

RAQUEL LIMA SCALCON

Controle Constitucional de Leis Penais

Da prognose legislativa sobre os efeitos
potenciais e concretos da lei penal aos
deveres de seu monitoramento e de
melhoria da lei penal

EDITORA LUMEN JURIS
RIO DE JANEIRO
2018

Copyright © 2018 by Raquel Lima Scalcon

Categoria: Direito Penal

PRODUÇÃO EDITORIAL
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Diagramação: Rômulo Lentini

A LIVRARIA E EDITORA LUMEN JURIS LTDA.
não se responsabiliza pelas opiniões
emitidas nesta obra por seu Autor.

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer
meio ou processo, inclusive quanto às características
gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais
constitui crime (Código Penal, art. 184 e §§, e Lei nº 6.895,
de 17/12/1980), sujeitando-se a busca e apreensão e
indenizações diversas (Lei nº 9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO-NA-FONTE

SCA281c

Scalcon, Raquel Lima.

Controle constitucional de leis penais : da prognose legislativa sobre os
efeitos potenciais e concretos da lei penal aos deveres de seu monitoramento
e de melhoria da lei penal / Raquel Lima Scalcon – Rio de Janeiro : Lumen
Juris, 2018.

328 p. ; 23 cm.

Bibliografia : p. 275-300.

ISBN 978-85-519-0509-8

1. Direito penal. 2. Controle de constitucionalidade. 3. Lei penal – Con-
trole. 4. Princípio da proporcionalidade. I. Título.

1117366

CDD 345

Ficha catalográfica elaborada por Ellen Tuzi CRB-7: 6927

Sumário

Considerações Introdutórias.....	1
1. Linhas Gerais sobre Fins em Direito Penal.....	7
1.1 Preliminarmente: Pressupostos Básicos para a Compreensão do Estudo.....	7
1.1.1 Primeira premissa: O Direito tem caráter instrumental. Esboço conceitual e problemas fundamentais.....	8
1.1.2 Segunda Premissa (decorrente da primeira): se o Direito está orientado a fins, então eles devem ser controlados. Repercussões teóricas e práticas	10
1.2 Conceitos Fundamentais para o Controle de Fins no Direito	14
1.2.1 “Fim” no Direito: esboço de um conceito.....	14
1.2.1.1 Distinção quanto ao conteúdo material da finalidade	16
1.2.1.1.1 Propósitos constitutivos ou fundantes	17
1.2.1.1.2 Requisitos operacionais internos	17
1.2.1.1.3 Propósitos de políticas públicas ou sociais	18
1.2.1.1.4 Propósitos referentes a valores políticos fundamentais	18
1.2.1.1.5 Propósitos referentes a valores gerais do Rule of Law.....	19
1.2.1.2 Distinção quanto à possibilidade de aferição e de submissão a controle de realização do fim.....	20
1.2.1.2.1 Fins internos (ou fins não passíveis de submissão a controle de realização).....	20
1.2.1.2.2 Fins externos (ou fins sujeitos a controle de realização)	21

1.2.1.3 Distinção quanto ao concreto estado de coisas buscado. Fins externos positivos e negativos. Fins externos primários e secundários.....	22
1.2.1.4 Distinção do fim quanto ao seu aspecto temporal	23
1.2.1.4.1 Posicionamento do fim na relação passado-presente-futuro	23
1.2.1.4.2 Momento da realização do fim	24
1.2.2 Eleição e concretização de fins: dificuldades teóricas e práticas	28
1.2.3 Realização de fins: dificuldades teóricas e práticas	31
1.3 Cruzamentos Necessários: Eleição, Realização e Controle de Fins no Direito Penal.....	35
1.3.1 Eleição de fins pelo legislador penal: problemas teóricos e práticos	35
1.3.2 Realização de fins pelo Direito Penal: problemas teóricos e práticos.....	38
1.3.3 Controle da eleição e da realização de fins no Direito Penal: linhas preliminares.....	40
2. Eleição de Fins no Direito Penal e seu Controle Constitucional	43
2.1 Sujeitos do Controle (ou Quem Deve Realizar e Quem Deve Submeter-se a Controle): Da Jurisdição Constitucional.....	43
2.1.1 Legitimidade democrática e limites da Jurisdição Constitucional. A posição deste estudo	44
2.1.2 Garantia jurisdicional da Constituição brasileira: espécies e intensidade de controle.....	49
2.2 Objeto Sob Controle (ou Sobre o Que Incidirá o Controle)	50
2.3 Limites Do Controle (ou até Onde vai o Controle)	57

2.3.1 A Constituição é sempre um padrão de validade para toda e qualquer lei (penal)?	57
2.3.2 O legislador penal somente pode promover fins previstos pela Constituição?	62
2.4 Espécies de Controle e seus Critérios (ou como Realizar o Controle): Esboço de um Duplo Modelo.....	65
2.4.1 Controle forte (ausência de liberdade de configuração quanto à decisão criminalizadora)	65
2.4.1.1 Fins constitucionalmente proibidos (proibições expressas de criminalização)	65
2.4.1.1.1 Definição e justificação dos critérios de controle da atuação do legislador	66
2.4.1.1.2 Aplicação “por amostragem” dos critérios a problemas concretos	69
2.4.1.2 Fins constitucionalmente obrigatórios (mandados expressos de criminalização)	72
2.4.1.2.1 Definição e justificação dos critérios de controle da atuação do legislador	77
2.4.1.2.2 Aplicação “por amostragem” dos critérios a problemas concretos (Exames à luz dos postulados da igualdade e da coerência)	81
2.4.2 Controle fraco (presença de liberdade de configuração quanto à decisão criminalizadora)	96
2.4.2.1 Fins constitucionalmente previstos (fins expressos)	97
2.4.2.1.1 Definição e justificação dos critérios de controle da atuação do legislador	98

2.4.2.1.2	Aplicação “por amostragem” dos critérios a problemas concretos (Exame à luz dos postulados da proporcionalidade e da proibição do excesso)	100
2.4.2.2	Fins constitucionalmente “coerentes” (fins implícitos)	111
2.4.2.2.1	Definição e justificação dos critérios de controle da atuação do legislador	115
2.4.2.2.2	Aplicação “por amostragem” dos critérios a problemas concretos	115
3.	Realização de Fins e Prognose do Legislador Penal: Conceituação, Avaliação e Reprovação	117
3.1	Conceituação da Prognose Legislativa	118
3.2	Avaliação da Prognose Legislativa	122
3.2.1	Relevância do exame	122
3.2.1.1	Desenvolvimento da Legisprudence	122
3.2.1.2	<i>Legisprudence</i> na experiência estrangeira	125
3.2.1.3	<i>Legisprudence</i> na experiência brasileira	128
3.2.2	Características do exame	132
3.2.2.1	Aspectos materiais	132
3.2.2.2	Aspectos formais	136
3.2.3	Pressupostos do exame: adequada identificação da prognose legislativa	137
3.2.4	Critérios de exame	140
3.2.4.1	Quanto ao momento da avaliação	140
3.2.4.1.1	Processo Legislativo (avaliação <i>ex ante</i> ou prospectiva): exame predominantemente hipotético-normativo	140

3.2.4.1.2 Norma em vigor (avaliação <i>ex post</i> ou retrospectiva): exame predominantemente empírico-estatístico	143
3.2.4.1.3 Conjugação dos exames	147
3.2.4.2 Quanto ao nível de promoção dos fins ou eficácia da norma	148
3.2.4.2.1 Condições de verificabilidade	148
3.2.4.2.2 Standard de verificação: “suficiência” da promoção dos fins imediatos da lei.....	150
3.2.5 Limites do exame	154
3.2.5.1 Limites quantitativos: impossibilidade de universalização	154
3.2.5.2 Limites qualitativos.....	155
3.2.5.2.1 Barreiras epistêmicas.....	155
3.2.5.2.2 Barreiras de legitimidade democrática.....	157
3.2.5.2.3 Barreiras hermenêuticas ou interpretativas	159
3.3 Reprovação da Prognose Legislativa (ou o Erro no Prognóstico)	162
3.3.1 Conceituação de erro de prognose legislativa	162
3.3.2 Espécies de erro de prognose legislativa	164
3.3.2.1 Quanto à relevância do erro	164
3.3.2.1.1 Erros constitucionalmente relevantes em matéria penal	164
3.3.2.1.2 Erros constitucionalmente não relevantes em matéria penal	170
3.3.2.2 Quanto à possibilidade de constatação do erro constitucionalmente relevante.....	171
3.3.2.2.1 Constatável <i>ex ante</i> (verificável durante o processo legislativo)	171
3.3.2.2.2 Constatável <i>ex post</i> (verificável após decorso do tempo e lei em vigor)	176

4. Realização de Fins em Direito Penal e seu Controle Constitucional	179
4.1 Objeto Submetido a Controle: Efeitos Potenciais e Efeitos Concretos da Norma Penal.....	179
4.1.1 Elemento 1: efeitos potenciais e efeitos concretos. Conteúdo, sentido e controlabilidade.....	180
4.1.2 Elemento 2: zona de liberdade de ação/ configuração estatal. Conteúdo e sentido	184
4.1.3 Elemento 3: normas penais. Conteúdo e sentido.	186
4.1.3.1 Da espécie de justificativa para a criminalização: razões de “justiça” (<i>rightness reason</i>) e razões “finalísticas” (<i>goal reason</i>).....	188
4.1.3.2 Da relação entre a justificativa da criminalização e a relevância do controle constitucional da prognose e dos efeitos da norma penal	193
4.2 Justificação do Controle: os Efeitos das Normas Penais como Elemento Relevante ao Juízo de Constitucionalidade	193
4.2.1 Primeira premissa: a baixa racionalidade na produção de leis penais no Brasil	194
4.2.2 Segunda premissa: a necessidade de renovação do juízo de proporcionalidade à luz dos efeitos da norma penal.....	197
4.2.3 Ressonâncias das premissas na compreensão do exame de constitucionalidade. A natureza dinâmica do controle e a possibilidade de ocorrência de inconstitucionalidades supervenientes como tese deste estudo.....	200
4.3 Sujeitos do Controle. A Valoração dos Efeitos de Normas Penais no Controle Abstrato de Constitucionalidade (Possibilidade E Procedimento)	202

4.3.1 Do exame de fatos no controle abstrato de constitucionalidade brasileiro (problema hermenêutico)	203
4.3.2 Do modo como informações sobre fatos ingressam no controle abstrato de constitucionalidade brasileiro (problema probatório e procedimental)	206
4.4 Critérios para um Controle Constitucional da Realização de Fins Pelo Direito Penal à Luz dos Efeitos das Normas Penais: Esboço de um Duplo Modelo	208
4.4.1 Preliminarmente: quando realizar o controle <i>ex ante</i> e o controle <i>ex post</i>	208
4.4.2 Controle <i>ex ante</i> da realização de fins através das normas penais (ou exame da constitucionalidade dos efeitos potenciais da norma penal).....	210
4.4.2.1 Pressupostos do controle	210
4.4.2.1.1 Lei penal emitida no âmbito de liberdade de configuração do legislador	210
4.4.2.1.2 Possibilidade de delimitação dos fins objetivados a partir da lei penal (identificabilidade do estado de coisas desejado)	211
4.4.2.2 Objeto do controle: constitucionalidade dos efeitos potenciais da norma penal	213
4.4.2.3 Critério do controle: confiabilidade da prognose legislativa (probabilidade da lei suficientemente produzir os efeitos esperados)	213
4.4.2.3.1 Elemento indicativo 1: concreta racionalidade do processo legislativo	213
4.4.2.3.2 Elemento indicativo 2: complexidade do contexto fático da matéria objeto da intervenção legislativa.....	225

4.4.2.4 Resultados à luz da proporcionalidade	226
4.4.2.4.1 Declaração de inconstitucionalidade	228
4.4.2.4.2 Declaração de constitucionalidade conjugada a dever de observar os efeitos concretos da lei penal.....	234
4.4.2.4.3 Declaração de constitucionalidade	242
4.4.3 Controle <i>ex post</i> da realização de fins através das normas penais (ou exame da constitucionalidade dos efeitos concretos da norma penal)	243
4.4.3.1 Pressupostos do controle	243
4.4.3.1.1 Lei penal emitida no âmbito de liberdade de configuração do legislador	243
4.4.3.1.2 Possibilidade de delimitação dos fins objetivados a partir da lei penal (identificabilidade do estado de coisas desejado)	243
4.4.3.1.3 Cognoscibilidade dos efeitos concretamente gerados pela aplicação da norma penal (verificabilidade do estado de coisas obtido)	244
4.4.3.2 Objeto do controle: constitucionalidade dos efeitos concretos da norma penal.....	247
4.4.3.3 Critério do controle: suficiente produção dos efeitos concretos ambicionados (lei eficaz) e baixa produção de efeitos indesejados	247
4.4.3.3.1 Elemento indicativo 1: grau de descompasso entre restrição esperada a direitos fundamentais ou a princípios constitucionais contrapostos e restrição concretamente gerada	249
4.4.3.3.2 Elemento indicativo 2: grau de descompasso entre realização esperada dos direitos fundamentais ou dos princípios constitucionais promovidos e realização concretamente obtida	249

4.4.3.3.3 Elemento indicativo 3: nível de inversão da relação/proporção entre concreto grau de restrição e concreto grau de realização de direitos fundamentais (conjugação dos elementos 1 e 2)	250
4.4.3.4 Resultados à luz da proporcionalidade	251
4.4.3.4.1 Declaração de inconstitucionalidade	251
4.4.3.4.2 Declaração de constitucionalidade “mitigada” ou “imperfeita”: dever de retificar ou corrigir a lei penal	252
4.4.3.4.3 Declaração de constitucionalidade	263
Conclusões.....	265
Referências Bibliográficas	275