

A CODIFICAÇÃO E A INTERPRETAÇÃO DO ART. 12 DO CÓDIGO PENAL COMO LIMITE À EROSIÃO SISTEMÁTICA DO ORDENAMENTO JURÍDICO-PENAL

*THE CODING AND INTERPRETATION OF ART. 12 OF THE CRIMINAL CODE AS A LIMIT
TO THE SYSTEMATIC EROSION OF THE CRIMINAL LEGAL ORDINANCE*

Sebastião Borges de Albuquerque Mello

Mestre e doutor em Direito, pela UFBA. Professor da Graduação, Mestrado e Doutorado da UFBA. Advogado-Sócio do Escritório Sebastião Mello, Marambaia e Lins Advogados Associados. Titular da Cadeira nº 18 da Academia de Letras Jurídicas da Bahia. Aperfeiçoamento em Ciências Criminais e Dogmática Penal Alemã, pela Georg-August Universität Göttingen, GAUG – Alemanha.

RESUMO

O presente artigo, em singela homenagem a René Ariel Dotti, visa destacar a expansão do Direito Penal brasileiro, principalmente no que diz respeito às leis extravagantes, sobretudo aos microsistemas jurídicos, que costumam, no processo hermenêutico, se distanciar dos princípios penais contidos no Código Penal. Desse modo, analisa-se a necessidade de unidade sistemática da legislação penal, a partir dos princípios penais codificados e da interpretação do art. 12 do Código Penal na hermenêutica das normas contidas nos microsistemas jurídicos, partindo do pressuposto de que os princípios penais contidos no Código Penal ocupam um lugar de destaque no ordenamento. Para tanto, é aplicado ao trabalho o método hipotético-dedutivo, o qual é guiado pela análise teórica.

PALAVRAS-CHAVE: Leis Extravagantes. Microsistemas Jurídicos. Hermenêutica.

ABSTRACT

This article, in a simple homage to René Ariel Dotti, aims to highlight the expansion of Brazilian Criminal Law, especially with regard to extravagant laws and, above all, legal microsystems, which tend, in the hermeneutic process, to distance themselves from the criminal principles contained in the Criminal Code. Hence, the need for a systematic unity of criminal legislation is analyzed, based on the codified criminal principles and the interpretation of art. 12 of the Penal Code in the hermeneutics of the norms contained in the legal microsystems, assuming that the penal principles contained in the Penal Code occupy a prominent place in the legal system. Thus, in this work is applied the hypothetical-deductive method, which is guided by theoretical analysis.

KEYWORDS: Extravagant Laws. Legal Microsystems. Hermeneutics.

I INTRODUÇÃO

Em 1999, René Ariel Dotti, no artigo denominado “*Proposta para uma nova Consolidação das Leis Penais*”, acentuou que a legislação penal em matéria criminal já alcançava um número expressivo de 109 diplomas em matéria penal, sendo 91 leis, 17 decretos-lei e 1 decreto. Esta inflação legislativa acarretava, nas suas palavras, uma verdadeira “*massificação da responsabilidade criminal e a erosão do sistema positivo*”.

Atualmente, passados mais de um quindênio do século XXI, a realidade não se modifica. O Direito Penal contemporâneo continua com sua tendência de expansão, com a ampliação de tipos penais previstos em legislações extra código. É inegável 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. Essas leis especiais criam novas figuras incriminadoras, redimensionando ou tutelando situações até então não previstas na parte especial do Código Penal.

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. Esse fenômeno pode representar um problema no que tange à eficácia e à legitimidade das próprias normas penais incriminadoras.

Trata-se de um problema, pois as novas legislações não se limitam a estabelecer novos tipos penais. Com as novas tipificações, surgem novos bens jurídicos, novos critérios de imputação, novos métodos de responsabilidade. Mesmo sem alteração da parte geral do Código Penal, as legislações extra código fazem com que cada vez mais: a) a tipicidade cerrada abra espaço à tipicidade aberta; o dano seja paulatinamente substituído pelo perigo e amiúde perigo abstrato ou presumido; c) a culpabilidade vai sendo relativizada a partir de critérios mais elásticos de responsabilidade; d) a ofensa ao bem jurídico substituída pela mera infração de um dever.

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.

As lições de René Ariel Dotti sobre o tema continuam sendo imprescindíveis. Suas ideias de revisão da Parte Geral e Especial do Código Penal, bem como sua proposta

de consolidação das leis penais, defendidas não somente no artigo acima referido, mas também na XVII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, realizada em agosto de 1999, vêm demonstrar sua preocupação com a unidade e ordenação imprescindíveis para a sobrevivência de uma ordem jurídico-penal adequada às exigências de um Estado Democrático de Direito.

Assim, este artigo representa uma homenagem a René Ariel Dotti, na qual se objetiva analisar a necessidade de unidade sistemática da legislação penal, a partir dos princípios penais codificados e da interpretação do art. 12 do Código Penal na hermenêutica das normas contidas nos microsistemas jurídicos, partindo do pressuposto de 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 DESCODIFICAÇÃO E A IDEIA DE CÓDIGOS COMO “FOSSILIZAÇÃO DO DIREITO”

Crítica-se a codificação pelo seu caráter estático. Por se tratar 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. Essa tendência naturalmente “engessadora” dos Códigos faz com que estes não consigam acompanhar as cada vez mais frequentes mudanças no tecido social.

A era da certeza, o mundo da segurança (ZWEIG, 2002) e 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, de novos Direitos e de novos paradigmas fez 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 das 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 centrífuga que retira conteúdo dos códigos se intensifica à medida 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), haja vista 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 dessas 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 por um modelo codificado, mas sim por diversas leis especiais, assim chamadas porque nascem de interesses alheios àqueles generalizantes próprios de um código. São os chamados microssistemas, com estatutos de grupos. Pondera Natalino Irti (1992, p. 133): “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 indivíduo que faz parte de diversos setores de estratificação social e procura proteger-se pela criação de regramentos que visam proteger seus interesses (MELLO, 2004).

Silva Sanchez (2002) identifica um fenômeno pelo qual alguns 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 encontrados nas leis não seguem mais a cartilha dos estamentos burguês-conservadores, passando a ser divididos entre associações ecologistas, feministas, ONGs, 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 por “a lei tem força de contrato entre as partes” (LORENZETTI, 1998, p. 69).

O Direito legislado passa a ter um 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

Com a descodificação surgem microsistemas e subsistemas jurídicos. Um subsistema pode ser conceituado como o diploma legal que desenvolve e particulariza os princípios do código¹, 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 mais 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.

Como pondera Dotti (1999, P.63), os microsistemas criam núcleos com identidades próprias, em que se identifica um tipo de bem jurídico, alguns tipos de destinatários protegidos (criança e adolescente, consumidor, a mulher trabalhadora, a previdência social etc.) e alguns tipos de acusados (motorista, empresário, banqueiro, traficante).

Paulatinamente, as leis extra código celebram a diferença, em vez da igualdade. Os novos diplomas possuem conteúdo específico, destinatários específicos e até mesmo 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

1 O código, por sua vez, representa um subsistema em relação ao Direito Constitucional – este sim atualmente representando o sistema jurídico “totalizante”.

código, de tal forma que elas deixam de ser especiais para se tornarem excepcionais, o que vai permitir a formação dos microsistemas jurídicos.

Assim, os microsistemas jurídicos possuem como característica, para além do fato de serem uma legislação extra código: 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 (MELLO, 2004, p. 68).

Os microsistemas 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 de os microsistemas jurídicos absorverem, transformarem e sintetizarem, 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 microsistema.

Nesse sentido, os microsistemas são utilizados como instrumentos para assegurar direitos fundamentais, até mesmo o de reconhecimento das diferenças entre as pessoas e entre os grupos. Isso 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 Direito, busca-se a identidade única de um indivíduo ou de um grupo, em face de uma política de diferenças (TAYLOR, 1993).

4 A PERDA DA UNIDADE SISTEMÁTICA DO DIREITO PENAL

Uma das partes relevantes do texto de um microsistema é o capítulo referente aos crimes e às penas. Esses 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, mediante 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 sistemático próprio, o microsistema 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 têm função meramente simbólica², como se a instituição de crimes e penas lhe conferisse uma importância diferenciada.

2 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*

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 de segurança (FERRAZ Jr, 1993), os quais são indispensáveis para um sistema de garantias inerentes à intervenção penal.

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 de o legislador 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 de o legislador utilizar o Direito Penal, e sua carga simbólica, como meio de prevenção geral positiva no combate à 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 instrumentalmente.

Assim, a incriminação via microssistema muitas vezes representa 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 ao 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

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.

às redes sociais e à mídia, que apenas confirma o espetáculo que representa a lei via microsistema.

Percebe-se, sem dúvida, que o surgimento de novos microsistemas 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 microsistema, a ofensa à coletividade se dá de forma mediata e reflexa, pela ofensa àquela categoria que demanda proteção estatal.

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 extra código, 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 codificado³.

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

São fenômenos recorrentes: Os dispositivos penais contidos nos microsistemas jurídicos 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).

3 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 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. Essa falta de apuro redundava 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 E A HERMENÊUTICA DO ART. 12

Diante de um cenário de descodificação do Direito Penal e o incremento de legislação especial via microssistema, como manter a unidade do sistema jurídico-penal? 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 próprios 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 se 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). Nesse contexto, qual a relação dessas normas com os princípios do Direito Penal codificado? Como ordenar e compatibilizar os princípios penais com os 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?

Esse problema é evidente, pois num microssistema jurídico os setores protegidos pelos seus estatutos são as potenciais vítimas, seja no plano individual ou coletivo. De outro modo, 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 que estão inseridas num estatuto que contempla os princípios e valores próprios

do setor tutelado pelo microsistema, também devem 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.

Por isso, autores como Pastor (2005) e Ferrajoli (2002) mencionam que há, para além de um princípio de reserva de lei, um princípio de reserva de código, que não se trata de uma opção, mas de uma obrigação do legislador penal imposta pelo Direito Constitucional (PASTOR, 2005).

Há, contudo, certa dificuldade em se reconduzir toda legislação extravagante ao interior do código. De outra forma, a legislação extravagante amiúde parece vincular-se aos princípios do microsistema, e não ao direito penal codificado. Assim, como pondera Dotti (1999, p.67), surge a imperiosa necessidade de introduzir, no artigo 12 do Código Penal, um parágrafo único que sirva de limitação à lei extravagante, como uma verdadeira "cláusula pétrea", evitando contrastes que comprometem não só a harmonia do sistema como as inconstitucionalidades das leis.

Na época, Davi Teixeira de Azevedo (2000) criticou a referida sugestão, sob o fundamento de que seu conteúdo representaria uma inaceitável limitação ao poder de legislar em face da soberania popular, e que ditas limitações só poderiam ser feitas por intermédio do legislador constitucional, e não por mera lei ordinária, e porque haveria um "congelamento" da dogmática penal.

No aspecto, há de se ponderar que, mesmo não havendo a sobredita alteração, ainda sim a interpretação do art. 12 pode dar ensejo à impossibilidade de derrogação de princípios por intermédio de leis especiais. No que tange à impossibilidade de o código (lei ordinária) dispor sobre o conteúdo futuro das leis especiais, vale ressaltar que o Código Penal não é uma lei qualquer, ele é o repositório dos princípios e regras gerais de um subsistema jurídico, possuindo uma função hermenêutica fundamental.

O Código, por conter os princípios caracterizadores do subsistema constitucional que representa, tem precedência axiológica, teleológica e mesmo lógica sobre o conteúdo da parte penal dos microsistemas. É o conteúdo da parte geral do Código Penal – concretização dos princípios penais fundamentais, conceitos fundamentais do subsistema jurídico-penal – que informa, dentro do sistema jurídico, as características essenciais e diferenciadoras do subsistema penal. E quando o legislador estabelece os limites ao próprio legislador por intermédio da inserção de 'cláusulas pétreas' na codificação penal, reflete, no plano formal, a prevalência hierárquica da parte geral

do código sobre a legislação extravagante, e, no plano material, densifica os princípios fundamentais de um Direito Penal adequado a um Estado Democrático de Direito.

Não se pode tachar de inconstitucional a imposição – mesmo que por intermédio de uma lei infraconstitucional – de limites ao poder normativo do Estado, quando se trata de preservar direitos e garantias fundamentais do indivíduo. Esse limite já existe, no momento em que não pode o microsistema dispor livremente dos princípios de Direito Penal, cuja gravidade de intervenção faz com que ele tenha íntima relação com a Constituição, e, por consequência, com o respectivo modelo de Estado e com os princípios fundamentais informadores da ordem jurídica. Disso resulta a importância do Código Penal como primeiro passo das concretizações dos princípios e garantias de um Estado Democrático de Direito.

Inconstitucional seria a regra que, em desacordo com os princípios penais codificados, pudesse, ao talante do interesse de ocasião, definir, de modo tópico, casuístico, quais os elementos do crime, quais as formas de participação punível e a natureza das penas, pois essas modificações servem, sem dúvida, apenas para o incremento de um Direito Penal assistemático, incondicionado e ilimitado, caracterizado por sua excessiva severidade.

Nessa ordem, entendemos que, em face das inúmeras tentativas de se proscrever garantias fundamentais de Direito Penal por intermédio de uma hermenêutica contrária aos princípios constitucionais, a limitação sugerida por Dotti ao conteúdo do art. 12 do Código Penal é positiva, pois benéfica e assecuratória de direitos e garantias fundamentais. Segundo essa linha de raciocínio, entendemos que a lei ordinária, quando estabelece uma cláusula pétrea no sentido de assegurar mais limites e garantias ao indivíduo, contra o poder punitivo do Estado, não há de ser tachada de inconstitucional, porque densifica positivamente o conteúdo dos princípios fundamentais de um Estado de Direito.

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 microsistemas 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.

Desse 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 isso representaria uma fragmentação do Direito Penal em partes isoladas. E o art. 12 do Código Penal é um importante catalisador dessa unidade.

Com efeito, as características essenciais de um sistema são a unidade e a 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 microsistema.

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 por meio de um conceito básico e formal de cidadão.

Com a descodificação, surgem os microsistemas 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 microsistemas contêm dispositivos de natureza penal, num sinal de imediatismo e casuismo, emergentes de um sistema desnordeado, 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 à 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 microsistemas.

REFERÊNCIAS

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

AZEVEDO, Davi Teixeira, Contribuição para reflexão sobre o Anteprojeto de Lei formulado pela comissão nomeada pelo Senhor Ministro da Justiça José Carlos Dias para diagnóstico do Sistema Penal Brasileiro e reformulação da Parte Geral do Código Penal, **Jornal do IBCCrim**, jun. 2000

BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do Direito Penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico, **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, 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.

DOTTI, René Ariel, Proposta para uma nova Consolidação das Leis Penais, in: Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, n.32, 1999, p.61-87.

FERRAJOLI, Luigi, **Crisi dela legalità e diritto penale mínimo**, in *Diritto Penale Mínimo*, 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.

Recebido em: 20/08/2021

Aprovado em: 07/09/2021