

Legislação Penal Simbólica como contradição à Legisprudência: o projeto de lei

1.804/2015

The Symbolic Criminal Legislation as a contradiction to the Legisprudence: the draft

law 1.804/2015

Autoras: Fernanda Otero Costa e Marcela de Castro Reis.

Resumo

No campo penal a produção legislativa é profusa – abundam normas diversas e inúmeros são os projetos de lei em tramitação. Não obstante, a copiosa elaboração legislativa penal nem sempre, ou quase nunca, atende aos ditames impostos pela legística, e, assim, as normas dela decorrentes não raro são desprovidas de racionalidade legislativa, é dizer, são normas carentes de justificação argumentativa bastante. A inobservância dos postulados legisprudenciais, em um processo legislativo açodado e pouco refletido, se deve ao fato de que a elaboração legislativa na seara penal é deflagrada para apascentar a opinião pública. Logo, a produção normativa penal pode ser classificada como simbólica. Isso na medida em que os legisladores não se demonstram preocupados com a eficácia da norma produzida, mas com o impacto desta no clamor público. Assim, a fase pré-legislativa, na qual os debates deveriam ocorrer com o desiderato de buscar razões que sustentem as posições favoráveis e contrárias à produção legiferante, é abafada pelo ímpeto de satisfazer a opinião pública. A legislação simbólica contraria as exigências legisprudenciais, para demonstrar essa questão, utilizaremos caso recente e emblemático, o projeto de lei 1804/2015, de autoria do deputado federal Rogério Rosso (PSD/DF), que intenta incluir no rol dos crimes hediondos o delito de “ultraje a culto e impedimento ou perturbação de ato a ele relativo”, além de aumentar a sua pena. A proposição veio logo após a Parada do Orgulho Gay de 2015, quando foi encenada a crucificação de uma transexual, o que gerou insatisfação de setores religiosos da população, despertou atenção midiática e culminou no quase imediato projeto.

Palavras-chave: legislação penal simbólica; elaboração legislativa; legisprudência; legística; recrudescimento penal; “cristofobia”; omissão legislativa; direitos fundamentais.

1. Introdução

O artigo irá trabalhar, tendo como pano de fundo os fundamentos da Legística, a legislação penal simbólica, em voga atualmente. As consequências dessa legislação, estimulada pelo clamor popular por mais segurança pública e punições mais severas frente a situações sociais polêmicas, não condizem com os ditames de uma elaboração racional da lei. Assim, as normas dela decorrentes não raro são desprovidas de racionalidade legislativa, no

sentido dado por Oliver-Lalana, isto é, são normas carentes de justificação argumentativa bastante. A eficácia normativa é sobrepujada pela função simbólica da lei.

Primeiramente, será feita uma incursão na tutela penal do sentimento religioso, sua origem e seu significado nos dias atuais. A importância de se reconhecer que tal sentimento religioso é uma manifestação do sagrado, uma *hierofania*, nos dizeres de Mircea Eliade, contribuirá para a compreensão do caso a ser debatido no trabalho.

Partindo dessa ideia, será abordada de que maneira a elaboração racional de uma lei deve se dar, seja na fase pré ou pós-legislativa. Cada vez mais leis dotadas de caráter simbólico são editadas, em crescente e inócua severidade - pouco ou nada alteram a problemática da delinquência e dos conflitos sociais. A omissão legislativa na seara penal, como um exercício jurisprudencial, especialmente se comparada com o recrudescimento dado a tipificações já existentes, se revela mais consentânea à garantia e efetivação dos direitos fundamentais do que a produção legislativa desenfreada.

Depois disso, será realizada uma análise do que é a chamada legislação penal simbólica, evidenciando que certos problemas e conflitos, ao atingirem determinado nível de alarme social, se convertem em pretexto para uma ação política não interessada em atender funções instrumentais específicas, consoante Alessandro Baratta.

Para demonstrar a influência – negativa – da legislação penal simbólica na justificação legislativa, foi escolhido um caso recente e emblemático, o projeto de lei nº. 1804/15, de autoria do deputado federal Rogério Rosso (PSD/DF), que intenta incluir no rol dos crimes hediondos o delito de ultraje a culto e impedimento ou perturbação de ato a ele relativo, previsto no artigo 208 do Código Penal, além de aumentar consideravelmente a sua pena. A proposição veio logo após a Parada do Orgulho Gay de 2015, quando foi encenada a crucificação de uma transexual, que gerou insatisfação de setores religiosos da população, despertou atenção midiática e culminou no quase imediato projeto, que se arroga o objetivo de combater a “cristofobia”, um repúdio aos símbolos das religiões cristãs, supostamente generalizado no país.

2. A religião como manifestação do sagrado

Por que a crucificação de uma transexual, na Parada do Orgulho Gay em 2015, tanto incomodou diversos setores religiosos da sociedade?

No ano de 313, foi instituída a liberdade de culto em Roma, com predomínio do Cristianismo. A tolerância com cultos estrangeiros se justificava tendo em vista o politeísmo existente na região, que não excluía outras divindades. Essa liberdade, contudo, durou até o

ano de 379, quando os imperadores da época declararam que o Catolicismo era a única religião legítima do Estado. Iniciou-se, então, um período de medidas punitivas extremamente severas contra os hereges, às religiões pagãs, aos maniqueus e aos cristãos heterodoxos, sendo largamente aplicada a pena de morte (PRADO, 2006, p. 152).

Tal situação agravou-se durante a Idade Média, principalmente pelo fato de que Estado e Religião constituíam-se como uma única – e forte – instituição; pecado e crime fundiam-se num amálgama punido severamente, inclusive com o uso de tortura e de métodos degradantes e desumanos. A punição exacerbada de condutas e dizeres que iam contra a religião dominante à época somente foi minorada com o advento do Iluminismo e, posteriormente, da Revolução Francesa, que conseguiram consagrar a liberdade de crença como um dos fundamentos do Estado. Depois disso, a ótica do legislador penal foi profundamente alterada, pois

Passou a incriminar apenas os fatos atentatórios da liberdade individual em matéria religiosa (...) Entendeu-se que a intervenção da lei penal (que deixara de servir a Deus para atender a objetivos humanos) apenas se justificava, no tocante ao exercício dos cultos, para proteger sua incolumidade, desde que não colidente com a paz social ou a moralidade pública. (HUNGRIA apud PRADO, 2006, p. 153)

No Brasil, as Ordenações Afonsinas de 1446 foram o primeiro diploma legal a tratar de crimes relativos à religião. Condutas ofensivas àquilo considerado sagrado também foram tipificadas nas Ordenações Manuelinas de 1551 e nas Ordenações Filipinas, datadas de 1603. Por sua vez, o Código Criminal do Império, de 1830, resguardava a religião oficial do Estado. A liberdade religiosa – e não uma religião oficial – somente passou a receber proteção jurídica com o advento do Código Penal de 1890.

O sentimento religioso em um Estado laico, protegido hoje pelo artigo 208 do Código Penal, conforme se verá adiante, é tutelado independente da religião professada. Isto é, não se protege determinada religião como outrora se fazia, mas sim a manifestação daquilo que cada religião considera como sagrado. Nesse sentido ensina Hungria, ao dizer que

O Estado moderno não impõe esta ou aquela religião, mas faltaria à sua própria missão se se abstivesse de assegurar pleno ensejo à difusão ou cultivo do sentimento religioso. Desde que não se preste, como em ominosos tempos, a fazer causa comum com a tirania do Estado, a religião é uma força espiritual socialmente necessária. (HUNGRIA apud PRADO, 2006, p. 156)

Observa-se que, durante toda a história da humanidade, o sagrado e o profano coexistiram, seja de forma turbulenta, seja de forma pacífica. De acordo com Mircea Eliade, filósofo e estudioso da história das religiões, o sagrado e o profano são duas modalidades de *ser no mundo*, duas situações existenciais assumidas pelo homem ao longo de sua história (ELIADE, 2010, p. 20). Para o homem religioso, o espaço e o tempo não são homogêneos, isto é, existem locais e fatos qualitativamente diferentes de outros; são nesses espaços

diferenciados, com toda a carga simbólica que carregam, que o sagrado se manifesta. O ato de manifestação do sagrado, segundo Eliade, é o que se tornou conhecido por *hierofania*.

A cruz é um símbolo que foi utilizado em épocas arcaicas, antes de o Cristianismo se consolidar como religião. Para os cristãos, contudo, a cruz é um símbolo de fé, visto que Jesus, segundo a doutrina católica, foi crucificado para salvar, em um ato de sacrifício, toda a humanidade. Logo, a cruz, com todo simbolismo que carrega, é uma manifestação do sagrado para aqueles que professam as religiões cristãs. É uma hierofania, nos dizeres de Eliade. Sobre o assunto, ele ensina que

O símbolo não somente torna o Mundo “aberto”, mas também ajuda o homem religioso a alcançar o universal. Pois é graças aos símbolos que o homem sai de sua situação particular e se “abre” para o geral e o universal. Os símbolos despertam a experiência individual a transmudam-na em ato espiritual, em compreensão metafísica do Mundo. (ELIADE, 2010, p. 172).

O fato ocorrido na Parada do Orgulho Gay em 2015 traz à tona discussões que envolvem direitos fundamentais, consagrados constitucionalmente, e bens jurídicos tutelados penalmente. O artigo 5º da Constituição Federal assim dispõe ser livre a manifestação do pensamento (inciso IV), assim também a expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (IX), ao passo que põe também a salvo a liberdade de consciência e crença, assegurado o livre exercício aos cultos religiosos e garantida a proteção dos locais de culto e liturgia (VI).

E, no ordenamento jurídico brasileiro, o *sentimento religioso* é considerado um bem jurídico de sensível importância tanto que recebe tutela penal, consubstanciada no artigo 208 do Código Penal:

Ultraje a culto e impedimento ou perturbação de ato a ele relativo

Art. 208 - Escarnecer de alguém publicamente, por motivo de crença ou função religiosa; impedir ou perturbar cerimônia ou prática de culto religioso; vilipendiar publicamente ato ou objeto de culto religioso:

Pena - detenção, de um mês a um ano, ou multa.

Parágrafo único - Se há emprego de violência, a pena é aumentada de um terço, sem prejuízo da correspondente à violência.

Poder-se-ia dizer que a crucificação de uma transexual foi uma expressão de atividade artística, uma manifestação do pensamento LGBT, grupo esse que a cada dia sofre mais repressão e violência por parte de setores conservadores da sociedade. Também poder-se-ia dizer que, tendo em vista a manifestação do sagrado e o simbolismo que a cruz carrega para os religiosos cristãos, houve uma ofensa ao sentimento religioso - conduta tipificada na parte final do artigo 208 do Código Penal.

No entanto, o objetivo do presente artigo não é determinar se, naquela ocasião, algum direito fundamental foi violado, se houve ofensa ao bem jurídico penalmente tutelado

ou defender um dos lados nessa luta - que parece não ter fim - entre liberdades individuais e conservadorismo e opressão estatal. A finalidade da discussão aqui proposta é fomentar o debate acerca da necessidade de criação de leis penais para tratar de temas que já recebem a devida proteção jurídica ou para aumentar a punição já existente. Essa necessidade surge pelo fato de, em dado contexto social e histórico, determinados setores da sociedade clamarem por uma maior intervenção estatal em alguns pontos que acreditam carecedores de tutela.

3. O projeto de lei 1.804/2015

O projeto de lei 1.804/2015, de autoria do deputado Federal Rogério Rosso (PSD/DF), tem por objetivo expresso recrudescer o tratamento criminal dado ao delito de ultraje a culto e impedimento ou perturbação de ato a ele relativo, previsto no art. 208 do Código Penal em vigor. Para tanto, o projeto visa aumentar a pena do delito, alterando a atual cominação de detenção de um mês a um ano ou multa para a rigorosa reprimenda de pena de reclusão de quatro a oito anos e multa; bem como acrescentar tal delito ao rol de crimes hediondos, fazendo inserir no art. 1º da Lei 8.072/90 o crime em comento.

O projeto foi apresentado em 08 de junho de 2015, um dia após a realização da 19ª Parada Gay em São Paulo/SP, e traz patente em sua justificativa o fato de ter sido deflagrada pela manifestação da comunidade LGBT (lésbicas, gays, bissexuais, transexuais e travestis), que teria utilizado símbolos religiosos nesta e em outras oportunidades, ensejando o que se nominou na proposição legislativa de “Cristofobia”.

Como se nota, a proposta legislativa trata com severidade o delito de ultraje a culto, preconizando a alteração do tipo de pena, que passaria ao de reclusão, mais gravoso, bem como elevando sobremaneira a penalidade imposta pelo seu cometimento, sendo certo que a pena mínima irrogada ao condenado pela sua prática é quatro vezes superior à pena máxima atualmente atribuída a este crime.

Ademais, há requerimento de urgência para tramitação do projeto, REQ 2094/2015¹, apresentado em 10 de junho do presente ano, dois dias após apresentação do projeto, o que demonstra que seus autores efetivamente o tomam como pauta legislativa de emergência, que não pode se submeter ao regular trâmite legislativo.

Cumpram então perquirir as razões que impeliram o legislador a ir de encontro aos atuais reclames doutrinários por um Direito Penal Mínimo, consentâneo à imanente

¹ Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1302802> último acesso em 10 de setembro de 2015.

fragmentariedade e subsidiariedade deste ramo do Direito, que deve ser sempre tratado como *ultima ratio*².

4. Legística

4.1. Aspectos Gerais

De modo geral, a legística ou legisprudência³ pode ser compreendida como ramo do saber que se dedica ao estudo das normas, de sua feitura e de suas consequências, dedicando-se à investigação da melhor metodologia de tradução normativa, tendo em vista a racionalização da produção legiferante a partir de um enfoque interdisciplinar – ata estudos referentes à linguagem, ao estudo de prognósticos para produção normativa e de seus impactos, de sua real necessidade melhores formas de procedê-la.

Insta considerar que as investigações legisprudenciais foram, por longo período, negligenciadas pelos estudos teóricos do Direito, que recentemente vem colonizando-as com perspectivas próprias, antes relegadas às ciências políticas. Este vasto campo de estudos divide-se em outros dois: legística material e legística formal.

O primeiro deles, referente à legística material, se dedica ao estudo do momento que antecede ao da feitura da norma, debruça-se sobre as discussões que dão azo à produção normativa, os estudos sobre sua viabilidade e necessidade, os argumentos que a justificam, e esforços levados a cabo para determinar a produção normativa. O segundo, por seu turno, como o próprio nome alude, tem por escopo a análise da elaboração normativa em si, buscando delinear meios de se alcançar a melhor redação, para que as normas espelhem efetivamente àquilo que se espera delas, coadunando-se à justificação trabalhada no momento que antecede sua produção.

Nosso enfoque legisprudencial no presente trabalho é o material, eis que intentamos demonstrar como, por vezes, o momento precedente à elaboração normativa não atende às necessidades de justificação da norma a ser produzida, afastando-se dos preceitos da legística e da preconizada racionalidade legislativa, que não deve ser presumida como dado certo do processo legislativo, espécie de atributo imanente ao legislador. Wintgens, jurista belga que deu ao desenvolvimento da legisprudência contributos de imensa importância, denomina a

² A fragmentariedade do Direito Penal é corolário do princípio da intervenção mínima, conforme bem pontua Bitencourt, o autor ainda comenta, retomando Binding, que o Direito Penal não constitui um “sistema exaustivo” de proteção de bens jurídicos, mas representa um “sistema descontínuo” de seleção de ilícitos decorrentes da necessidade de criminalizá-los. Bitencourt conclui que “o “caráter fragmentário” do Direito Penal significa que o Direito Penal não deve sancionar todas as condutas lesivas dos bens jurídicos, mas tão somente aquelas condutas mais graves e mais perigosas praticadas contra bens mais relevantes.” (BITENCOURT, 2012, p. 56-57)

³ Neste trabalho adotaremos os termos como sinônimos, apesar de alguns juristas darem preferência a um ou outro, para mais sobre a nomenclatura dessa área do conhecimento, vide SANTOS, 2011.

compreensão que toma as regras legais como produto de uma inquestionável soberania racional do legislador, como legalismo, tratando-se esta da perspectiva do legalismo forte, pela qual o Direito seria verdadeiro “conjunto fechado de proposições logicamente conectadas” (SANTOS, 2006, p. 4)

O legalismo forte afasta as possibilidades de teorização a respeito do fazer legislativo, pois parte da premissa de que a norma é válida de *per si*, uma vez que emana da autoridade para tanto competente, em compreensão que remete e remonta ao contratualismo, como forma de justificação do poder soberano, e ao positivismo, que adota o formalismo como critério de validade da norma em detrimento de considerações axiológicas, valorativas, a respeito de sua produção e aplicação.

Destarte, a norma em uma concepção legalista forte existe e é cogente porque posta por quem de direito, ao passo que é válida quando respeita o procedimento próprio estabelecido para sua elaboração. Procedimento este que busca fundamento de validade das normas em um sistema escalonado e hierarquizado de normas, que tem em seu ápice uma pressuposta meta-norma, a qual, segundo consta, garante a legalidade de todo ordenamento que com ela se coadune.

Diante disso, Wintgens com propriedade defende uma visão legalista fraca, receptiva à teoria da legislação. Conforme o autor, o legalismo fraco não se contenta com uma noção de validade jurídica que se limite à adequação formal da norma à Constituição e sistema jurídico, embora seja esta condição necessária para a legitimidade normativa. A legitimação exige procedimento de determinação do conteúdo das regras, que deve se conformar às aspirações constitucionais, mas deve também atender ao dever de justificação do legislador, responsável por precisar a necessidade daquela produção legiferante e da normatização daquele conteúdo (SANTOS, 2011, p.95).

Por conseguinte, a justificação do legislador como condição de legitimidade da norma desemboca na já mencionada necessidade, imperiosa, de que a atividade legiferante atenda à racionalidade legislativa, considerando que subjaz a toda produção normativa o dever constitucional de elaboração das melhores normas possíveis (WINTGENS, 2004). Logo, a legística visa, enquanto teoria da legislação, que, como bem pontua Letícia Camilo dos Santos, atua como paradigma complementar à teoria do direito, formular princípios que permitam divisar o sistema jurídico sob a perspectiva do legislador, voltando para a estrutura e funcionalidade deste sistema, que se legitima democraticamente, a partir da autonomia dos sujeitos que dele participam (SANTOS, 2011, p. 96).

4.2. Racionalidade Legislativa

Partindo do entendimento de que o legislador é um sujeito real, que se encontra premido por diversas circunstâncias e que lida com limitações diversas, desde pessoais, quanto à sua capacidade cognitiva, até técnicas e materiais como a escassez de recursos, autores como Wintgens propõem o estudo de uma racionalidade legislativa possível, dentro de um processo legislativo real e, como tal, limitado (2013).

Assim, apesar de os legisladores, como seres detentores de capacidades reais e, portanto, restritas, não poderem dar conta de processo legislativo ótimo, é seu dever se esmerarem em um processo legislativo satisfatório (WINTGENS, 2013, pág. 30), e este é alcançado a partir da observância dos postulados da legística, dentre eles o emprego da *racionalidade legislativa*.

Uma vez estabelecida a racionalidade legislativa como pressuposto indispensável para um processo legislativo legítimo, é preciso aclarar o seu conceito para que se possa promover sua efetiva aplicação. Neste tocante, adotaremos o interessante entendimento de Oliver-Lalana.

Sendo o processo legislativo um processo que se desenvolve sob a égide do discurso, mediado forçosamente pela linguagem – que é também seu resultado, eis que a norma é uma proposição linguística –, a racionalidade legislativa preconizada por Oliver-Lalana, em sua análise legisprudencial, é dotada de uma dimensão linguística, haja vista ser eminentemente argumentativa (WINTGENS; OLIVER-LALANA, 2013). Para o autor, o processo legiferante encontra legitimidade na fundamentação expendida pelos parlamentares, e é justamente no embasamento para a produção normativa que se encontra a racionalidade legislativa.

Neste sentido, Oliver-Lalana dedica-se à investigação acerca do conceito de racionalidade legislativa. Contudo, o jurista depara-se com a aporia de muitas acepções, dada a abertura semântica do termo. Em face da pluralidade de significados, o autor admite ser imperioso constatar que a racionalidade deve ser compreendida como um atributo complexo, que compreende diversas dimensões e que pode ser avaliado concomitantemente de acordo com variados critérios, como o formal, procedimental e substantivo.

Malgrado o conceito de racionalidade legislativa varie conforme o ponto de vista adotado, Oliver-Lalana chega à conclusão de que, em última análise, tal espécie de racionalidade é vazada por características linguísticas, sistemáticas e axiológicas, qualquer que seja o entendimento empregado. Nesse sentido, o autor se socorre da percepção de Aienza, responsável por desenvolver um conceito multidimensional de racionalidade legislativa, capturando sua complexidade sem descurar daquilo que lhe é essencial.

Atienza, segundo Oliver-Lalana, identificou cinco tipos e níveis de racionalidade legislativa: linguística e comunicativa, por meio da qual os legisladores devem cuidar de bem transmitir a mensagem normativa aos seus destinatários; legal-formal ou sistemática, que demanda adequação da norma ao sistema jurídico do qual fará parte; pragmática ou social, que significa estar efetivamente cumprindo com um desiderato prático frente a uma necessidade social de normatização; teleológica ou propositiva, esta se liga à capacidade de realização dos fins ideados com a regulação normativa; moral-ética, pela qual a norma deve realizar seus propósitos éticos e morais, vindo para aperfeiçoar a ética, nunca em seu desvalor (WINTGENS, OLIVER-LALANA, p. 140-141).

Oliver-Lalana, tratando do conceito de Atienza, chama atenção para o fato de que os níveis de racionalidade não se organizam de maneira hierarquizada, mas se relacionam como dimensões da produção legislativa. Ademais, cada um dos níveis da racionalidade está atado a uma aspiração que deve ser perseguida pela legislação: clareza linguística; sistematicidade legal; realização social (eficácia); instrumentalidade; correção normativa. Além dos cinco critérios de racionalidade, Atienza também leva em consideração um sexto e transdimensional critério, trata-se da razoabilidade, a qual atribui o papel de meta-racionalidade, que permite alcançar um “equilíbrio ótimo” ou “ajuste razoável” entre todos os níveis de racionalidade.

Muito embora o conceito que Oliver-Lalana empresta de Atienza previna o reducionismo, o autor reconhece que tal compreensão pluralista de racionalidade legislativa enseja noções conflitantes, eis que os critérios podem ser mutuamente refratários, não sendo possível prever de antemão qual deles prevalecerá. Tendo em vista a inexistência de ordenação hierárquica entre as várias camadas da racionalidade legislativa, a prevalência deve ser verificada ante o caso concreto. Assim, a racionalidade legislativa deve ser tomada em graus de realização – uma norma pode realizar mais ou menos o ideal de racionalidade legislativa, assim como pode contar com maior ou menor grau de justificação.

Logo, não é possível estabelecer aprioristicamente limites de racionalidade que devem ser atendidos por todas as leis, cada norma, em seu específico contexto, deve ser avaliada sob o prisma da racionalidade – que deve ser sempre almejada no processo legislativo. Até mesmo porque, ressalta Oliver-Lalana, o processo legislativo, uma vez deflagrado, abre uma margem de manobra para escolhas racionais pelos legisladores, que diante da hipótese que reclama normatização, irão adotar as opções que julgam melhores, justificando-as de maneira argumentativa.

Em apertada síntese, é possível dessumir das considerações de Lalana que a racionalidade legislativa é uma qualidade pluralista, pois abarca diversas dimensões e

critérios, é também gradual e limitada por circunstâncias adversas, como aquelas cognitivas e materiais. A racionalidade legislativa visa atender às exigências linguísticas, legis-sistemáticas, instrumentais e ético-morais das leis. De maneira que um processo legislativo racional é impensável sem que se faça acompanhar de argumentos, devendo estes ser declinados publicamente pelos legisladores, pois apenas a partir de debates públicos que discutam as razões bastantes para a produção legiferante é que se pode falar de um fazer legislativo racional. É dizer, é discutindo a racionalidade da lei que se faz um processo legislativo racional.

Destarte, como se nota, a racionalidade legislativa se manifesta pelo debate parlamentar, quando vem à tona e pode ser aferida pragmaticamente por meio dos argumentos expendidos pelo parlamentar na defesa ou rechaço de uma determinada proposição legislativa. É na justificativa argumentativa do projeto de lei, portanto, que repousa a sua racionalidade, ou a ausência dela.

4.2.1. A racionalidade legislativa e a argumentação

Conforme já explicitado, a aferição da racionalidade legislativa demanda análise dos argumentos expendidos pelos parlamentares acerca de determinada produção legiferante. Oliver-Lalana entende como argumento legislativo a posição expressa por um parlamentar – a favor da lei, a favor de sua alteração, pela inclusão de novos elementos, pela rejeição de parte ou de todo o projeto – que se sustenta em pelo menos uma razão. Isto é, o argumento é a junção da posição manifestada pelo parlamentar e a razão que fornece para tanto, esta fundamentação pode advir, também, de outro participante do debate legislativo, seria o caso de parlamentar declinar uma posição e outro expressar os motivos de tal entendimento.

A mera expressão destes posicionamentos sem elucidação da razão que lhe dá supedâneo não é considerado argumento legislativo. Há inegáveis dificuldades na análise da argumentação legislativa, uma vez que esta nem sempre é clara, há argumentos redundantes, bem como há aqueles incompletos ou entimemáticos⁴, sendo necessário ao intérprete buscar as suas partes implícitas a fim de bem compreendê-los. A reconstrução argumentativa encontra, pois, diversos entraves e dificuldades, pois nem sempre aquilo que os parlamentares realmente desejam dizer se revela claro e inequívoco em suas falas.

⁴ O entimema, segundo noção que remete ao estudo da retórica por Aristóteles, seria o silogismo em que uma das premissas não é esclarecida, não chega a ser formulada.

Como se nota, portanto, a análise da racionalidade legislativa, segundo Oliver-Lalana, se faz a partir dos debates legislativos e das justificativas que embasam a produção normativa, é o que faremos no tocante ao projeto de lei objeto deste estudo.

4.2.2. O projeto de lei 1.804/2015 e a racionalidade legislativa

Atendendo a metodologia empregada por Oliver-Lalana na perquirição da racionalidade legislativa, avaliaremos a oficial justificativa do projeto de lei 1.804/2015, expressa no próprio projeto apresentado pelo Deputado Rosso, bem como avaliaremos brevemente os debates parlamentares associados à dita cristofobia e/ou ocorridos após a realização da parada gay deste ano – gatilho da referida proposição. Isso com o objetivo de discernir se a proposta legislativa cumpre, ou não, com a exigência racional.

Pois bem, consta como justificativa formal do referido projeto de lei a seguinte:

A intenção desse projeto de lei é proteger a crença e objetos de culto religiosos dos cidadãos brasileiros, pois o que vem ocorrendo nos últimos anos em manifestações, principalmente LGBTs, é o que podemos chamar de “Cristofobia”, com a prática de atos obscenos e degradantes que externam preconceito contra os católicos e evangélicos. Alguns manifestantes que participam de “Paradas LGBTs” ou “Parada Gay” têm zombado e desrespeitado a fé dos cristãos, agindo reiteradamente de forma desrespeitosa contra os símbolos do cristianismo.⁵

À primeira vista já é possível verificar que o projeto de lei nasce de um incômodo de determinado grupo de pessoas em relação a outro, da leitura da justificativa resta claro que a norma tem origem não tanto em atos praticados por pessoas que fogem da dita regra da heterossexualidade, mas, sobretudo, na própria condução de vida destes indivíduos, tida por acintosa pelos grupos religiosos. Verifica-se o nascimento episódico do projeto de lei na fala da Deputada Federal Geovânia de Sá (PSDB/SC), em 09 de junho de 2015⁶, logo após a realização da parada gay:

É preciso que seja tomada alguma providência, Sr. Presidente. Não podemos deixar que brinquem com a fé dos brasileiros, principalmente em atos amplamente patrocinados pelo Governo brasileiro. Queremos explicações dos patrocinadores desse escândalo moral. Quer dizer que os próprios brasileiros pagaram para ver tamanha atrocidade? Os dois maiores patrocinadores do evento são a Caixa Econômica Federal e a PETROBRAS. Será que a população pagadora de impostos sabe que o seu dinheiro está sendo empregado para quebrar imagens católicas ou zombar de Cristo, no que os organizadores dessa parada chamam de "cristofobia"? Tenho certeza de que não, caros Deputados.

⁵ Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=C5E04D5A6EFFEBCB8C21BCF57BC42FC7.proposicoesWeb2?codteor=1345072&filename=PL+1804/2015 > Acesso em 05 de setembro de 2015.

⁶ O discurso da parlamentar se encontra disponível no seguinte sítio: <http://www.camara.leg.br/internet/SitaqWeb/TextoHTML.asp?etapa=5&nuSessao=144.1.55.O&nuQuarto=34&nuOrador=2&nuInsercao=0&dtHorarioQuarto=17:36&sgFaseSessao=BC&Data=09/06/2015&txApelido=GEOVANIA%20DE%20S%C3%81,%20PSDB-SC> Último acesso em 10 de setembro de 2015.

Nesse sentido, também o pronunciamento do deputado Takayama (PSC/PR) contra os atos de intolerância religiosa, que nos seus interstícios deixa transparecer a ideia de que os homossexuais, de quem, para o deputado, partem muitos dos atos de intolerância religiosa, seriam pessoas intrinsecamente desviadas:

(...) Agora virou moda tachar de homofobia quem não concorda com os argumentos dos grupos homossexuais. Ora, Sr. Presidente, 200 milhões de cristãos no mundo enfrentam perseguição, opressão ou prejuízo social devido a sua fé. Deveria ser criada uma lei mundial contra a cristianofobia, o que seria muito oportuno. (...) Os cristãos amam os homossexuais, as prostitutas, os desviados de toda espécie.⁷

A criminalização do sujeito por aquilo que ele é e não pelo que pratica contraria um dos mais basilares postulados do Direito Penal moderno, aquele que propugna um direito penal fulcrado no fato e não no autor, de modo a conferir igualdade na aplicação da sanção – todos estão sujeitos à punição acaso transgridam as proscricções penais, pois as condutas é que são proibidas, não um especial modo de ser, não uma qualidade pessoal, especialmente aquelas indissociáveis do sujeito, como pertencer a um grupo étnico ou possuir uma determinada orientação sexual.

Nota-se, ainda, que autor do projeto usa um termo para designar as ofensas que entende ser praticadas por grupos LGBT, um neologismo, “Cristofobia”, que é eminentemente aberto, de modo que não traduz justificativa bastante para tal recrudescimento no tratamento do delito previsto no art. 208, Código Penal.

Indo além, os pronunciamentos havidos em Plenário quando da apresentação do projeto são ainda mais explícitos no tocante à motivação do projeto de lei, eis que então o tema da parada gay ocorrida apenas um dia antes da apresentação do projeto torna-se visível, e demonstra quão casuística e pouco refletida é a proposta legislativa, que vem ao encontro dos anseios de grupos cristãos da sociedade que repudiam orientações sexuais que não se adequem à heterossexual.

O episódio da crucificação de uma transexual teve, efetivamente, grande repercussão para grupos cristãos, sensibilizando sua opinião, como se extrai da fala do Deputado Federal Jefferson Campos (PSD/SP), em 11 de junho de 2015⁸:

Colocar homens representando o beijo gay, mulheres representando o beijo gay, transexual, foi de um tremendo desrespeito com qualquer cristão. Eles sabiam que

⁷ O pronunciamento encaminhado para a publicação pelo congressista em 13 de abril de 2013 pode ser encontrado no seguinte link:

<http://www.camara.leg.br/internet/SitaqWeb/TextoHTML.asp?etapa=5&nuSessao=065.3.54.O&nuQuarto=99&nuOrador=1&nuInsercao=6&dtHorarioQuarto=18:54&sgFaseSessao=CP&Data=11/04/2013&txApelido=TAKAYAMA,%20PSC-PR> Último acesso em 10 de setembro de 2015.

⁸ Disponível em:

<http://www.camara.leg.br/internet/SitaqWeb/TextoHTML.asp?etapa=5&nuSessao=149.1.55.O&nuQuarto=69&nuOrador=2&nuInsercao=87&dtHorarioQuarto=11:16&sgFaseSessao=OD&Data=11/06/2015&txApelido=JEFFERSON%20CAMPOS,%20PSD-SP> Último acesso em 10 de setembro de 2015.

estavam profanando um símbolo religioso. Argumentar que fizeram aquilo para representar que a sociedade os crucifica seria o mesmo que dizer que eles seriam a salvação da humanidade, pois Cristo foi crucificado para levar sobre si todas as dores da humanidade, para que seu sangue derramado na cruz cumprisse uma função sacrificial e remissória.

Não se nega aqui a ofensa que os cristãos possam ter sentido em virtude da manifestação, mas, o que se discute é se esta, por si só, autorizaria incremento na punição do delito de ultraje ao sentimento religioso. O objetivo do presente artigo não é desmerecer o sentimento religioso cristão, mas, questionar a produção normativa deflagrada por comoção religiosa, de maneira açodada e sem se levar em consideração os ensinamentos da legística.

Inegável a existência de delitos que afetam o sentimento religioso e, igualmente, incontestável que possam ser estes delitos praticados por pessoas que não se adequam à heteronormatividade apregoada como correta pelos grupos religiosos. Mas, este fato, de *per si*, não justifica a severidade no trato deste delito já tipificado, o padrão de moralidade de determinados setores da sociedade não pode ser tomado à conta de bem jurídico tutelável pelo Direito Penal, que, consoante o princípio da fragmentariedade, só deve intervir quando nenhum outro for capaz de salvaguardar o bem jurídico violado.

A posição favorável ao projeto de lei repousa, portanto, em razão frágil, que não justifica o incremento da já existente tutela do Direito Penal. Além disso, cumpre ressaltar que sequer foram apresentados dados conclusivos a respeito do propagado incremento desta prática delitativa, e ainda que o fossem, é discutível hoje a criminalização ou aumento do rigor quanto a tipos já existente pautados exclusivamente na escalada de determinada prática. Assim, mesmo que houvesse comprovação fática de um aumento vertiginoso no cometimento de tais delitos de ultraje ao sentimento religioso, por certo o endurecimento das penas não seria o melhor caminho, como apontam estudos que comparam a prática delitativa e o rigor da cominação da pena em abstrato, demonstrando o malogro da prevenção geral negativa.

O parecer pela constitucionalidade, juridicidade e técnica legislativa do projeto, na mesma toada, não enfrenta a problemática do simbolismo da proposição em comento, tão pouco se apercebe da questionável racionalidade legislativa que lhe perpassa. É de se notar que o parecer em questão foi assinado pelo Deputado Jefferson Campos, o qual, conforme indicado alhures, se coadunava moral e ideologicamente com a proposta, o próprio afirma em sua fala em plenário que é pastor há mais de 20 anos. Logo, é de se indagar a respeito do devido afastamento do parlamentar em relação ao objeto de seu parecer. Mais uma vez, se nota o distanciamento do projeto e sua tramitação dos preceitos da legística e sua aproximação ao direito penal simbólico.

Há que se considerar, ainda, que as manifestações que por vezes assacam o sentimento religioso estão acobertadas pela liberdade de expressão, sendo extremamente dificultoso precisar quais manifestações artísticas se subsumem ao tipo do art. 208, CP. O limiar entre permitido e proibido, neste campo que passa pela garantia de liberdade de expressão – esteio de um estado democrático – é muito diáfano, depende de circunstâncias várias e do subjetivismo da suposta vítima e do suposto agressor.

Por certo, *a priori* é impossível dizer, ante a colisão de princípios atrelados a direitos fundamentais, liberdade de expressão e liberdade de profissão religiosa, qual valor deve prevalecer. Neste sentido, cedidos são os trabalhos de Ronald Dworkin⁹ e Roebert Alexy¹⁰ acerca da colisão de princípios jurídicos e da impossibilidade de determinação prévia do princípio que casuisticamente sobrepujará o outro. De todo modo, não fica claro no debate parlamentar e na justificativa do projeto de lei como o excessivo rigor no tratamento destes delitos poderia ajudar na resolução.

Ademais, a proposta legislativa, ao focar na denominada “crisofobia” e religiões cristãs oculta a intolerância religiosa contra as religiões de matriz africana, olvida-se que tais religiões tem sido alvo constante de atos ofensivos, como pontuou em Plenário o Deputado Valmir Assunção (PT/BA), em discurso proferido em 17 de junho do corrente ano¹¹:

Contra as religiões de matriz africana os casos de intolerância são diários e, sem dúvidas, configuram um problema seriíssimo, uma afronta à liberdade de credo consagrada em nossa Constituição. Neste fim de semana, no Rio de Janeiro, uma criança de 11 anos foi apedrejada quando voltava de uma festa num barracão de candomblé. (...)

Na Bahia, esses casos também são frequentes. Semana passada, em Camaçari, Mãe Dede faleceu após diversos ataques a seu terreiro e a sua religião (...).

⁹ De acordo com Dworkin, os princípios contam com uma dimensão que as normas jurídicas do tipo regra não possuem, trata-se da dimensão do peso ou importância, de maneira que os princípios, diante do caso concreto, podem ser mais ou menos relevantes, conforme o seu peso em um dado contexto (DWORKIN, 2002, p. 42-43). E, assim, um princípio pode afastar a aplicação de outro em uma dada situação, sem afetar a validade ou a existência deste outro princípio. Diferentemente, se duas regras entram em conflito, uma delas será inválida (DWORKIN, 2002, p. 43). Não é possível estabelecer de antemão, por meio de critérios de resolução da antinomia entre regras, qual princípio será prevalente. Um princípio não excetua outro em definitivo, mas pode afastar a sua aplicação por contar com um peso maior naquela circunstância fática. De acordo com Paulo Gonet Branco e Gilmar Mendes, “os princípios, como delineados por Dworkin, captam os valores morais da comunidade e os tornam elementos próprios do discurso jurídico” (MENDES, BRANCO, 2014, p.79).

¹⁰ Alexy, por seu turno, compreende os princípios como *mandados de otimização* do sistema jurídico, devendo ser satisfeitos no maior grau, diferente das regras que uma vez válidas devem ser estritamente obedecidas – não há falar de graus de cumprimento, mas de cumprimento ou não cumprimento de seus ditames. Assim, um princípio pode ser mais ou menos atendido, a depender de seu cotejo com outras normas (regras e princípios) e do caso concreto que demanda sua aplicação, está atrelado, portanto, à possibilidade jurídica e possibilidade real, respectivamente (ALEXY, 1993, p. 86-87).

¹¹ Disponível em

<http://www.camara.leg.br/internet/SitaqWeb/TextoHTML.asp?etapa=5&nuSessao=159.1.55.O&nuQuarto=21&nuOrador=1&nuInsercao=0&dtHorarioQuarto=11:20&sgFaseSessao=BC&Data=17/06/2015&txApelido=VALMIR%20ASSUN%C3%87%C3%83O,%20PT-BA>

Último acesso em 10 de setembro de 2015.

(...) Mas não é mais suportável tamanho desrespeito a outro ser humano. Vimos aqui, na semana passada, Parlamentares desfiarem a laicidade do Estado brasileiro ao trazer para este espaço rezas e manifestações de sua religião cristã. Outros apresentaram um projeto contra o que chamam de "crisofobia", nada mais, nada menos do que a retomada da inquisição. Agora, contra as mortes e agressões físicas que vemos todos os dias contra os praticantes das religiões de matriz africana, infelizmente, calam-se.

Vê-se, portanto, que além dos problemas já apontados em relação à proposta normativa do Deputado Rosso, a proposição legislativa padece, também, da seletividade quanto à intolerância religiosa que se pretende punir de maneira tão gravosa. É certo que o tipo penal não traz em si marca patente de tal seleção, que subjaz à sua criação, mas resta nítido que a intolerância religiosa que se quer repreender é aquela que assaca religiões cristãs, traduzindo assim em indireta e seletiva criminalização primária¹². Uma vez aprovado o projeto, tal seletividade, presente nos discursos legislativos sobre a proposta, acabaria por se refletir na ação policial, o segundo dos controles repressivos da criminalidade e o mais efetivo na captura seletiva dos clientes do sistema penal, responsável pela criminalização secundária, indo então assomar nas condenações.

De fato, a proposta legislativa em comento se adequa bem a perspectiva negativa de legislação simbólica, tratando-se de retrato do famigerado Direito Penal Simbólico, que é improfícuo no desiderato mesmo a que se propõe. É dizer, não resolverá o problema que os grupos religiosos acreditam vivenciar, malgrado seja efetivo na aquietação da agitação do grupo frente à recente crucificação de transexual na parada gay do corrente ano.

5. A legislação simbólica como contradição à legística

Como visto, a legística, ao se debruçar sobre o processo legislativo e as melhores formas de se elaborar uma norma, reconhece que uma legislação boa é aquela que cumpre com seu desiderato, tendo surgido de uma real necessidade de intervenção normativa. Logo, a identificação do problema que demanda produção legislativa tem grande importância para a elaboração de uma norma adequada.

Ocorre, porém, que a definição do problema, muitas vezes, é obliterada pela percepção que se tem dele, como bem nota Delley (2004, pág. 106). Percepção esta que, não raro, é deflagrada por episódios que sensibilizam a opinião pública, alimentada e retroalimentada pelo estrépito midiático que surge entorno de ocorrências marcantes.

¹² De acordo com Zaffaroni (2003) a criminalização é um processo que se divide em duas etapas – a criminalização primária e a criminalização secundária. A primeira delas diz respeito à ação do legislador, que seleciona condutas a serem criminalizadas. Já a criminalização secundária é levada a cabo pelas agências policiais e pelo judiciário, que determinam quem será efetivamente capturado pelo sistema penal.

Conforme Delley, o impulso que leva o legislador a legislar substitui um exame objetivo acurado do problema, de modo que o *legislador aparece mais como instância dirigida exteriormente do que como sujeito autônomo* (2004, pág. 106).

Em matéria penal observa-se claramente a submissão do legislador a demandas sociais inflamadas e pouco refletidas, que levam a um recrudescimento penal inócuo e contrário aos postulados do direito penal constitucional, por meio do qual se propugna por um direito penal garantista, mínimo, fulcrado na fragmentariedade e subsidiariedade deste ramo jurídico, que somente deve intervir quando nenhuma outra instância normativa puder dar conta da violação do bem jurídico.

A inobservância dos postulados legisprudenciais, em um processo legislativo açodado e pouco refletido, se deve em larga medida ao fato de que a elaboração legislativa na seara Penal é deflagrada para apascentar a opinião pública no que concerne aos reclames sociais generalizados por reforço da segurança pública frente a uma difusa sensação de insegurança e vulnerabilidade. Assim, determinados problemas e conflitos ao atingirem determinado nível de alarme social no público se convertem em pretexto para uma ação política que não está interessada em atender a funções instrumentais específicas, mas sim em atender a opinião pública (BARATTA, 1994, p. 23).

Destarte, a produção normativa neste campo do Direito pode ser classificada como simbólica nos termos delineados por Marcelo Neves (2007), de modo que os legisladores não estão preocupados com a eficácia da norma produzida, mas sim com o impacto desta no clamor público por propósitos imprecisos, semanticamente abertos, como o tão propagado “fim da impunidade”. A fase pré-legislativa, na qual os debates deveriam ocorrer com o desiderato de buscar razões que sustentem as posições favoráveis e contrárias à produção legiferante é abafada pelo ímpeto de satisfazer a opinião pública, que ganha maior destaque do que a aplicabilidade da norma produzida, a eficácia é relegada a segundo plano pela função simbólica da legislação como bem analisa Díez-Ripollés (2002).

Cumprir ter em conta que a função simbólica em comento conta com duplo escopo, ou, de acordo com Neves (2007), se divide em dois tipos. Desta feita, a função simbólica tem como um de seus objetivos a confirmação de valores sociais, isto é, o legislador visa criar uma identificação da legislação com a opinião pública. Nesta medida, se o recrudescimento penal é visto como valor importante para vasta parte da população, que enxerga na severidade da lei a resposta para problemas criminais, a elaboração legislativa o acolhe sem maiores problematizações a respeito. A “vitória legislativa”, como a nomina Neves (2007, p. 33), dada aos setores da sociedade que reivindicam rigidez penal como panaceia legal para problemas

sociais em detrimento da eficácia normativa, dá azo à dita legislação simbólica em uma primeira tipologia.

Além da confirmação de valores sociais, a legislação simbólica penal também se bifurca na tipologia denominada de *legislação-álibi* por Neves (2007). Neste caso, a produção normativa vem com o escopo de demonstrar uma atuação estatal em face de problemas sociais gravosos – como os referentes à criminalidade –, o que recobra a confiança dos cidadãos no governo (NEVES, 2007, p. 36). De tal sorte que se elabora lei para satisfazer expectativas sociais, ainda que as normas não impliquem em real solução das questões que pretende normatizar. Com isso, a função legislativa se mostra sensível às exigências dos cidadãos (NEVES, 2007, p. 37), e, por conseguinte, legítima.

A legislação simbólica sob essa dupla tipologia vai claramente de encontro às exigências da legística, e isso tanto em sua fase pré-legislativa, pois não há o devido apuro no estudo do problema posto e das formas de solucioná-lo, como na pós-legislativa, uma vez inexistente acompanhamento legislativo sobre os reais impactos da lei.

Este afastamento da elaboração legislativa dos pressupostos objetivos fornecidos pelo importantíssimo campo da jurisprudência traz a reboque problemas diversos. Ora, ao não resolver o problema posto a indignação social é contida por breve período, só fazendo grassar após aferição de ineficácia do diploma normativo produzido, o que gera um círculo vicioso instigado pelo apelo midiático – pois mais leis são editadas, também dotadas de caráter simbólico, maior recrudescimento normativo é observado e pouco ou nada se altera a problemática da delinquência.

6. Conclusão

A posição do antropólogo do Direito, segundo Christoph Eberhard, pode ser considerado um *intermédio* (2004, p. 169), pois se encontra no meio de um caminho nos quais os opostos são construídos a partir de como as coisas deveriam ser, pela visão do jurista, e como as coisas realmente são, pela visão do antropólogo. O assunto tratado no artigo mostra como é importante a articulação e o diálogo entre a Antropologia e o Direito, sobretudo na formulação de leis que sejam realmente efetivas e que traduzam os anseios de uma população plural como é a do Brasil.

A justificativa apresentada pelo autor do projeto de lei que trata do tema, Deputado Rogério Rosso (PSD/DF), conforme já explicitado, foi a de que se faz necessário, atualmente, proteger a crença e objetos de cultos religiosos dos cidadãos brasileiros, por entender que há uma “crisofobia” por parte de alguns setores da sociedade.

Ora, mas a crença e os objetos de cultos religiosos já estão devidamente protegidos pela Constituição e pelo Código Penal. E o termo dado para a situação, *cristofobia*, mostra, na verdade, que o que se pretende tutelar não é o sentimento religioso como um todo, não é a manifestação do sagrado em toda e qualquer religião, mas sim a liberdade de crença cristã. Não obstante o Brasil ser um país predominantemente cristão, há diversas outras religiões que também sofrem muita repressão e intolerância de outros setores da sociedade, inclusive cristãos.

Recentemente, foi divulgada na mídia a notícia de que uma criança, de onze anos de idade, fora apedrejada após sair de um culto de candomblé¹³, fato mencionado também pelo congressista Valmir Assunção, como visto acima. Apesar da diversidade de religiões existente no Brasil, o país tem vivenciado vários episódios de intolerância religiosa, não só contra os cristãos. No entanto, não nos parece que a produção legislativa no âmbito do Direito Penal seja capaz de conter as ofensas a direitos individuais relativas a religiões.

Questiona-se, então, se a inclusão do crime de ultraje a culto e impedimento ou perturbação de ato a ele relativo no rol de delitos hediondos e a exasperação da reprimenda irão atender aos anseios da população ao mesmo tempo em que guardem coerência com os ditames da Legística e com uma racionalidade legislativa. Isso porque o bem jurídico tutelado, como exposto, já está devidamente protegido, seja pelo Código Penal, seja pela Constituição. Há que se investigar os motivos pelos quais, atualmente, manifestações odiosas em relação a religiões estão ganhando força. É preciso, de certa forma, sair do *dever ser* do mundo jurídico para compreender como as coisas *são* no mundo da vida.

Acreditamos que a criação de novas leis, da forma colocada pelo projeto, não seja o melhor caminho. Primeiramente porque não se trata de uma lei criada a partir de e em consonância com a racionalidade legislativa, conforme já explicitado em tópico anterior. O projeto foi apresentado um dia após a Parada Gay, evidenciando que não houve sequer um debate profundo sobre a situação. Não foram colhidos dados reais sobre a suposta e crescente *cristofobia*, não houve manifestação de todos os setores afetados e interessados na questão, sequer foi estabelecido diálogo com a sociedade e tampouco apresentada uma justificativa plausível para a utilização do Direito Penal neste contexto.

Como se não bastasse, a questão traz à tona situações que, para serem resolvidas, vão muito além da esfera penal. É dizer, a criminalização do modo de ser do outro, a ausência de mútuo reconhecimento, de empatia e de tolerância são fatos que não foram nem nunca serão

¹³Disponível em: < http://www.brasilpost.com.br/2015/06/16/menina-apedrejada-cadomble_n_7593678.html> Acesso em 05 de setembro de 2015.

solucionados pelo Direito Penal. Tem-se observado, no Brasil, uma crescente atuação legislativa proibitiva acerca de temas polêmicos, sem, contudo, haver um debate produtivo e enriquecedor sobre as causas e consequências daquilo que se pretende proibir. E a mera proibição – ou o incremento de pena de crimes já existentes, como *in casu* – não se coaduna com os princípios da Legística, de uma produção legislativa racional e eficiente, aproximando-se muito mais da chamada legislação simbólica que, como visto, é ineficaz.

Assim, omissão legislativa na seara penal, especialmente no que diz respeito ao recrudescimento de tratamento dado a certos delitos e/ou tipificações já existentes, se revela mais consentânea aos direitos fundamentais do que a produção legislativa. O arcabouço normativo penal é suficiente para o enfrentamento dos mais diversos problemas oriundos da consumação delitiva, sendo que a questão não é produzir mais normas neste sentido, a debalde da opinião pública contrária, mas sim a ausência de concretização das já existentes, somadas a problemas socioeconômicos, estruturais e políticos que criam terreno propício para uma escalada penal.

Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do Direito Penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 2, n. 5, janeiro-março de 1994.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**, 1. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Código processo penal (1941): decreto de lei nº 3.689, de 3-10- 1941. Brasília: Senado.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Brasília: Senado.

BRASIL. Notas taquigráficas de discursos de deputados federais em plenário. Brasília: Câmara dos Deputados.

DELLEY, Jean-Daniel. **Pensar a lei**. Introdução a um procedimento metódico. Tradução de Léo Noronha. Cadernos da Escola do Legislativo, nº 12, jan./jun. 2004, p. 101-143.

DIEZ-RIPOLLES. José Luis. **El derecho penal simbólico y los efectos de la pena**. In: Boletín Mexicano de Derecho Comparado, año XXXV, n. 103, enero-abril de 2002, p. 63-97.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2002.

EBERHARD, Christoph. **Direitos Humanos e diálogo intercultural: uma perspectiva antropológica**. In: Direitos humanos na sociedade cosmopolita / César Augusto Baldi (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

ELIADE, Mircea. **O sagrado e o profano: a essência das religiões**. Tradução Rogério Fernandes. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

OLIVER-LALANA, A. Daniel. Rational Lawmaking and Legislative Reasoning in Parliamentary Debates. In: WINTGENS, Luc. J.; OLIVER-LALANA, A. Daniel (orgs). **The Rationality and Justification of Legislation: Essays in Legisprudence**. Suíça, 2013. Cap. 8, p. 135-182.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro, volume 3: parte especial, arts. 184 a 288**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

ROSSO, Rogério S. **Projeto de Lei nº 1804/2015**. Recuperado a partir de <<http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1302214>> Último acesso em 10 de setembro de 2015.

SANTOS, Leticia Camilo. **Análise da decisão judicial no quadro da legisprudência: o diálogo das fontes do direito**. Dissertação, 2011.

Vítima de intolerância religiosa menina de 11 anos é apedrejada na saída de culto de candomblé no Rio. **Brasil Post - The Huffington Post**. 16 de junho de 2015. Disponível em: <http://www.brasilpost.com.br/2015/06/16/menina-apedrejada-cadomble_n_7593678.html> Último acesso em 05 de setembro de 2015.

WINTGENS, Luc J. **Legisprudence and comparative law**. In: VAN HOECK, Mark. Epistemology and Methodology of Comparative Law. Lightning Source Inc, 2004, p. 299-315.

WINTGENS, Luc. J. The Rational Legislator Revisited. Bounded Rationality and Legisprudence. In: WINTGENS, Luc. J.; OLIVER-LALANA, A. Daniel (orgs). **The Rationality and Justification of Legislation: Essays in Legisprudence**. Suíça, 2013. Cap. 1, p. 1-31.

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal v.1**. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2003