legislador para iniciar o processo legislativo (*ex vi* dos arts. 61, § 1º, II, *a e e*, e 84, VI, *a*, da Constituição); também não se admite aumento de despesa nos projetos de iniciativa do Presidente da República, nos termos do art. 63, I, da Constituição; o orçamento não é impositivo e depende, para ser emendado, de uma série de condições previstas nos arts. 166, §§ 3º e 4º do texto constitucional. No caso do sistema financeiro, exige-se o *quorum* qualificado da lei complementar (art. 192). O mesmo vale para a instituição de outras fontes de custeio da seguridade social, observado o disposto no art. 195, §§ 4º e 5º. Quanto à matéria tributária, observem-se as restrições constantes dos arts. 146, III, 150, § 6º, 154, I, todos da Constituição. No que concerne às renúncias fiscais ou qualquer aumento de despesa, vale lembrar, ainda, as exigências previstas nos arts. 14 e 16 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal.

<sup>19</sup> “O insulamento burocrático significa a redução do escopo da arena em que interesses e demandas populares podem desempenhar um papel. Esta redução da arena é efetivada pela retirada de organizações cruciais do conjunto da burocracia tradicional e do espaço político governado pelo Congresso e pelos partidos políticos, resguardando estas organizações contra tradicionais demandas burocráticas ou redistributivas.” (NUNES, 1997, p. 34).

<sup>20</sup> *Vide* o art. 58, § 2º, I, da Constituição Federal, o art. 24, II, do Regimento da Câmara dos Deputados e o art. 91, I, II e § 1º, IV, do Regimento Interno do Senado Federal.

direito penal, em comparação a outras matérias relevantes, é visto como um caminho desimpedido.<sup>21</sup>

Em relação ao total de proposições que ingressam anualmente nas duas Casas legislativas por iniciativa dos parlamentares, os projetos de lei ordinária sobre direito penal – ainda que se conjuguem com outras matérias – consomem parte considerável da energia produtiva do parlamento, conforme exposto na tabela abaixo:

*Tabela 2. Projetos de lei sobre direito penal em relação ao número total de projetos de iniciativa parlamentar com ingresso anual nas duas Casas legislativas.*

	Câmara dos Deputados			Senado Federal		
2003	205	2.742	7,48%	54	537	10,06%
2004	143	1.776	8,05%	37	371	9,97%
2005	110	1.559	7,06%	41	421	9,74%
2006	92	1.073	8,57%	33	345	9,57%
2007	199	2.534	7,85%	41	741	5,53%
2003/2007	749	9.684	7,73%	206	2.415	8,53%

Fonte: bases de dados da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

Se dividirmos todos os projetos de lei de iniciativa parlamentar envolvendo direito penal pelo número total de projetos também de origem parlamentar, concluiríamos que, a cada 100 projetos apresentados por

<sup>21</sup> O único impedimento, como sabemos, é quanto ao uso de medidas provisórias para tratar de “direito penal, processual penal e processual civil”, conforme dispõe o art. 62, § 1º, I, b, da Constituição, introduzido pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001, consagrando anterior orientação do STF. Mesmo depois da emenda, foi criada “causa de extinção da punibilidade” via medida provisória (vide o art. 11 da Lei nº 10.603, de 2002), o que não deixa de ser uma burla, fôssemos rigorosos. No entanto, o STF já entendia que a vedação não se aplica a “normas penais benéficas” (Recurso Extraordinário nº 254.818/PR, Pleno, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, decisão unânime em 8 de novembro de 2000). Outra questão, ainda não decidida, é saber se o referido impedimento abrange todo o trâmite

deputados, senadores e comissões parlamentares, oito tangenciam a matéria penal ( $955/12.099 = 7,89\%$ ), o que nos parece um dado extraordinário em face da grande variedade da produção normativa.

Trata-se, não obstante, de um número simplesmente aproximativo, sobretudo porque muitos dos projetos de lei considerados também regulam outras matérias (ou seja, o instrumento penal entra apenas como elemento acessório ou coadjuvante). De qualquer forma, embora não seja uma cifra absolutamente precisa, podendo inclusive variar de ano a ano, importa tomar consciência de que, por estimativa, oito em cada 100 projetos de lei apresentados por parlamentares brasileiros teriam repercussões político-criminais.

O número seria ainda maior se agregássemos os projetos relativos a direito processual penal e direito penitenciário, matérias não só intimamente ligadas ao direito penal material, mas que também inflamam a retórica parlamentar sobre segurança pública.

### *7. Três características do agir político no tocante à matéria penal*

Sempre tentando captar a perspectiva do legislador, temos de considerar três características, não diríamos irremovíveis, mas fortemente consolidadas do agir político no tocante à produção do direito penal. Ignorá-las seria um erro da doutrina;

legislativo, de modo a proibir a modificação da medida provisória por emendas parlamentares que introduzam dispositivos penais (projeto de lei de conversão). Em nossa opinião, o *juízo de urgência* que fundamenta a edição das medidas provisórias e o célere processo legislativo que lhe sucede são incompatíveis com a reforma da matéria penal. Logo, nem o texto original da medida provisória pode criar ou modificar normas de direito penal, nem o produto do correspondente processo legislativo. Identificamos algumas leis originárias de medidas provisórias que ganharam relevância penal no curso da apreciação legislativa, a exemplo do art. 9º da Lei nº 10.684, de 2003, do art. 14 da Lei nº 11.076, de 2004, do art. 54 da Lei nº 11.484, de 2007, e do art. 5º da Lei nº 11.705, de 19 de junho de 2008.

moderá-las, um objetivo legítimo do diálogo com o legislador.

Primeira. *O legislador não tem visão do todo do sistema normativo penal.* Como regra, as proposições legislativas miram um problema específico, para o qual julgam ter uma solução melhor do que a prevista na legislação vigente. O foco reduz-se ao dispositivo (ou conjunto de dispositivos) que representa um obstáculo às pretensões reformistas. São pouco contabilizadas as contradições que daí poderão advir em nível mais geral. Isso também vale para as lacunas legislativas, quando o interesse reformador resume-se a dar conta daquele vazio pontualmente identificado.

Dito de outro modo, para o legislador o “sistema jurídico” é uma quimera. Tudo o que consegue ver são fragmentos ou dificuldades concretas. Resolver o problema ou atender à expectativa que deu origem à proposição legislativa é o que importa. As exigências de equilíbrio sistêmico assumem um papel secundário na reflexão que encoraja a apresentação da proposição legislativa.

Logo, após a sucessão de muitas reformas esparsas, vemos multiplicarem-se os chamados “subsistemas penais”, expressão doutrinária que conserva um resquício da ideia de sistema para descrever – é curioso – um fenômeno essencialmente assistêmico.

Segunda. *O legislador não tem, necessariamente, compromisso com a efetividade do produto normativo.* É que, ao legislar sobre direito penal, atua muito mais no plano simbólico do que no real. Exemplo disso são as muitas proposições legislativas que propõem aumento de pena. Sabe-se da duvidosa eficácia dessa estratégia e, mesmo assim, não são poucas as iniciativas que enveredam pelo simples recrudescimento da resposta punitiva.

Em reforço dessa afirmação convém sublinhar, ainda, o fato de que o legislador não está implicado diretamente no processo de efetivação do conteúdo normativo. Ou seja, não figura na ponta do sistema penal.

(Em contrapartida, outros atores com responsabilidades mais avançadas, como polícias, autoridades carcerárias, magistratura, ministério público, etc., afluem ao processo legislativo e, nem por isso, traduzem suas demandas sempre em termos de efetividade). Outras instâncias serão cobradas pelos problemas relacionados à gestão penitenciária, e o legislador, até onde sabemos, não desenvolveu para com elas o nobre sentimento da solidariedade.

Além disso, temos de reconhecer que o parlamentar não responde politicamente pelo insucesso da legislação penal. Responde, sim, pela lei recém aprovada, pelo estardalhaço criado, pela atenção dedicada a grupos sociais, mas não pela mesma lei submetida, mais tarde, ao duro teste da realidade. Com o passar do tempo, já não conseguimos mais lembrar a paternidade da lei penal.

Não se trata, agora, de um problema com os enunciados teóricos, senão falta de memória política. Falando de direito penal, o eleitor não avalia o candidato pelo grau de eficiência das leis que ele ou seu partido conseguem emplacar. Assim, é o que nos parece, os desdobramentos futuros jogam um papel secundário no debate legislativo acerca da matéria.

Tomando de empréstimo termos de La Spina (1989, p. 201-203), poderíamos afirmar, enfim, que a “externalidade da decisão legislativa” (suas consequências práticas ulteriores) não impressiona muito o legislador penal. Não falta razão a Musco (1991, p. 14) ao dizer que o objetivo da ação parlamentar é o de “estimular nova confiança no sistema, de influenciar o nível da moral corrente, de fazer fermentar na opinião pública a consciência da capacidade de prestação do poder legislativo”, questão menor se, ao fim e ao cabo, os problemas permaneçam onde sempre estiveram ou até se agravem, uma vez que a responsabilidade pelo fracasso pode ser transferida a outros órgãos. Dessa forma, a criminalização acaba como opção “de

fuga da dimensão real dos problemas por governar” (MUSCO, 1991, p. 8).

Terceira. No desenho da norma penal incriminadora, o legislador leva em conta sobretudo a natureza do ataque. As discussões teóricas não conseguem competir com a imagem implacável da conduta ofensiva que se quer deter. É ela que ativa a consciência do legislador para a necessidade de reforma e seria estranho, mais tarde, seguir outros critérios menos persuasivos na confecção do tipo penal. A doutrina identifica no bem jurídico o núcleo em torno do qual devem gravitar todos os demais elementos da conduta a ser tipificada. Na cabeça do legislador, porém, o *leitmotiv* é a ação concreta por criminalizar.

De consequência, mesmo que a conduta já esteja prevista num tipo penal, é necessário explicitá-la, com todos os seus caracteres, em norma específica – tal é o ideal das respostas legislativas às novas formas de criminalidade. Sucede que uma série de condutas ganha autonomia no rol do direito incriminador, embora, no fundo, sejam expressão autêntica do *more of the same*, uma política criminal de redundâncias.<sup>22</sup>

#### 8. A ciência da legislação penal e a chamada “orientação às consequências”

Há pouco comentávamos a necessária ampliação do campo de problemas da ciência do direito penal, para nele incluir as questões relacionadas à formação do ordenamento jurídico-penal. Tradicionalmente, as contribuições de *lege ferenda* situam-se na esfera de competência da política criminal, disciplina que participa do chamado “modelo integrado de ciências penais”.

As três ciências auxiliares – criminologia, política criminal e direito penal – soma-

<sup>22</sup> De acordo com Fiandaca (1995, p. 28), os processos contemporâneos de recodificação não provocam tantas rupturas em relação ao código que se quer suplantá-lo, pois “as verdadeiras novidades não se referem à escolha dos valores tuteláveis enquanto tais: antes, são tipificadas novas formas de agressão a bens jurídicos em larga medida já consolidados.”

riam esforços para atuar em todas as frentes do problema criminal. A cada disciplina uma função estática e analiticamente bem definida: estudos criminológicos empíricos (momento explicativo) dão suporte a decisões político-criminais (momento decisivo) que serão postas em prática pelo direito penal (momento operativo) (Cf. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 1992, p. 97-98). Como se vê, as disciplinas realizam bem a troca de turno, estão integradas, embora não se misturem nem se toquem.

A questão é se o referido modelo ajuda a aquecer o diálogo com a instância legislativa. Uma ciência do direito penal orientada às consequências vale-se, como já afirmamos, de argumentos empíricos na defesa dos seus pontos de vista, no mesmo passo em que refina sua vocação projetista – aspectos cruciais da renovação do seu estilo argumentativo e modo de agir. Não está interessada, portanto, em zoneamentos arbitrários e obsoletos que lhe restrinjam os instrumentos de investigação.

Nesse sentido, o aproveitamento do modelo integrado condiciona-se à flexibilização dos limites disciplinares e à constante fricção dos referidos campos, de tal ordem que não soe absurdo dizer que o direito penal é *também* criminologia e política criminal.

A divisão estanque dos mencionados campos tem servido, tão-somente, ao tecnicismo e ao conseqüente autismo do jurista. Na medida em que a criminologia passa a observar o funcionamento do sistema penal (que, de usufrutuário, passa a ser objeto dos estudos criminológicos<sup>23</sup>), já não seria razoável vê-la apenas como disciplina auxiliar, isso se pensarmos o direito penal como ciência capaz de produzir autocríticas.

Sem investigações criminológicas, a crítica doutrinária ao crescimento do direito penal tende a repetir as mesmas críticas de sempre, razão pela qual não custa dobrar a aposta de De Francesco (1975, p. 51) na

<sup>23</sup> Cf. Baratta (1988, p. 50; 1999, p. 109-106); Larrauri (1992, p. 25-38).

“improrrogabilidade de uma mais estreita colaboração entre direito penal e criminologia”.

Na outra extremidade, a conhecida figuração lisztiana do direito penal como “barreira intransponível da política criminal” (LIZST, 1905 apud SILVA SÁNCHEZ, 2000, p. 17) (que, em última análise, é uma metáfora de guerra duradoura entre os dois polos) foi perdendo o vigor de outrora. Propunha-se, em troca, sobretudo a partir de um famoso ensaio de Roxin, de 1970, a releitura do direito penal em conformidade com os fins político-criminais (sistema teleologicamente orientado).

No pensamento de Roxin, o direito penal busca unidade quanto aos escopos da política criminal, sem o que não seria possível superar o pernicioso alheamento dogmático da realidade circundante.<sup>24</sup> E Pulitanò (1993, p. 1213) vai ainda mais longe, ao defender que o estudo do direito penal não se deve limitar à construção de ordenamentos normativos coerentes com escopos prefixados, mas chegar à própria definição dos escopos: “não se vê qual sentido há em ficar no meio do caminho, incorporando ao território da ciência *jurídica* o problema *técnico* da construção de

<sup>24</sup> Opondo-se à dicotomia lisztiana, Roxin (2000, p. 17-28) alerta que o desencontro entre direito penal e política criminal (vem a ser: o que é dogmaticamente correto pode ser político-criminalmente errado, como também o que é dogmaticamente errado pode ser político-criminalmente correto) gera, na verdade, a desvalorização do próprio pensamento sistemático. Em vez disso, é preciso que as decisões valorativas da política criminal sejam introduzidas na *ratio* do sistema do direito penal. Assim, conclui que submissão ao direito e adequação aos fins político-criminais não são opostos inconciliáveis. Sempre de acordo com Roxin, a unidade sistemática entre direito penal e política criminal deve ser realizada na construção da teoria geral do delito. Um sistema fechado isola a dogmática das decisões valorativas político-criminais e, conseqüentemente, da realidade social. Daí que o pensamento sistemático deve buscar três qualidades essenciais: a) ordem e clareza conceitual; b) proximidade à realidade; c) orientação por fins político-criminais. Repercussões e críticas às propostas de Roxin em De Francesco (1975, p. 54-58); Tagliarini (1976, *passim*); Pulitanò (1985, p. 91-92); Bricola (1988, p. 3-13); Moccia (1989, *passim*).

ordenamentos adequados ao escopo, e não também os problemas de determinação dos escopos”.

Em Roxin, temos o primado da política criminal sobre o direito penal; em Pulitanò, direito penal e política criminal constroem-se em contínua unidade.

Não faltaram, assim, esforços teóricos respeitáveis que terminaram por relativizar os limites formais entre os campos citados. Perguntamo-nos, contudo, se o diálogo com o legislador penal pediria um *locus epistemológico* próprio.

Embora seja uma resposta demasiado óbvia, não conseguimos pensar senão na área de interseção dos três conjuntos até aqui analisados, isto é, no ponto ótimo de aproveitamento das contribuições oriundas dos saberes empírico, heurístico e normativo. Que se queira dar um nome específico a essa região, parece-nos um direito legítimo daqueles que se vêm dedicando ao estudo das relações entre política e ciência penal.

A propósito, entre os penalistas italianos, ganham força os termos “ciência da legislação” ou “teoria da legislação”. Num escrito de 1985, Marinucci (1985, p. 329) concluía que “a doutrina italiana [...] começou finalmente a pôr os pés na teoria da legislação penal”. E logo adiante esclarecia o que estaria abarcado no referido campo de estudo: “a técnica de formulação dos tipos penais, os problemas do controle das escolhas legislativas, os incertos equilíbrios entre os poderes do Estado (papel do Parlamento, da Corte Constitucional, da magistratura ordinária), as conexões com as funções da pena [...]”.

Noutro escrito em que se discutem os problemas metodológicos da codificação penal, Marinucci e Dolcini (1992, p. 386) reclamam a ciência da legislação como “ponto de encontro das pesquisas comparatísticas, jurisprudenciais e criminológicas”. Fiandaca e Musco (1994, p. 36) associam à ciência da legislação o conhecimento aplicado à elaboração de leis com lastro em dados empíricos e criminológicos: “na

Itália, faltam quase que completamente pesquisas de caráter empírico úteis à ciência da legislação”.<sup>25</sup> Na mesma linha, Vincenzo Militello (2003, p. 213) afirma que “um conhecido cânone de ciência da legislação penal impõe que as incriminações se conformem aos caracteres empírico-criminológicos que pretendem contrastar”. Donini (2004a, p. 65) também visualiza a ciência da legislação pelo uso articulado de dados empíricos na projeção das leis, isto é, pelo “ingresso de *saberes novos, saberes empíricos*, que concernem às noções e dados que o projeto legislativo deve considerar em *input*, em vista dos resultados prefixados por alcançar”.

Quais conclusões poderíamos tirar dos excertos acima? Em primeiro lugar, vemos claramente que, pelo menos no âmbito da doutrina penal italiana, o termo “ciência da legislação” está muito ligado às exigências de fundamentação empírica do provimento legislativo, provavelmente para marcar a diferença em relação aos argumentos puramente valorativos do constitucionalismo penal.

Como dissemos, o respaldo empírico da decisão legislativa constitui o núcleo da “orientação às consequências”, cujo objetivo é diminuir a distância estrutural entre *meios* e *fins*, e, principalmente, entre *fins* e *efeitos*. La Spina (1989, p. 195) explica o raciocínio subjacente à tentativa de “controle dos efeitos” da decisão legislativa: “prever os tempos, a quantidade, os fatores de distúrbio, as repercussões ulteriores de certos efeitos, como também a congruência entre estes e os escopos. [...] as hipóteses de relações causais, os procedimentos de controle e de aceitação de tais hipóteses”.

A premissa é a de que quanto mais dados instruírem o processo legislativo,

<sup>25</sup> Todo o trecho: “A projeção legislativa dos tipos penais é o mais das vezes carente sob o aspecto dos conhecimentos empíricos e criminológicos que deveriam constituir indispensável suporte de uma intervenção penal cientificamente orientada: na Itália, faltam quase que completamente pesquisas de caráter empírico úteis à ciência da legislação”.

seja para confirmar, seja para rejeitar uma determinada estratégia, menor o desvio em relação ao alvo. Ou seja, o controle crítico do conteúdo das leis penais viria na forma de controle prévio possível dos efeitos da política de criminalização. A ciência da legislação é vista, pois, como escoadouro das informações multidisciplinares que servirão de baliza empírica à construção das normas e institutos de direito penal.

Naturalmente, parte-se do cálculo de que, no atual quadro de expansão do direito penal, o legislador faz pouco caso das consequências das leis aprovadas. Outros elementos seriam muito mais valorizados na opção pela estratégia punitiva. Por isso, oferecer previsões realísticas sobre os efeitos da medida que se cogita adotar teria, presumivelmente, um efeito moderador sobre toda a legiferação no campo penal. A simples relação de conformidade entre *meios* e *fins* não dispõe da mesma capacidade de contenção.

Os “efeitos” (verificados ou prognosticados) teriam o poder de desqualificar tanto os meios penais quanto os fins político-criminais declarados numa determinada medida ou proposta legislativa. Afinal de contas, qual melhor argumento para criticar o uso perdulário da ferramenta penal do que estampar a sua limitadíssima eficiência? Qual outro argumento mais poderoso para retrucar o legislador em sua obsessão por novas leis penais?

Remanesce, porém, a perturbadora dúvida se o poder da *empirical proof* não fora superestimado nas contas de quem defende uma guinada às consequências. (Hannah Arendt (2003, p. 287) recorda, a propósito da relação entre política e verdade, que “as possibilidades de que a verdade fatural sobreviva ao assédio do poder são de fato por demais escassas; aquela está sempre sob o perigo de ser arditosamente eliminada do mundo, não por um período apenas, mas, potencialmente, para sempre”).<sup>26</sup> Trata-se,

<sup>26</sup> Adiante: “a verdade fatural, se porventura opõe-se ao lucro ou ao prazer de um determinado grupo,

em todo caso, de uma dúvida impossível de ser eliminada antes que a doutrina penal possa dizer, com autoridade, que já tentou esse caminho.<sup>27</sup>

Por outro lado, como dissemos em tópico precedente, o modo de pensar orientado às consequências não afasta completamente o risco de um racionalismo empírico extremo, que despreze o plano dos valores constitucionais como também o fato de que outras formas de racionalidade comparam ao processo legislativo em matéria penal.<sup>28</sup> Substituiríamos a tirania dos valores pela tirania das pesquisas empíricas. Tirania esta que, dissimuladamente, faça crer que a seleção dos fatos observados segue critérios imparciais e que sua inserção num certo enredo explicativo independe das pré-compreensões do pesquisador. Noutras palavras, o risco de prevalecer, mais uma vez, o monólogo nos contatos com a política.

Como a concebemos, a ciência da legislação aplicada ao direito penal deve desen-

---

é acolhida hoje em dia com maior hostilidade que nunca". "[...] a verdade fatural não é mais auto-evidente do que a opinião, e essa pode ser uma das razões pelas quais os que sustentam opiniões acham relativamente fácil desacreditar a verdade fatural como simplesmente outra opinião" (ARENDDT, 2003, p. 293,301).

<sup>27</sup> Depois de colocar alguns senões à "orientação às consequências", Hassemer (1984, p. 35) conclui: "Não se poderá obter nunca uma resposta totalmente precisa à pergunta acerca do grau de influência que a orientação às consequências do sistema penal possa alcançar sobre a práxis, porém resulta evidente que o Direito Penal moderno, sim, orienta-se às suas consequências e que esta dinâmica se fortalece na atualidade. Esta tendência afeta antes de tudo o *legislador penal*."

<sup>28</sup> Sobre as várias formas de racionalidade possivelmente presentes numa única decisão legislativa, confira La Spina Antonio (1989, p. 179-220). "A racionalidade, ou melhor, cada uma das formas de racionalidade ainda por especificar, refere-se, assim, sobretudo aos comportamentos dos atores, antes do que ao seu resultado – a específica lei. É sobre a base dos critérios dos quais os atores são portadores que tal resultado será considerado mais ou menos racional [...] Cada uma das racionalidades há, na verdade, em sede heurística e explicativa, idêntica dignidade em relação às outras e aspira receber igual consideração." (LA SPINA, 1989, p. 179). Noutro trecho: "Se o provimento obtido responde perfeitamente àqueles pleiteados

volver em primeiro lugar uma sensibilidade comunicativa. Não é bastante, pois, a dedicação a estudos empíricos que embasem excelentes proposições legislativas com respaldo constitucional. Saber *o que* propor é uma etapa fundamental, talvez a mais laboriosa, mas, além dela, está o problema de como, *quando*, *com quem* ou *contra quem* propor (racionalidade comunicativa).

Significa ter a consciência de que intervir no processo deliberativo parlamentar também exige habilidade persuasiva e senso de oportunidade. Para que tais qualidades tenham lugar, é preciso descobrir o parlamento. Fazê-lo um objeto de persistente observação. Tornar-se fiscal da agenda parlamentar. Avaliar e acompanhar o fluxo das proposições, medir a qualidade e a intensidade do debate sobre a matéria penal, conhecer o terreno onde se está pisando, vale dizer, a nossa realidade legislativa.

Se for assim, a ciência da legislação, que tem pela frente a tarefa de despertar o talento comunicativo da doutrina penal, deve-se apoderar do material produzido no processo legislativo (projetos, emendas, requerimentos, pareceres, votos em separado, notas taquigráficas, etc.) para que sirva de insumo à reflexão científica. Quando submetido a uma análise sistemática e minuciosa, referido material pode antecipar tendências reformistas, inspirar construções alternativas, guiar as pesquisas empíricas, receber já uma primeira confrontação constitucional, em suma, pontuar o

---

por nós, seremos propensos a defini-lo como racional, e a sustentar tal juízo com argumentos trazidos por outras *r* [racionalidades]. Mas o que acontece quando nós somos mais perdedores do que vencedores? A resposta mais imediata consiste em deslegitimar o sucesso do adversário com qualquer argumento a nossa disposição, apresentando-o como injusto, iníquo, danoso para o bem comum, fruto de desenhos obscuros, e assim por diante (Idem, p. 213-214). La Spina (1989, p. 217, 220) reconhece a escassez de avaliações sobre as consequências das leis penais, mas, mesmo assim, não deixa de enfatizar que todos os tipos de racionalidade por ele analisados (formal, orientada aos escopos, material e orientada aos valores) têm lugar na reforma da legislação penal.

diálogo com o legislador em termos mais pragmáticos.

Trata-se de um manancial de informações até agora desprezado pela doutrina penal ou, quando muito, ressuscitado para desvendar a suposta vontade do legislador por meio da chamada interpretação histórica. A verdade é que falta à cultura jurídica como um todo a devida atenção aos documentos legislativos, talvez pela carência de metodologia adequada para recolher e conectar os registros. Como sugestões ainda muito preliminares para um trabalho do gênero, todo por construir, parecem-nos decisivas a análise em bloco de proposições afins e a velocidade da crítica.

Sempre que possível, conviria comparar os diversos projetos de lei sobre um determinado tema, de sorte a identificar as tendências em formação. O esforço é para que a crítica doutrinária possa ser aproveitada no curso do processo legislativo, chegando aos interlocutores antes da decisão final. Opiniões extemporâneas, infelizmente, não contam no processo político decisório.

Com efeito, o trabalho parlamentar que precede a tomada de decisões, bem garimpado, torna-se uma fonte primária de dados sobre direito penal por vir. Precisamos escutar o que os documentos legislativos estão querendo dizer. Por isso, a relevância de fiscalizar a agenda deliberativa dos congressistas. Hoje, os estudos de ciência da legislação penal estão voltados quase que exclusivamente para a *organização da normativa penal*, o que passa por definir, à distância, o espaço ideal do código e da legislação complementar no inteiro sistema.<sup>29</sup> Logo, um trabalho de grande arquitetura. Não menos relevante, porém, é a atuação de varejo, tema por tema, como eles aparecem nas propostas parlamentares do dia-a-dia.

A atuação da doutrina penal não deveria cingir-se, pois, à reforma do código, momento de notável visibilidade, mas tam-

<sup>29</sup> Sobre o tema, reenviamos a Silveira (2010, passim).

bém acompanhar o incessante processo de transformação da matéria criminal.

Em nosso modo de compreender, a ciência da legislação discutiria tanto as grandes arrumações do sistema jurídico-penal quanto reparos, por exemplo, no instituto da prescrição<sup>30</sup>, bem como a defesa de um *quantum* razoável para o limite máximo de cumprimento da pena privativa de liberdade<sup>31</sup>

<sup>30</sup> O instituto da prescrição penal tem sido objeto de duras investidas parlamentares. Entre 2003 e 2007, pudemos verificar 32 projetos de lei que alteravam de alguma forma o regime prescricional, 19 oriundos da Câmara dos Deputados, 13 do Senado Federal. Pela leitura das proposições, percebia-se claramente uma inquietação quanto ao sistema vigente. Havia um número expressivo de tentativas de esticar o prazo de validade da pretensão punitiva estatal, de modo a livrar o processo penal do “inconveniente” obstáculo. Pouco se escreveu a respeito das modificações propostas. Nenhuma alternativa foi colocada à mesa por parte dos segmentos doutrinários, tampouco esforços para explicar a razão de ser das modalidades prescricivas. O resultado era mais do que previsível, culminando na Lei nº 12.234, de 2010, que extinguiu a prescrição retroativa.

<sup>31</sup> O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade, hoje fixado em 30 anos, conforme dispõe o art. 75 do Código Penal, não é, definitivamente, uma unanimidade no parlamento brasileiro. Na Câmara dos Deputados, em 2008, contávamos 15 proposições que estabeleciam outro parâmetro (35, 40, 45, 50 ou até 60 anos). No mesmo período, 7 projetos seguiam o mesmo caminho no Senado Federal. Embora boa parte das proposições tenha sido arquivada, trata-se de um tema jamais ausente da agenda parlamentar. O Projeto de Lei do Senado nº 66, de 2003, que aumentava o tempo máximo para 40 anos, chegou a ser aprovado na Casa de origem, depois arquivado na Casa revisora. A Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados teve ainda a oportunidade de pronunciar-se pela inconstitucionalidade dos Projetos de Lei nº 2.503, de 2000, e 6.578, de 2002, alegando a impossibilidade de adoção de penas de caráter perpétuo (art. 5º, XLVII, b, da Constituição). Ao lado da tese constitucional, encontramos, noutros documentos, referências à “expectativa de vida dos brasileiros” e a assertiva de que tal estratégia “não produz efeitos práticos”. Longe de alarmismo, a análise conjunta das proposições (algumas pendentes de deliberação) revela a insistência da proposta ao longo dos anos, como se estivesse à espreita de uma melhor oportunidade. Seria o caso, pois, de qualificar a crítica doutrinária tentando medir os impactos negativos de tal elevação sobre os números da política penitenciária brasileira.

ou das regras especiais aplicáveis ao crime continuado.<sup>32</sup>

Em síntese, sem diminuir a tradicional função de elaborar o texto normativo conforme critérios sistematizantes de melhor técnica legislativa, sublinhamos dois outros papéis para a ciência da legislação penal, não excludentes entre si. Um, desenhar as grandes linhas da reforma penal, avançando sobre a dinâmica equação entre código e legislação especial (centro *versus* subsistemas penais); dois, fiscalizar o dia-a-dia da agenda parlamentar, colhendo pistas das principais tendências legislativas, único meio de intervir pragmaticamente nos debates em curso.

Em ambos os casos, o sucesso da empreitada depende da capacidade de comunicação da doutrina, do esforço para trazer bons argumentos que sensibilizem no momento certo os atores envolvidos, do empenho em transformar a crítica intransigente em propostas concretas e oportunas.

Quanto ao legislador especificamente, o poder de argumentação da doutrina deve fazer as contas com aquelas características reportadas no tópico precedente, quais sejam, a falta de visão do todo da legislação penal, a não responsabilização política pelo desempenho das leis aprovadas e a casuística descrição legal das inúmeras formas de ataque aos bens jurídicos.

Novamente, a análise dos documentos legislativos serviria, a nosso ver, para

<sup>32</sup> A regra do crime continuado, prevista no art. 71 do Código Penal, também vem sofrendo frequentes ataques. Em 2008, na Câmara dos Deputados, 4 iniciativas propunham a extinção da referida causa de aumento da pena, no que resultaria a simples aplicação da soma do concurso material de crimes. Outras 5 proposições sugeriam que a aludida regra especial não fosse aplicada em relação a determinados crimes (por exemplo, crimes dolosos contra a vida, tortura, crimes hediondos, genocídio, etc.). No Senado Federal, também encontramos proposição que proibia a regra de contagem das penas na hipótese de crime continuado em relação aos crimes dolosos contra a vida. Sem querer apontar um prognóstico para o desfecho da questão, parece-nos, de qualquer modo, já bem sinalizado algum descontentamento em relação aos atuais efeitos da caracterização do crime continuado.

valorizar posições minoritárias entre os parlamentares, isto é, recuperar manifestações espontâneas de preocupação quanto ao ritmo da produção de leis penais. Nesse sentido, também seria o caso de analisar a atividade legislativa a partir daquilo que foi rejeitado, ou seja, não só o que o parlamento transformou em lei, mas igualmente as proposições reprovadas que, de alguma forma, mobilizaram o debate político.

### 9. *Uma última palavra a favor do diálogo*

O sobrevoo sobre as regras do mundo político e o esforço para enxergar o horizonte aberto ao legislador poderiam, talvez, qualificar esse ilustre personagem como um *usurpador*. Seria, no entanto, uma leitura equivocada e que esconde, a nosso ver, certo desconforto com a democracia.

Simplemente não vemos como a doutrina possa-se esquivar do diálogo com a política. Qual subterfúgio para recusar uma oportunidade, antes, uma responsabilidade democrática? O que está em jogo não é mais a autoridade científica da doutrina penal, mas o seu dever histórico e cultural de entrar no debate público da política criminal. “Devemos sujar as mãos” – exclama abertamente Donini (2000, p. 661).

A verdade é que o diálogo só é possível se for ao menos tentado. Sem essa tentativa, a crítica doutrinária segue renovando a sua lista de adjetivos aos produtos normativos recém lançados e à figura do “legislador”. É a teimosa preferência por uma crítica “externa e total”, expressão utilizada por Silva Sánchez (2004, p. 36,44) para censurar posições doutrinárias que pregam uma “ciência sem política”.

Sem diálogo, enfim, não se alcançam o “político” nem o modo de produção das leis penais no seu tumultuado cotidiano. Aproveitando a reflexão de Franz Salditti (2004, p. 253), “a teoria jurídico-penal se coloca diante de uma tarefa que constitui um verdadeiro desafio. Somente se aceitar este desafio poderá dizer de si mesma que é afortunada”.

## Referências

- ARENDRT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. Tradução de Mauro W. Barbosa. 5 ed. São Paulo: Perspectiva, 2003. Título original: Between past and future.
- BARATTA, Alessandro. Por una teoría materialista de la criminalidad y del control social. *Estudios penales y criminológicos*, n. 12, p. 13-68, 1988.
- \_\_\_\_\_. *Criminología crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do Direito Penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.
- BRICOLA, Franco. Rapporti tra dommatica e politica criminale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milão, n. 1, p. 3-39, 1988.
- DERRIDA, Jacques. *Espéctros de Marx: o estado da dívida, o trabalho do luto e a nova internacional*. Tradução de Anamaria Skinner. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994. Título original: Spectres de Marx.
- DE FRANCESCO, Vittorio Gennaro. In tema di rapporti tra politica criminale e dommatica: sviluppi e prospettive nella dottrina del reato. *Archivio Penale*, Roma, ano 5, v. 31, p. 27-63, 1975. Parte 1.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *Dal codice penale ai diritti dell'uomo*. Tradução de Alessandro Bernardi. Milão: Giuffrè, 1992. Título original: Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l'homme.
- DONINI, Massimo. *Teoria del reato: una introduzione*. Padova: Cedam, 1996.
- \_\_\_\_\_. La riforma della legislazione penale complementare: il suo significato "costituente" per la riforma del codice. *L'Indice Penale*, ano 3, n. 2, p. 657-706, maio/ago. 2000.
- \_\_\_\_\_. *Il volto attuale dell'illecito penale: la democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*. Milão: Giuffrè, 2004a. (Coleção Quaderni di diritto penale comparato, internazionale ed europeo).
- \_\_\_\_\_. Oltre il tecnicismo e l'ideologia: verso una costruzione più scientifica delle leggi penali. In: DONINI, Massimo (Org.). *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare*. Atti del Convegno di Modena, 14-15 dic. 2001. Milão: Giuffrè, 2003.
- \_\_\_\_\_. Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto fra diritto penale e politica. In: STORTONI, Luigi; FOFFANI, Luigi (Org.). *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo: l'analisi critica della Scuola di Francoforte*. Atti del Convegno di Toledo del 13-15 apr. 2000. Milão: Giuffrè, 2004b.
- FERRAJOLI, Luigi. Il "diritto penale del nemico" e la dissoluzione del diritto penale. *Questione Giustizia*, n. 4, 2006.
- FIANDACA, Giovanni. Concezioni e modelli di diritto penale tra legislazione, prassi giudiziaria e dottrina. *Questione Giustizia*, n. 1, p. 13-55, 1991.
- \_\_\_\_\_. Relazione introduttiva. In: *Valore e principi della codificazione penale: le esperienze italiana, spagnola e francese a confronto*. Atti del Convegno organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza e dal Dipartimento di diritto comparato e penale dell'Università di Firenze, 19-20 nov. 1993. Padova: Cedam, 1995.
- FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. Perdita di legittimazione del diritto penale? *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milão, n. 1, p. 23-63, 1994.
- FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. 3 ed. Rio de Janeiro: NAU, 2003. Título original: La vérité et les formes juridiques.
- FRISCH, Wolfgang. Dogmática jurídico-penal afortunada y dogmática jurídico-penal sin consecuencias. In: MUÑOZ CONDE, Francisco (Coord.). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Criminología: uma introdução a seus fundamentos teóricos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*. Tradução de Francisco Muñoz Conde e Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984.
- HESPANHA, Antonio Manuel. Código y complejidad. *Justiça & História*, v. 1, n. 1-2, p. 329-349, 2001.
- JAKOBS, Günther. Direito penal do cidadão ou direito penal do inimigo. In: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. Tradução do espanhol: Derecho penal del enemigo.
- LARRAURI, Elena. *La herencia de la criminología crítica*. 2 ed. México, DF: Siglo Veintiuno, 1992.
- LA SPINA, Antonio. *La decisión legislativa: lineamientos de una teoría*. Milão: Giuffrè, 1989. (Série Sociológico-jurídica, 1).
- LOSAPPIO, Giuseppe. La riforma del diritto penale. Codice e leggi penali speciali: "critica rimozionale", "codificazione", "poli-centrismo". *L'Indice Penale*, ano 6, n. 1, p. 109-145, 2003.
- MANTOVANI, Ferrando. Sulla perenne esigenza della codificazione. In: *Valore e principi della codificazione penale: le esperienze italiana, spagnola e francese a confronto*. Atti del Convegno organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza e dal Dipartimento di diritto comparato e penale dell'Università di Firenze, 19-20 nov. 1993. Padova: Cedam, 1995.

\_\_\_\_\_. Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milão, n. 1, p. 313-337, 1997.

MARINUCCI, Giorgio. Relazione di sintesi. In: STILE, Alfonso M. (Org.). *Bene giuridico e riforma della parte speciale*. Nápoles: Jovene, 1985.

MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. Note sul metodo della codificazione penale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milão, n. 2, p. 385-418, 1992.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio. Introducción. In: SEMINÁRIO LA PROLIFERACIÓN LEGISLATIVA, UN DESAFÍO PARA EL ESTADO DE DERECHO. Madrid: Civitas, 2004.

MILITELLO, Vincenzo. Partecipazione all'organizzazione criminale e standards internazionali d'incriminazioni. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milão, n. 1, p. 184-223, 2003.

MOCCIA, Sergio. Sui principi normativi di riferimento per un sistema penale teleologicamente orientato. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milão, n. 3, p. 1006-1024, 1989.

MUSCO, Enzo. Diritto penale e politica: conflitto, coesistenza o cooperazione. In: BASSIOUNI, M. C., LATAGLIATA, A. R.; STILE, A. M. (Org.). *Studi in onore di Giuliano Vassali*. Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale 1945-1990. Milão: Giuffrè, 1991. v. 2. (Politica criminale e criminologica procedura penale).

\_\_\_\_\_. A proposito del diritto penale "comunque ridotto". In: PEPINO, Livio (Org.). *La riforma del diritto penale: garanzie ed effettività delle tecniche di tutela*. Milão: Franco Angeli, 1993.

NUNES, Edson. *A gramática política do Brasil: clientelismo e insulamento burocrático*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

PALAZZO, Francesco. Scienza penale e produzione legislativa: paradossi e contraddizioni di un rapporto problematico. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milão, n. 2, p. 694-735, 1997.

PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 12, n. 47, p. 31-45, mar./abr. 2004.

PULITANÒ, Domenico. Política criminal. *Enciclopedia del Diritto*, Milão, n. 34, p. 73-100, 1985.

\_\_\_\_\_. Quale scienza del diritto penale? *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milão, n. 4, p. 1209-1237, 1993.

\_\_\_\_\_. Nel laboratorio della riforma del codice penale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milão, n. 1, p. 3-26, 2001.

\_\_\_\_\_. Il laboratorio del giurista: una discussione su strumenti e scopi. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milão, n. 1, p. 108-140, 2003.

RESTA, Federica. Nemici e criminali: le logiche del controllo. *L'Indice Penale*, ano 9, n. 1, p. 181-227, jan./abr. 2006.

RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel de. Introducción al estudio de los principios cardinales del derecho penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 8, n. 32, p. 39-54, out./dez. 2000.

ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. Título original: Kriminalpolitik und strafrechtssystem.

SAINZ MORENO, Fernando. El legislador racional y la predecibilidad de la conducta humana. In: SEMINÁRIO LA PROLIFERACIÓN LEGISLATIVA, UN DESAFÍO PARA EL ESTADO DE DERECHO. Madrid: Civitas, 2004.

SALDITT, Franz. Dogmática afortunada y dogmática sin consecuencias. In: MUÑOZ CONDE, Francisco (Coord.). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Política criminal y persona*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000.

\_\_\_\_\_. Sfide scientifiche e sfide politiche della scienza del diritto penale. In: STORTONI, Luigi; FOFFANI, Luigi (Org.). *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo: l'analisi critica della Scuola di Francoforte*. Atti del Convegno di Toledo del 13-15 aprile 2000. Milão: Giuffrè, 2004.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. A Constituição e o princípio da ofensividade penal vinte anos depois. In: DANTAS, Bruno (Org.) et al. *Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois*. Brasília: Senado Federal, 2008. v. 1.

\_\_\_\_\_. Modelos de distribuição da normativa penal: o papel do Código e dos subsistemas penais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 82, p. 48-87, jan./fev. 2010.

TAGLIARINI, Franco. Política criminal e sistemática giurídico-penal nel pensiero de Claus Roxin. *L'Indice Penale*, Padova, p. 347-360, 1976.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan/ Instituto Carioca de Criminologia, 2007. (Coleção Pensamento Criminológico, n. 14).