



A DEFESA DA CODIFICAÇÃO DO DIREITO PENAL E A CRÍTICA AO BIG BANG LEGISLATIVO

¹Sebastian Borges de Albuquerque Mello

RESUMO

O presente trabalho consiste em uma análise em torno da tendencia legislativa de descodificação das normas penais nos sistemas jurídicos codificados. O modelo codificado, que se consagrou na Europa Continental e espargiu-se pela América Latina, vem se desintegrando com a criação de novos tipos penais em microsistemas jurídicos, sob o pretexto de tutela dos bens jurídicos emergentes e aumento da complexidade das relações sociais. Quebra-se, com isso, a compreensão sistemática do ordenamento jurídico-penal, desencadeando uma hipertrofia legislativa e uma quebra da unidade e ordenação do sistema.

Palavras-chave: Codificação, Direito penal, Sistemas jurídicos, Microsistemas

LA DEFENSA DE LA CODIFICACIÓN EN DERECHO PENAL Y CRÍTICA A "BIG BANG" LEGISLATIVO

RESUMEN

Este trabajo consiste en un análisis en torno a la tendencia legislativa de decodificación de las leyes penales en los sistemas jurídicos. El modelo codificado, consagrado en Europa continental e con propagación en América Latina, se está desintegrando con la creación de nuevos delitos en microsistemas jurídico, bajo el pretexto de la protección de los intereses legales emergentes y en consecuencia de la mayor complejidad de las relaciones sociales. Rompe-se a comprensión sistemática del ordenamiento, lo que provoca una hipertrofia legislativa y una ruptura en la unidad y ordenación de lo sistema.

Palabras-claves: Codificación, Derecho penal, Sistema jurídico, Microsistemas

¹ Doutor pela Universidade Federal da Bahia – UFBA, Bahia (Brasil). Professor pela Universidade Federal da Bahia – UFBA, Bahia (Brasil). E-mail: sbam@terra.com.br



1 INTRODUÇÃO

O Direito Penal contemporâneo tem sido marcado por uma inegável tendência de expansão, com a introdução de novos tipos penais, previstos em legislações extracódigo, e, particularmente, pela tutela penal de bens emergentes, criados e diferenciados nos microssistemas jurídicos. Não se pode negar que, ano após ano, a opção político-criminal tem sido pela tipificação de novas condutas, e pelo aumento do número de normas penais incriminadoras.

Há um incontestável fenômeno de pulverização do Direito Penal em um sem-número de diplomas legais distintos, num movimento que pode ser visto como uma descodificação do Direito Penal. Não resta dúvida que o Direito Penal Brasileiro ainda segue um modelo que parte da codificação. Há um Código Penal, e, por conseguinte, um Direito Penal codificado.

No entanto, diante dos novos valores e bens que vão surgindo com a complexização das relações sociais, são criados novos crimes amiúde previstos em leis fora do Código. Estas leis especiais criam novas figuras incriminadoras, redimensionando ou tutelando situações até então não previstos na parte especial do Código Penal. Assim, em qualquer Estado contemporâneo, é inevitável que, aqui ou acolá, surjam novas leis, que venham, na verdade, harmonizar o texto codificado com a nova realidade social, sem, todavia, entrar em conflito com os princípios ali estabelecidos.

Atualmente, ao se fazer uma análise perfunctória dos tipos penais previstos, não só em leis penais extravagantes e microssistemas jurídicos, vê-se que o ideal codificador parece ceder à força centrífuga a partir da qual os tipos penais serão espalhados em diversos diplomas normativos, sem homogeneidade valorativa nem unidade principiológica. Este fenômeno pode representar um problema no que tange à eficácia e legitimidade das próprias normas penais incriminadoras.

Trata-se de um problema, pois o Direito Penal, em razão das inafastáveis exigências de certeza e segurança jurídica, requer, mais do que os outros ramos do Direito, uma ordenação clara e sistemática de suas normas e princípios. E, para atingir dito objetivo, a codificação tem se revelado como o mais eficaz mecanismo, pois sintetiza e harmoniza, num só corpo legislativo, um sistema de incriminação e de direitos fundamentais. Assim, o Código Penal delimita quais são os bens jurídicos protegidos pela esfera criminal, de que modo a ofensa a estes bens jurídicos pode ser considerada crime, e de que forma será punida a violação prevista no tipo legal. Portanto, o Código restringe, num sistema ordenado, quais são os modelos de conduta



considerados criminosos, quais as sanções penais a serem aplicadas, e quais os princípios que norteiam o exercício do poder punitivo.

Os novos crimes, previstos em leis extravagantes e, sobretudo, em microssistemas jurídicos, costumam, no processo hermenêutico, distanciar-se dos princípios penais contidos no Código Penal, como se o fato de constar num diploma excepcional e, muitas vezes, interdisciplinar, legitimasse uma interpretação alheia daquilo que está previsto na parte especial do Código Penal. Este fenômeno tem se verificado nos países de tradição codificada, como Espanha e Itália, e se espreado pela América Latina, muitas vezes como uma deformação acrítica, dificultando ainda mais a compreensão sistemática do ordenamento jurídico-penal. Com isso, a hipertrofia legislativa termina sendo um fator de produção, e não de combate à criminalidade.

Busca-se, então, no presente artigo, discutir as razões da codificação e da descodificação do Direito Penal, bem como analisar a incidência, no processo hermenêutico, dos princípios penais codificados na interpretação das normas contidas nos microssistemas jurídicos, partindo do pressuposto que os princípios penais contidos no Código Penal ocupam um lugar de destaque no ordenamento, como um verdadeiro conjunto de direitos fundamentais negativos de imputação.

2 CRISE, CODIFICAÇÃO E DESCODIFICAÇÃO

Os Códigos são tendencialmente estáticos. Por se tratarem de sistemas harmônicos e ordenados, que vão restringir juridicamente uma faixa da realidade social, eles têm aspiração de longa vigência, e geralmente passam muito tempo sem que sofram alterações significativas no seu conteúdo. E esta tendência naturalmente “engessadora” dos Códigos faz com que os mesmos não consigam acompanhar as cada vez mais frequentes mudanças no tecido social.

A era da certeza, o mundo da segurança (ZWEIG, 2002), a previsibilidade das expectativas criadas por um Direito codificado, com o passar dos anos, terminavam por confirmar a procedência das críticas de Savigny (1979) sobre a “*jusfossilização*” do ideal codificador. O surgimento de novas relações, novos Direitos, novos paradigmas, fizeram com que o Código, ainda que encarado como unidade do sistema, se tornasse anacrônico, necessitando de regulações em leis especiais para tratar de novas necessidades situações concretas, não abrangidas mesmo pelo seu ideal totalizador.

É certo que, no Direito Privado, a descodificação tem sido vista como um fenômeno inexorável, pois, a partir do Século XX, a codificação vem perdendo sua condição de centro do sistema de fontes, que passam a ser assumidas e desenvolvidas pela Constituição. Além disso, essa força



centrifuga que retira conteúdo dos códigos se intensifica na medida em que determinados grupos sociais ou círculos de sujeitos obtêm, depois de intensas negociações com os poderes públicos, leis particulares (IRTI, 1992) que conferem a tais grupos um tratamento diferenciado em relação ao “cidadão” indiferenciado do Estado Liberal que está na gênese do próprio conceito de codificação.

O surgimento acelerado de novos valores e conflitos de interesses, relações, necessidades e camadas de estratificação social, terminou por fazer surgir uma quantidade enorme de leis, que explodem num verdadeiro “*big bang*” legislativo (LORENZETTI, 1998), dada a força com que desconstruíram as codificações surgidas nos séculos XIX e XX. São as tão faladas leis especiais, situadas topograficamente fora dos códigos, que vão regular uma restrita, às vezes pontual, faixa da realidade social. Fábio Andrade (1997) destaca o aspecto nitidamente particularista destas leis especiais, que surgem em contraposição à lei geral e abstrata, segundo a concepção clássica de Rousseau.

A sociedade de nosso tempo, conflitiva, multicultural e fragmentária, não mais pode ser atendida, no âmbito do Direito Privado, por um modelo codificado, mas sim por diversas leis especiais, assim chamadas porque nascem de interesses alheios aos interesses generalizantes próprios de um código, mas porque nascem como estatuto de grupos. Pondera Natalino Irti (1992, p.133)¹: “*O grupo se reconhece na lei especial, ali vislumbra sua própria carta constitucional, a negocia, constrói e defende no confronto com o Estado e com outros grupos*”.

Nessa medida, o Código paulatinamente vai perdendo sua autossuficiência, passando a necessitar de outros textos para superar e solucionar os conflitos, cada vez mais vinculados à Constituição. Diante da particularização da lei, cada corporação, classe, categoria ou segmento de estratificação social tem sua própria regulação. Há, pois, uma tendência de que as leis adquiram vida própria e autonomia em relação ao código, o que vai permitir a formação dos microssistemas jurídicos. O cidadão indiferenciado, o modelo abstrato do Estado liberal que foi transportado para a codificação, é substituído pelo o indivíduo que faz parte de diversos setores de estratificação social e que procura proteger-se pela criação de regramentos que visam proteger seus interesses (MELLO, 2004).

Silva Sanchez (2002) identifica um fenômeno pelo qual certos setores, até então marginalizados da sociedade, reivindicam certos direitos individuais ou difusos, que adquirem a condição de *atypische Moralunternehmer*, ou atípicos gestores da moral coletiva. Assim, os valores sociais



que são encontrados nas leis não seguem mais a cartilha dos estamentos burgueses-conservadores, passando a ser divididos entre associações ecologistas, feministas, ONG'S, de consumidores, vizinhos pacifistas, grupos religiosos, dentre outros, cada um deles reclamando soluções próprias a seus respectivos interesses.

Cada vez mais o Estado é visto como uma espécie de fornecedor de um “produto legislativo”. Assim, cria leis cada vez mais adequadas a particularidades e conveniências de determinados segmentos da sociedade, numa verdadeira inversão do princípio de que “*o contrato tem força de lei entre as partes*”, que é substituído pelo “*a lei tem força de contrato entre as partes*” (LORENZETTI, 1998, p.69).

construye, defiende en la confrontación con el Estado y con otros grupos”

O Direito legislado passa a ter uma caráter contratual justamente porque suas características vão se aproximando do negócio privado: além da concreção e dos destinatários específicos, que as tornam normas quase individuais, o tempo de vigência cada vez menor (ANDRADE, 1997) e a linguagem de restrito acesso, fazem com que o conceito de cidadão tenha reduzido significado; para a lei especial, o sujeito é consumidor, é empregado, é sócio, é idoso, é locador, é condômino, ou seja, cada indivíduo possui uma série de atributos e características próprias e autônomas a partir do conceito *ad hoc* que cada lei especial lhe confere diante de um caso concreto. Se o código é o diploma do cidadão, a lei especial é o estatuto da classe, da categoria, do estamento, do gueto.

3 OS MICROSSISTEMAS JURÍDICOS

Um subsistema jurídico pode ser definido como o diploma legal que desenvolve e particulariza os princípios do código², tratando de situações concretas até então não previstas, preenchendo lacunas e atualizando o Direito codificado, procurando compatibilizá-lo com as mudanças que a realidade impõe. Há, em princípio, uma relação harmônica entre código e o subsistema (MELLO, 2004). Esta relação de harmonia, contudo, é exceção, e não regra.

Com a tendência de especialização e maior concreção, o novo conceito de lei se afasta da noção de que ela deve ser sempre geral (conteúdo abrangente) e universal (proscurendo qualquer espécie de distinção ou privilégio) (FERRAZ JR, 1998). As leis cada vez mais celebram a diferença, numa linha de igualdade substancial, que é chamada por Lorenzetti (1998) de *feudalização do direito*: leis promocionais produzem fragmentações de direitos e garantias, regulando setores restritos da sociedade.



Paulatinamente, as leis extracódigo celebram a diferença, em vez da igualdade. Os novos diplomas possuem um conteúdo específico, destinatários específicos e até mesmo uma linguagem específica, no que Irti (1992) chama de *tecnolinguagem* cujos termos e conteúdo são inacessíveis à boa parte da população.

A legislação especial vai retirando do código toda a sua capacidade de regular novas situações concretas, já que para todas elas são criadas leis especiais. Cada corporação, classe, categoria ou segmento de estratificação social tem sua própria regulação, há uma tendência de que as leis vão adquirindo vida própria e autonomia em relação ao código, de tal forma que elas deixam de ser especiais para se tornar excepcionais, o que vai permitir a formação dos microssistemas jurídicos. Assim, os microssistemas jurídicos possuem como característica, para além do fato de ser uma legislação extracódigo: a) Interdisciplinaridade; b) Abrangência a uma restrita faixa da realidade; c) Destinatários específicos, princípios particulares; d) Institutos diferenciados; e) Vinculação direta ao direito constitucional; f) Princípios próprios distintos do sistema codificado.

Os microssistemas são realidades normativas adequadas a uma sociedade multicultural que negocia com o Estado verdadeiros estatutos de grupos, com uma lógica normativa setorial, isto é, critérios e formas de regulação congruentes com a matéria regulada, sendo chamado a desenvolver diretrizes e critérios programáticos. E há uma tendência dos microssistemas jurídicos de absorver, transformar e sintetizar, num mesmo diploma e de acordo com seus interesses peculiares, matéria civil, penal, comercial, administrativa e processual, sem que se possa definir com clareza a qual ramo do Direito pertence o microssistema.

A experiência demonstra que a realidade social não é aquela do homem ideal, forjado a partir de um modelo único de cidadão; o homem real é integrante de uma sociedade concreta, plural, multicultural, baseada na tolerância a diferenças e que gera desigualdades. Os microssistemas impedem que tais desigualdades permaneçam. As diferenças, que costumam ser ignoradas nas codificações civis, são realçadas e reafirmadas nos microssistemas jurídicos,

Nesse sentido, os microssistemas são utilizados como instrumento para assegurar direitos fundamentais, inclusive o de reconhecimento das diferenças entre as pessoas e entre os grupos. Isto é decisivo, pois, num mero Estado de Direito, a política de dignidade igualitária pretende estabelecer um conjunto de direitos idênticos a todas as pessoas. Num Estado Democrático de

² O código, por sua vez, representa um subsistema em relação ao Direito Constitucional – este sim atualmente

Direito, busca-se a identidade única de um indivíduo ou de um grupo, em face de uma política de



diferenças (TAYLOR, 1993).

4 A DESCODIFICAÇÃO DO DIREITO PENAL

Uma das partes relevantes do texto de um microssistema é o capítulo referente aos crimes e às penas. Estes novos delitos contribuem sobremaneira para uma hipertrofia da legislação penal, de tal modo que, atualmente, há mais normas penais em leis extravagantes do que na própria parte especial do Código Penal. Trata-se de um reflexo do pensamento de que, frente a um problema, é preciso editar uma lei penal como forma de solucionar um conflito de interesses.

E como se trata de uma tentativa de esgotar a matéria num universo sistêmico próprio, o microssistema amiúde traz no seu bojo a incriminação de condutas, supostamente configurando as mais graves formas de violação dos bens jurídicos por ele tutelados, mas que, na verdade, têm uma função meramente simbólica³, como se a instituição de crimes e penas lhe conferisse uma importância diferenciada.

Se a descodificação do Direito Civil é vista como algo inexorável, e, em certa medida, positiva para o Direito, em relação ao Direito Penal essa afirmação deve ser vista com reservas. É verdade que os códigos são marcados por um espírito de rigidez e conservadorismo, que podem acarretar descompasso com as transformações sociais. No entanto, eles fornecem, em contrapartida, uma impressão de certeza e segurança (FERRAZ Jr, 1993), os quais são indispensáveis para um sistema de garantias inerentes à intervenção penal.

representando o sistema jurídico “totalizante”.

³ Sobre o caráter simbólico do Direito penal, cf. BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do Direito Penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, ano 2, n. 05, 1994, e CASTANHEIRA, Beatriz Rizzo, Organizações criminosas no Direito Penal Brasileiro: o Estado de Prevenção e o Princípio da legalidade estrita, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, ano 6, n. 24.

Como assevera Pastor (2005), o saber penal requer uma sistemática plena que serve como obstáculo ao arbítrio estatal, e a codificação representa uma ordenação harmônica, racional e sistemática que permite regular e limitar o exercício do poder punitivo.

Com os microssistemas, nota-se uma tendência do legislador de criar novas figuras penais, num excesso de incriminação, que, por si só, gera inúmeros inconvenientes. O incremento do número de crimes em legislação esparsa representa uma clara opção do legislador de utilizar o Direito Penal, e sua carga simbólica, como meio de prevenção geral positiva no combate a violação de determinados bens jurídicos, embora, do ponto de vista instrumental, essas normas tenham pouca



ou nenhuma eficácia. Adverte Silva Sanchez (1999) que a expansão do Direito Penal se apresenta como um produto perverso do aparato estatal, que busca na legislação penal um permanente recurso para a aparente solução fácil dos problemas sociais, deixando ao plano simbólico o que deveria ser resolvido ao nível instrumental.

Assim, a incriminação via microssistema muitas vezes representa uma satisfação ou resposta do Estado ao grupo de interesses que tiram proveito da elaboração do microssistema, para demonstrar supostamente o “grau de preocupação” do Estado com aquele segmento da realidade. Essa violação, todavia, não costuma tratar de uma real ofensa a um bem jurídico, ou mesmo de uma medida necessária, que corresponda à *ultima ratio* de intervenção estatal.

A sanção penal contida nos microssistemas serve para reafirmar uma espécie de compromisso do Estado com o grupo interessado na lei, para ressaltar e reafirmar a confiança institucional no sistema por intermédio da lei, numa visão que parece atender o funcionalismo-sistêmico de Jakobs (2000).

Assim, atribui-se, com a incriminação, uma maior importância – também simbólica – ao microssistema (causada pela falsa impressão de que apenas a lei que contém tipos penais atende aos interesses do grupo), função esta destinada não à coletividade, mas sim ao segmento restrito de interessados na criminalização, e ocasionalmente às redes sociais e à mídia, que apenas confirma o espetáculo que representa a lei via microssistema.

Percebe-se, sem dúvida, que o surgimento de novos microssistemas jurídicos, com o consequente aumento de bens jurídicos tuteláveis, faz surgir, ao lado de um Direito Penal clássico ou primário, contido no Código Penal, um Direito penal secundário ou extravagante, que não cuida das mais graves violações a bens jurídicos de toda a coletividade. No direito do microssistema, a ofensa à coletividade se dá de forma mediata e reflexa, pela ofensa àquela categoria que demanda proteção estatal.

Criminalizam-se algumas condutas, equiparam-se outras a crimes já previstos no Código Penal, criam-se novos paradigmas para tipicidade, causalidade, antijuridicidade, culpabilidade e critérios de aplicação da pena. Como salienta Bittencourt (1995), substitui-se o perigo pelo dano; risco em vez de ofensa efetiva a um bem jurídico; abstrato em vez de concreto; tipo aberto em vez de fechado; bem jurídico coletivo em vez de individual, tudo isso como se este “novo” Direito Penal pudesse afastar-se dos princípios do Direito Penal Codificado.

O problema, como sustenta Sales (2004, p.142), é que numa época de “democracias de opinião”, que refletem a crise da democracia representativa, há um inegável incremento da legislação



extracódigo, sem que isso corresponda a reais necessidades de tutela penal, acarretando: a) ausência de critérios para criminalização; b) ineficiente técnica de legislação penal; c) ausência de política criminal tendente a diminuir a legislação *extra codicem*; d) derrogação da tábua de princípios contidos na parte geral do Código Penal.

Isso provoca um esvaziamento das originárias funções dos Códigos Penais, que na sua gênese ofereciam, por intermédio de sua estrutura fechada, a unidade lógica, quase física, do princípio da legalidade e de todo um sistema de garantias que visa impedir o exercício do arbítrio estatal.

Soma-se, à inegável pressão para o incremento da intervenção penal, a proliferação de tratados internacionais que possuem mandados expressos de criminalização, em face das formas cada vez mais sofisticadas de criminalidade que ultrapassam as fronteiras nacionais, tudo isso contribui para que leis especiais surjam e venham a inserir-se na ordem jurídica à margem do direito codificado. As regras previstas nos tratados amiúde entram em choque com os princípios e garantias de um Direito Penal codificado⁴.

Há, com a expansão, dificuldades em harmonizar, de forma unitária e ordenada, o subsistema jurídico-penal, pelo fato dos tipos ficarem espargidos em inúmeras legislações, como verdadeiras “ilhas” penais cercadas de normas que nada têm a ver com o Direito Penal.

É fenômeno recorrente: os dispositivos penais contidos nos microssistemas jurídicos são marcados pelo casuísmo, pela quebra da unidade e da ordenação que asseguram o caráter sistemático ao subsistema jurídico-penal. Surge a malfadada heterogeneidade legal (assuntos díspares numa só lei) e o chamado paralelismo legal (vários crimes cuidando da mesma matéria, fazendo surgir um concurso aparente de normas).

A falta de apuro técnico e de noção sistemática acarreta inúmeras dificuldades interpretativas, resvalando em inconstitucionalidades, antinomias, concursos de crimes e de normas cuja resolução requer, amiúde, malabarismos hermenêuticos para compatibilizar os inúmeros tipos penais com os princípios e regras gerais do Código Penal, bem como adequá-los aos tipos penais similares preexistentes no ordenamento jurídico. Esta falta de apuro redundando na superposição de tipos penais e na indefinição do alcance e da extensão dos bens jurídicos tutelados pela norma penal incriminadora. A falta desse juízo sistemático prévio é responsável por grande parte da confusão legislativa que é marca característica da contemporaneidade.

5 A NECESSIDADE DE CODIFICAÇÃO PENAL.

O cenário, portanto, tende à descodificação do Direito Penal e o incremento de legislação



especial via microssistema. Nesse contexto, é possível ainda falar em necessidade de um Direito Penal codificado? E, sendo a resposta positiva, resta saber qual a função de um Código Penal num cenário de proliferação legislativa.

⁴ Um dos exemplos é a Convenção de Palermo sobre o Crime Organizado, de 2000, integrada ao ordenamento Jurídico pelo Decreto n. 5.015, de 12 de março de 2004

A questão sobre a função de um Código Penal remete a uma séria questão de ordem hermenêutica: de um lado, há princípios penais fundamentais, que orientam e limitam o poder punitivo e têm a pretensão de conferir unidade ao ordenamento punitivo; do outro, há princípios próprios dos microssistemas, destinados a tutelar e proteger aquele conjunto de interesses setoriais.

A interdisciplinaridade e a multidisciplinaridade dos microssistemas jurídicos fazem com que eles sejam regidos por princípios próprios e institutos autônomos, adotando uma escala de valores próprias de um estatuto de grupos. Nessa escala de valores, o que se protege, por intermédio da lei, são os interesses setoriais.

O Direito Penal, por sua vez, é instrumento destinado a limitar e regular o exercício do poder punitivo. Destinado ao cidadão comum, indiferenciado, possui na sua origem e na sua razão de ser assegurar direitos fundamentais negativos, oponíveis ao Estado. A pessoa protegida pelo Direito Penal, com frequência, é o infrator, é o sujeito ativo do delito previsto no microssistema. Os crimes, penas e demais normas penais previstas num microssistema seguem, amiúde, o padrão valorativo e principiológico do diploma legal em que estão contidos (MELLO, 2004). Neste contexto, qual a relação destas normas com os princípios do Direito Penal codificado? Como ordenar e compatibilizar os princípios penais com o dos microssistemas, de modo que as normas penais ali contidas possam reconduzir-se aos princípios fundamentais da ordem jurídica, de acordo com sua orientação teleológica e axiológica?

Este problema é evidente, pois num microssistema jurídico os setores protegidos pelos seus estatutos são as potenciais vítimas, seja no plano individual quanto coletivo. Por outro lado, o Direito Penal (aí incluído o Direito Processual Penal) possui, entre as suas missões, o dever de assegurar direitos fundamentais em relação ao autor do delito, impedindo que o Estado faça intromissões sem respeitar as formalidades e os princípios inerentes à intervenção punitiva.



Assim, as normas de natureza penal inseridas nos microssistemas, ao tempo em que estão inseridas num estatuto que contempla os princípios e valores próprios do setor tutelado pelo microssistema, também deve observar os princípios penais fundamentais.

Ocorre que essa dicotomia entre princípios dificulta a compreensão do Direito Criminal como um todo. Como enfatiza Zacharias Toron (1995), o "cipoal" de normas penais, umas sobrepondo-se a outras no tempo, propicia uma verdadeira babel não apenas entre os cidadãos comuns, mas também entre os operadores do Direito (juízes, promotores, advogados, delegados de polícia, professores, etc.), deixando clara a ausência de uma política criminal cientificamente pensada.

A racionalidade da lei, que Hobbes contrapunha ao Juízo prudente e à sabedoria do magistrado, vai cedendo espaço em face da dissolução do Direito Codificado (FERRAJOLI, 2002), e uma ampliação do espaço criativo e discricionário do Direito pelo magistrado, aumentando-se a discricionariedade judicial ao arrepio do princípio da legalidade.

Diante desse cenário, qual a justificativa político-criminal para a manutenção do Código Penal como instrumento legislativo para concentrar as ilicitudes penais, sendo que a tendência inegável é de expansão por intermédio de microssistemas? Sales (2004) adverte que cada vez menos a doutrina penal é ouvida, e a elaboração da legislação penal faz *tabula rasa* das construções científico-doutrinárias. Esta falta de diálogo ocorre, inclusive, em países nos quais a proximidade entre legislação e doutrina já foi maior, como na Alemanha e na Itália, a ponto de, em 1999, ter sido realizado na Alemanha, um congresso denominado “*legislação penal sem ciência penal*”⁵? Neste sentido, retoma-se a discussão sobre a necessidade de recodificação do Direito Penal. Para Pastor, não se trata de uma opção, mas de uma obrigação do legislador penal imposta pelo Direito Constitucional (PASTOR, 2005).

No mesmo sentido é o entendimento de Ferrajoli (2002), em atenção ao princípio da estrita legalidade, o princípio de reserva de lei deve ser substituído pelo princípio de reserva de código.

⁵ *Gesetzgebung ohne Strafrechtswissenschaft*, realizado em Halle, em maio de 1999.

Sustenta o referido autor que há uma necessidade de recodificação contra os abusos decorrentes da legislação especial e excepcional.

De acordo com esta linha de entendimento, seriam impostas uma série de restrições e proibições ao incremento de legislação fora do Código Penal, de modo que todos os delitos e todas as penas deveriam ser reconduzidas ao código, de modo que toda inclusão de novo delito deveria ser feita mediante a alteração do próprio Código Penal. Esta ideia recodificadora, para Pastor (2005),



densifica em subprincípios, como 1) o da exclusividade de código; 2) o *numerus clausus* de delitos; 3) Concentração da reforma; 4) quórum qualificado;

Pelo subprincípio de exclusividade de código, toda a matéria relativa ao poder punitivo (parte geral, parte especial, execução, processo penal e organização judiciária) estaria contida num corpo legislativo único (PASTOR, 2005). Pelo subprincípio do do *numerus clausus* de delitos, o processo legislativo deve fechar as portas não somente para a descodificação pela legislação extracódigo, mas também pela expansão intracódigo. No aspecto, defende Pastor (2005) que se deve fixar um número máximo de delitos, que não seja superado no futuro. Pela concentração da reforma, todo o Código somente poderia ser modificado uma vez por ano, por intermédio de uma lei geral de reforma, por intermédio de uma maioria qualificada no âmbito legislativo.

Observando-se este entendimento, percebe-se a defesa de uma maior rigidez no cumprimento de garantias por intermédio da codificação. No entanto, soluções desta natureza, por mais ideais que sejam, parecem ser difíceis de serem adotadas *de lege ferenda*. Restringir a legislação penal ao corpo físico do código, embora recomendável, parece ser incompatível com a tendência criminalizadora dos microssistemas, sobretudo em face do caráter simbólico do Direito penal, tomado de empréstimo pela legislação do microssistema.

Não se pode, porém, tencionar que os crimes previstos nos microssistemas possam ser inspiradas apenas pelo caráter simbólico do Direito Penal, deixando-se de lado seus princípios fundamentais. Se os microssistemas utilizam-se da função simbólica do Direito Penal, os crimes ali previstos devem, por conseguinte, inserir-se harmonicamente no subsistema jurídico-penal, e, por consequência, subordinar-se a seus princípios fundamentais. Contraria qualquer ordenação sistemática o fato de uma determinada norma fazer parte de um subsistema jurídico e ser ordenada pelos princípios de outro, até porque o Direito Penal, como visto, não é constitutivo, ele apenas apropria-se da ilicitude dos outros ramos do Direito, reforçando, por meio da pena, uma sanção cominada por outra área jurídica (MARQUES, 1964).

Assim, o Código Penal deve continuar sendo o corpo legislativo que reúne os interesses fundamentais que torna possível um modelo de comunicação de mensagem normativa centrada no próprio catálogo de bens fundamentais que ele é chamado a proteger (GOMES, 2012). Por isso mesmo, ainda que existam crimes previstos em microssistemas jurídicos, é imperiosa a observância dos princípios fundamentais do Direito Penal previstos na parte geral do Código, de modo que os crimes previstos na legislação penal extravagante se tornem uma extensão da parte especial do Código Penal, ainda que situados topograficamente fora do Código.



Deste modo, na linha do que sugere Sales (2004), ainda que se reconheça a necessidade da manutenção do binário Código-legislação complementar, deve ser rechaçado um modelo policêntrico, em que se mantém uma pluralidade de subsistemas autônomos, pois isto representaria uma fragmentação do Direito Penal em partes isoladas.

Com efeito, as características essenciais de um sistema são a unidade e ordenação. Para que se observem as garantias inerentes à legalidade e à segurança jurídica, bem como a harmonia do sistema evitando antinomias e violações à proporcionalidade, a estrutura e os princípios da Parte Geral do Código devem prevalecer sobre princípios de qualquer microssistema.

As leis especiais têm autonomia para cuidar das situações especiais e particulares, mas sem transgredir dos princípios fundamentais presentes no direito codificado. Os princípios penais não podem ser derogados por leis especiais que venham a atender interesses de ocasião, porque os princípios, como salienta Karl Larenz (1989), tem a função de justificar as decisões de valor que vêm subjacentes às normas, subordinando-as e unificando-as, excluindo as incongruências valorativas, contribuindo para a interpretação e para o desenvolvimento do direito imanente e transcendente à lei.

Portanto, se princípios como responsabilidade subjetiva, proporcionalidade, taxatividade, intranscendência, culpabilidade, dentre outros, são informadores do conteúdo de qualquer norma jurídico-penal, evidente que não pode uma Lei Especial, sob o fundamento do art. 12 do Código Penal, dispor de modo diverso sobre tais princípios. Admitir a eficácia de normas antinômicas com qualquer princípio de um sistema jurídico, significa admitir a erosão do próprio sistema, que perde sua eficácia, aniquila os efeitos da prevenção geral, macula o garantismo e a segurança jurídica, faz o Direito Penal perder os valores e o liame a partir do qual foi construído séculos.

6 CONCLUSÕES

A tendência de descodificação parece fenômeno inexorável no direito. A cada dia surgem novas leis, novos estatutos, novas soluções legislativas que atendem a uma lógica e setor, que contribuem para a erosão do código, que iguala – ainda que artificialmente, todos através de um conceito básico e formal de cidadão.

Com a descodificação, surgem os microssistemas jurídicos, com seus princípios autônomos em relação ao direito codificado e seus institutos peculiares, com a celebração da diferença, típica de uma lógica de setor.

No entanto, os microssistemas contêm dispositivos de natureza penal, num sinal de imediatismo e



casuísmo, emergentes de um sistema desnorteado, sem eixo e cada vez mais fragmentado em um sem-número de tipos penais previstos em um não menor número de leis especiais. Isso contribui para a erosão da unidade e ordenação do subsistema jurídico-penal.

Portanto, permanece imperiosa a necessidade de prevalência dos princípios penais constitucionais densificados no Código Penal. O código não é mero repositório de regras gerais, mas de princípios fundamentais, que caracterizam e limitam a intervenção penal, que não pode ser utilizada simbolicamente a partir de preceitos de microssistemas.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Fábio Siebeneichler. *Da Codificação – Crônica de um conceito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997

BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do Direito Penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, ano 2, n. 05, 1994.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. Princípios garantistas e a delinquência do colarinho branco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, ano 3, n. 11, 1995.

CASTANHEIRA, Beatriz Rizzo, Organizações criminosas no Direito Penal Brasileiro: o Estado de Prevenção e o Princípio da legalidade estrita, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, ano 6, n. 24.

FERRAJOLI, Luigi, *Crisi dela legalitá e diritto penale mínimo*, in *Diritto Penale Minimo*, a Cura de Umberto e Giovanni Palombarini, Roma, Donzelli, 2002.

FERRAZ JR. Tércio Sampaio, *Introdução ao estudo do Direito – técnica, decisão, dominação*, São Paulo: Atlas, 1988.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães, *Bases para uma teoria da parte especial do Direito penal*. São Paulo: 2012.

IRTI, Natalino, *La edad de la descodificación*, Trad. para espanhol de Luis Rojo Ajuria, Barcelona, José Maria Bosch Editor S.A, 1992.



- JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, 2ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos de Direito Privado*. Trad. Vera Maria Jacob de Fradera, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.
- MARQUES, José Frederico, *Tratado de Direito Penal*, 2. Ed., São Paulo: Saraiva, 1964., v. 1.
- MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque, *Direito Penal: Sistemas, Códigos e Microsistemas*. Curitiba: Ed. Juruá, 2004.
- PASTOR, Daniel R., *Recodificación penal y principio de reserva de código*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005.
- SALES, Sheila Jorge Selim de, Parte especial do código e parte especial do direito penal: o problema da legislação complementar. Descodificação e recodificação. Critérios para a recodificação: novas tendências. *Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira de Ciências Penais*, v. 1, n. 1, p. 134-170, jul./dez. 2004., São Paulo, RT, 2004.
- SANCHEZ, Jesús-María Silva, *A expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SAVIGNY, Friedrich Karl von. *System of the modern Roman law*, Tradução para inglês de William Holloway, Hardcover, 1979.
- TAYLOR, Charles. *Multiculturalismo y la "política de reconocimiento"*. Madrid: Fondo de Cultura Económica de España, 1993.
- TORON, Alberto Zacharias, Aspectos penais da proteção ao consumidor. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, ano 3, n. 11, 1995.
- ZWEIG, Stefan, *El mundo de ayer. Memorias de un europeo*, Barcelona, ed. El Adelantado, 2002.