

Reserva do código: a melhor solução?

Regina Lordêllo

Discente de Direito da Faculdade de
Direito da Universidade Federal da Bahia.
Integrante do Laboratório de Ciências
Criminais do Instituto Brasileiro de
Ciências Criminais.

E-mail: reginamlordello@gmail.com

Resumo: A partir da constatação da proliferação de leis extravagantes e de microssistemas jurídico-penais (inclusive no Brasil), o presente artigo apresenta o princípio da reserva do código, solução dada à questão na Itália. Com uma breve introdução quanto aos motivos que ensejaram tal inflação legislativa e um sintético enfoque em relação aos microssistemas, o cerne do trabalho está na descrição e na análise minuciosa do paradigma italiano naquilo que concerne o referido princípio e suas consequências para o ordenamento jurídico daquele País. Ademais, pretende-se provocar uma reflexão a respeito da política criminal.

Palavras-chave: Reserva do código em matéria penal. Microssistemas jurídico-penais. Inflação legislativa. Itália.

Abstract: Starting with the verification of the proliferation of uncodified special legislation and criminal microsystems (including in Brazil), this article presents the principle of supremacy of the criminal code, the solution found in Italy. With a brief introduction regarding the reasons that led to that expanded law-making and a synthetic focus in relation to microsystems, the core of this work is in the description and detailed analysis of the Italian paradigm concerning the referred principle and its consequences to the legal system of that country. Furthermore, it's intended to arouse some reflection in regard to criminal policy.

Keywords: Supremacy of the criminal code. Criminal microsystems. Expanded law-making. Italy.

Sumário: 1. Introdução. 2. As codificações e leis penais e a História. 3. Um pouco sobre os microssistemas. 4. A Itália e seu *principio della riserva di codice*: novo paradigma? 5. Conclusão. 6. Referências.

1. Introdução

Jean Paul Marat (1760), já nos idos de 1760, criticava o que é hoje conhecido como inflação penal, percebendo que a superposição de textos penais acabava deformando a estrutura do Direito Penal devido à ruptura com a legalidade codificada. Assim, gerar-se-ia perda de eficácia do Direito e descrédito social em relação à legislação, acumulada de maneira desnecessária.

Faz, também, o Professor Salo de Carvalho (2000) referência, nesse aspecto, à necessidade do conhecimento das leis pelo povo e das sanções que lhe podem ser impostas em caso de violação ao imperativo normativo, tal qual o faz Beccaria (2017), em sua obra “Dos delitos e das penas”: considera o insigne autor que o saber das eventuais penas que poderiam ser impostas ao cidadão que infligisse a norma afastaria a conduta delitiva.

Parece ter sido nesse sentido a ampliação da discussão quanto aos microssistemas e às soluções que poderiam ser dadas. Nessa senda, surgiu o debate relacionado ao princípio da reserva do código em matéria penal, com posições diversas e experiências internacionais, que propiciaram (e propiciam) um olhar mais claro e crítico sobre o tema.

2. As codificações e leis penais e a História

Antes de mais nada, é de fundamental importância destacar o percurso que ensejou a atual proliferação de legislação extravagante e de microssistemas – veremos um pouco sobre eles na sequência – e voltou os olhares do Legislativo a essa problemática, sobretudo quanto à solução do que já está posto.

Para o Professor Sebastián Mello (2004), houve uma crise no sistema de Códigos, nas codificações, que levou a uma necessidade de regulação(ões) em leis especiais para tratar de novas situações concretas, incapazes, supostamente, de serem abrangidas pelos já existentes Códigos, mesmo considerando o propósito totalizador que os caracteriza. Essa tendência remonta ao modelo liberal, que consolidou uma atuação de política criminal em direção à hiperinflação legislativa patológica, gerando desproporção entre os tipos penais constantes no ordenamento, desarmonia entre normas e garantias penais fundamentais, bem como cominação desordenada e excessiva de penas nos diversos diplomas componentes dos microssistemas. Com isso, a inclinação é para a profusão de crimes em vez do combate efetivo à criminalidade e de uma política criminal mais bem elaborada.

A partir do século XIX, o Direito Penal desenvolveu uma concepção legalista, pautada no princípio da legalidade, fundando-se em uma série de garantias e princípios constitucionais. Dessa forma, novos bens jurídicos a serem tutelados surgem, trazendo consigo o modelo de Código ao Direito Penal, tornando-o capaz de, previamente, tipificar crimes e cominar-lhes sanções (a pena mostrou-se a mais intensa e drástica intervenção estatal contra a liberdade do cidadão, importando a tutela dos bens jurídicos mais importantes, cuja proteção é insuficiente ou inefetiva por outros ramos do Direito, conforme entende Nelson Hungria acerca do caráter subsidiário do Direito Penal).

Também a constitucionalização do Direito Civil pós-II Guerra Mundial pode ser vista, talvez, como o principal fator de ensejo ao surgimento dos microssistemas jurídicos. A interferência constitucional gradativa nos domínios econômicos suplanta o caráter “constitucional” antes conferido às codificações

– mudança essa necessária aos fins do novo Estado do pós-II Guerra. O Código Civil deixa, pois, de ser o centro do universo jurídico.

A descodificação deve-se, em parte, também à crise dos tipos penais incriminadores clássicos, decorrente da crescente complexidade da sociedade contemporânea, com crescimento dos interesses dignos de tutela – como referido nos parágrafos anteriores, há uma expansão de bens jurídicos dignos de tutela penal.

Mas foi na Itália, a partir dos anos 50 e 60, que se iniciou a discussão quanto à reserva do código e à descodificação (quanto a este país, faremos uma abordagem mais detalhada a seguir). Nesse período, verificou-se, também, o começo da explosão da parte especial do código penal, com a progressiva dispersão de normas penais em leis especiais extra-código.

3. Um pouco sobre os microssistemas

As leis especiais constituintes dos microssistemas consideram as peculiaridades dos sujeitos e utilizam linguagem bastante técnica. Ademais, tendem a tolher a capacidade de os Códigos regularem novas situações, ficando eles mais propensos à regulamentação daquilo que não foi previsto pelas leis especiais ou excepcionais, as quais marcam a ruptura com os princípios do Código consagrado, de origem iluminista. O microssistema jurídico surge à medida que essas leis excepcionais adquirem outras características, como interdisciplinariedade e abrangência de destinatários restritos/específicos, possuindo regulação independente das codificações – além da imprecisão quanto aos ramos do Direito aos quais pertencem ou com os quais dialogam. Prevaecem, pois, seus institutos, regras e princípios próprios. Apesar de a recorrência ao Código passar a ser algo secundário, isso contribui para lhe conferir certa estabilidade.

O microsistema parte de um mínimo de abrangência para um máximo de compreensão. Tem limites e deve integrar-se harmonicamente ao “macrossistema” (ou seja, ao ordenamento jurídico). O Direito Penal diferencia-se do Civil na medida em que, enquanto disciplina do Direito Público, parte de abrangência mínima (o caráter subsidiário do Direito Penal).

Os microsistemas jurídicos compreendem interesses e direitos difusos (cujos titulares não podem ser determinados com clareza), sendo criados novos bens jurídicos ou se lhes dando tutela diferenciada, qual seja a tutela penal (obviamente, no caso do sistema penal).

Por isso, as bases do Direito Penal encontram-se em constante expansão, contribuindo, especialmente, os microsistemas, que trazem a incriminação de condutas (função, na realidade, bastante simbólica, como se os crimes e penas cominadas lhe conferissem importância destacada, ratificando a ordem posta), para esse alargamento. Se desvios sociais passam a ser tipificados sem se fazer atenção à concreta lesão ao bem jurídico, inúmeras condutas socialmente aceitas podem ser consideradas delitivas.

Os microsistemas jurídico-penais não se incluem na parte especial do Código, pois são, em sua maioria, releituras do já escrito nessa parte ou tipificações de condutas de acordo com métodos próprios a esse sistema (fontes interpretativas inúmeras na construção dos tipos de injusto e da cominação de sanções, alheias, muitas vezes, à sistemática do Código e do próprio sistema penal), não adaptados e diversos, portanto, daqueles adotados pelo Código – dever-se-ia, contudo, guardar uma relação de razoabilidade com este, de maneira a facilitar a própria criminalização primária, de competência do legislador. Ademais, passam mesmo a prevalecer sobre o Direito Penal codificado. Como descreve Hulsman, chegam a ser autopoiéticos, pois constroem uma realidade própria, altamente independente.

Garante-se, pois, uma hiperinflação legislativa, capaz de comprometer os sistemas penal e judiciário e a própria segurança jurídica, bem como há um

atentado contra o garantismo constitucional presente nos modernos Estados Democráticos de Direito.

As estruturas, sejam elas garantistas (Direito Penal mínimo, *ultima ratio*, fragmentário, subsidiário) ou inquisitoriais (Direito Penal maximizado), devem estar de acordo com os critérios de racionalidade legislativa (importa a proporcionalidade como critério a ser observado na elaboração da lei penal) e previsibilidade (consequência da legalidade e da taxatividade) da punição – ou, pelo menos, deveriam estar, mas o que se percebe é o distanciamento da *ratio* do processo legislativo, que parece ter-se tornado aleatório, irracional mesmo, sem ou com insuficientes critérios dogmáticos capazes de conformar o legislador no processo de criminalização, tendo-se aberto grande espaço discricionário em sua atuação, imediatista e casuísta (para “solucionar” – entenda-se, aqui, minimizar efeitos, pois não é a pura letra da lei que será capaz de resolver problemas cuja complexidade vai muito além dela, que está arraigada na sociedade, como “flores do mal” – conflitos de interesses travestidos de demandas sociais).

Entendendo contrariamente a Marat, o Professor Sebastián Mello (2004) pensa que a sanção penal prevista nos microssistemas serve, sobretudo, para ratificar a confiança institucional na ordem jurídica, sendo seu simbolismo mais prevalente do que a instrumentalidade dos crimes neles previstos. Há, pois, nítidas ineficiências social e jurídica dos microssistemas, em sinal de arbitrariedade e insegurança jurídica: de que serve o formalismo se é meramente simbólico, ineficaz?

4. A Itália e seu *principio della riserva di codice*: novo paradigma?

Faremos, agora, uma análise quanto à experiência internacional, especificamente aquela da Itália.

Na Itália, a maior parte das ofensas do ordenamento penal constava nas leis extravagantes, alargando, assim, a seara penal e criando uma enorme desproporção entre o que estava codificado e o que não estava (mais de 10000 tipos estavam descritos fora do Código, pondo em cheque a sua função – e, talvez, a sua necessidade).

Foi, também, contra essa excessiva proliferação de leis especiais e microssistemas jurídico-penais que entrou em vigor o “*principio della riserva di codice*” (princípio da reserva do código) na matéria penal a 01/03/2018, na Itália (que, também, sofre com a interpretação desencontrada dos microssistemas em relação ao Código Penal), a fim de melhorar com os conhecimentos dos preceitos e das sanções e, conseqüentemente, da efetividade da função reeducativa da pena, atuando mediante a reinserção, no interior do Código, de todos os crimes tipificados pelas disposições de lei já em vigor: “*nuove disposizioni che prevedono reati possono essere introdotte nell’ordinamento solo se modificano il codice penale ovvero sono inserite in leggi che disciplinano in modo organico la materia*”¹, conforme o novo artigo 3-bis do Código Penal italiano.

O art. 3-bis, na verdade, não apenas institui a reserva do código, mas, também, de leis orgânicas. Circunscreve a reserva do código ou das leis orgânicas às disposições que prevejam crimes (em outras propostas de reforma precedentes, a reserva referia-se a qualquer nova norma ou disposição penal).

Assim, há uma determinação restritiva definidora da colocação topográfica de normas penais. Dessa forma, fica “vedada” – em breve, veremos o porquê das aspas – a inserção de tipos em leis extravagantes – o que, supostamente, induziria o legislador a uma maior meditação sobre as escolhas de incriminação e conduziria a uma mais elaborada política criminal e a um todo mais articulado, em acordo com o princípio da subsidiariedade.

¹ Novas disposições que prevejam crimes só podem ser introduzidas no ordenamento jurídico se modificarem o Código Penal ou se forem inseridas em leis orgânicas, em tradução livre.

Em realidade, o princípio não diz com a fonte da lei penal nem seu procedimento de aprovação, mas sim com a alocação dos tipos penais de acordo com uma (desejada) sistematização. Tal alocação, contudo, deve ser feita da seguinte forma: para o código vão as agressões com grande potencial ofensivo e com estrutura determinada, enquanto os demais crimes devem, eventualmente, ser inseridos em leis orgânicas ou em códigos não penais (como, na Itália, é o caso da disciplina penal das sociedades comerciais).

Pode-se acrescentar, também, a ideia de reduzir, mais, a abrangência do direito penal (tornando-o mínimo), já antevendo anseios por uma futura redução da intervenção punitiva.

Impera fazer algumas observações adicionais antes de prosseguirmos.

Na Itália, o fundamento do princípio da legalidade é a tutela da liberdade de autodeterminação: o cidadão deve poder conhecer e prever *ex ante* a consequência penal às suas próprias condutas. Face ao famoso caso Contrada na Corte Europeia de Direitos Humanos, surgiu a necessidade de tornar as disposições acessíveis e a sanção previsível, de modo a evitar a não culpabilidade por desconhecimento inevitável da norma – que foi justamente o que aconteceu nesse caso^{2,3}.

² Para maiores informações sobre o caso: “*Bruno Contrada: la sentenza della Corte EDU sul concorso esterno in associazione mafiosa*”, em <https://www.giurisprudenzapenale.com/2015/04/14/bruno-contrada-la-sentenza-della-corte-edu-sul-concorso-esterno/>. Para uma abordagem mais resumida e em português: “*Corte da UE obriga Itália a indenizar condenado por máfia*”, <https://www.jb.com.br/internacional/noticias/2015/04/14/corte-da-ue-obriga-italia-a-indenizar-condenado-por-mafia.html>.

³ Nesse sentido, propõe o Professor Michele Papa (2018) uma solução interessante e extremamente atualizada: a criação de um *network* com uma estrutura capaz de abrigar mais apropriadamente as normas penais. Quando suas regras estivessem bem definidas, a legislação penal poderia ser consultada como se faz com as *playlists*, a serem elaboradas conforme aprover ao usuário. Haveria um mecanismo de busca que formaria listas, com todas as normas relevantes para que a *playlist* seja completa – ela poderá ser gerida pelo usuário, mas, caso este deseje eliminar alguma informação, não poderá arguir a sua inutilidade em juízo. O juiz deverá decidir quanto à

Assim, ao passo que o legislador assumiu o dever de possibilitar o amplo conhecimento dos preceitos penais, o cidadão assumiu o de se informar. E, ao que parece, convencionou-se entender que o cidadão somente poderia cumprir seu dever se fosse mais fácil identificar os tipos incriminadores. Como parece óbvio, a proliferação de legislação extravagante extra-código não permite a satisfação de tal exigência.

Com isso, compreendeu o legislador delegado que, a fim de superar tal problemática, deveria condensar melhor tudo isso, introduzindo o princípio da reserva do código (e da legislação orgânica) em matéria penal.

Como pudemos perceber, foi inserido um dispositivo no Código Penal italiano que instituiu um novo princípio penal, corolário do princípio da legalidade, em uma tentativa de racionalizar e simplificar o conhecimento da disciplina penal – além de dar um especial destaque à função reeducativa da pena, que parece ser a predominante no sistema italiano.

Retomando o tratamento sobre o novo princípio, foi através da elaboração de um rol não taxativo que se categorizaram os dispositivos a serem incorporados (ou reincorporados): optou-se por oportunizar a inserção daqueles cujos bens protegidos eram/são de relevância constitucional, de modo a adequar o ordenamento penal às diretrizes da Constituição italiana – sobretudo os que dizem com o valor da pessoa humana, os princípios da igualdade e da não discriminação, a proibição absoluta de qualquer forma de exploração, a saúde (individual e coletiva), a segurança e a ordem públicas, a salubridade e integridade ambientais, a integridade territorial e a correção e a transparência do sistema econômico de mercado (são esses os elencados no rol).

Foi, por meio do decreto legislativo 21/2018, acrescido à denominada *Riforma Orlando*⁴, inserido o citado princípio no ordenamento jurídico daquele País. Por se tratar de uma regra geral do Código Penal italiano, constitui (pelo menos em

plausibilidade da argumentação questionadora da significância da *playlist* em questão. As utilidades dessas *playlists* seriam, sobretudo, na opinião do Professor, a consulta rápida e a informação.

⁴ Foi assim denominada em referência ao político que a propôs, Andrea Orlando, então Ministro da Justiça italiana.

tese) verdadeiro constrangimento, que acaba por vincular o legislador quanto à introdução de novos tipos penais à parte do Código ou de leis completas e autossuficientes⁵ (nesse ponto, parece haver um rechaço às leis penais em branco).

A norma instituidora do princípio constituiu, também, uma Comissão ministerial com a missão de identificar e introduzir no Código as infrações penais já contidas na legislação extravagante.

Uma observação importante é que estava a Comissão limitada àquelas infrações que poderiam ser acrescentadas ao Código sem nenhuma modificação – ou seja, ela poderia apenas as transpor.

Aqui, começamos a perceber o ponto controvertido: foi possível trazer apenas 15 infrações penais ao Código – face aos milhares de infrações que podem ser encontrados nas leis extravagantes.

Entretanto, apesar do pequeno número, é compreensível a limitação do atuar do comitê: poder-se-ia, no caso de liberação de modificações, separar infrações de seu contexto legislativo, de sua regulamentação originária, inserindo na codificação um corpo estranho, comprometendo – duplamente – toda a interpretação sistemática. Ademais, ela não poderia fazer nada que não observasse a determinação normativa contida no art. 3-bis.

Nesse sentido, o proceder da comissão italiana pareceu muito razoável, pois prezou pela integridade do sistema penal em vez de, por exemplo, criar um outro livro dentro do código penal para abarcar “outros crimes e delitos” (provenientes de legislação complementar), como ocorreu – e falhou – na França com seu novo Código Penal em 1994. Nessa senda, a inevitabilidade quanto à limitação era, desde o início, óbvia.

⁵ A rigor, os princípios constantes na parte geral do Código Penal devem ser observados no processo legislativo (tipificações de condutas e cominação de sanções) da parte especial, bem como dos crimes previstos em legislação extravagante e nos microsistemas jurídico-penais – seja no Brasil, seja na Itália.

A inserção da reserva do código provocou intenso debate doutrinário – ponto que muito nos interessa e cerne da nossa discussão e que será desenvolvido de modo a proporcionar uma reflexão quanto às suas eventuais contribuições (ou sua ausência ou escassez).

Ficaram divididos os penalistas entre os que a consideram uma “norma que nasceu velha” e aqueles que pensam ser essa novidade um ponto de viragem na relação código-legislação extravagante.

Para alguns, além da compilação, tal princípio proporcionou uma reforma penal indireta, benéfica em função da dificuldade de aprovação de um novo Código Penal na Itália nos últimos dez anos. A estes, parece que a instituição do princípio criou uma nova fase no direito penal italiano. Uma coisa é certa: gerou uma influência que já toca e penetra outros países (como o Brasil).

Na nossa avaliação, é evidente que, por estar introduzido no Código Penal, e malgrado a dita vinculação do legislador delegado, o princípio está sujeito à derrogação por outro ato de direito ordinário. A justificativa emanada do Legislativo, entretanto, afirma que a inserção desse dispositivo na parte geral aumenta a reserva do código, pois, por ser um preceito geral, o legislador deve considerá-lo e explicar-se em eventuais descumprimentos (assim, estaria criada uma norma norteadora da produção legislativa de certa importância), posição da qual não discordamos (remetemos o leitor à nota de número 5).

Apesar de se poder pensar que uma iniciativa como a italiana seria, talvez, inútil por parecer ser mera e pobre transposição normativa ao interior do Código, sem mudanças significativas, há de se compreender que não apenas há vantagens práticas (malgrado escassas), mas, também, e sobretudo, mensagens claras de reafirmação do Direito e dos seus sistemas, trazendo de volta a concepção iluminista de Código: não é um apanhado de leis, mas um sistema orgânico, racional e não contraditório de normas, com relações internas e influências mútuas.

Fazendo um breve *flashback*, a Comissão parlamentar de reforma constitucional italiana (*Bicamerale D’Alema*) propôs, anteriormente, algo muito

diferente da simples pronúncia de um princípio: queria a criação de uma vinculação constitucional para o legislador. Mas, se nos ativermos mais detidamente à trajetória do Direito na Itália, será possível perceber que há uma razão de ser na formulação que atualmente vigora – há que se ter em consideração a tradição jurídica italiana para bem analisar o contexto.

Antes da reforma constitucional de 1948, período em que não havia, ainda, naquele país uma Constituição rígida, era a parte geral do Código Rocco que estabelecia o catálogo de princípios fundamentais.

Assim, apesar de ser um resgate do passado, não se pode negar que, sim, é uma retomada de um modelo experimentado e de um Código influenciador de tantos outros ao redor do mundo.

O que se pode dizer, com um nível mais elevado de certeza, é que houve/há uma esperança, talvez, de modificar a pirâmide hierárquica normativa por meio da inserção de uma norma com alto grau simbólico, intencionando dirigir a produção legislativa penal, principalmente quando se considera a vontade do legislador, que parece estar sempre muito permeada pela simbologia.

Sem embargo, a partir daqui, começarão as nossas discordâncias.

Não é possível negar que a inserção desse princípio no Código Penal, e não na Constituição, é, ainda sim, uma barreira um tanto quanto tênue à expansão (em geral) mal pensada do direito penal.

Foi “criado” – ou, ao menos, era essa a intenção – um nível intermediário de legitimidade, que coloca o referido princípio entre as leis ordinárias e a Constituição em nível hierárquico. Considera-se desnecessário inserir um dispositivo no Código para constatar o óbvio: lei ordinária pode extinguir ou modificar lei ordinária, mas vincula, de certa forma, a atividade legiferante. Assim, tudo aquilo que não respeita certos critérios será, além de ilegítimo, inexistente. Basicamente, a única função do art. 3-bis parece ser a sua própria inserção no Código Penal italiano, visto como exemplo de atuação do princípio

segundo o qual devem ser incluídas normas no código. Tem um valor muito mais didático do que normativo propriamente.

Ademais, a reserva do código tem raízes no direito penal mínimo. A recodificação tem natureza reguladora, e não apenas topográfica, que atraia o desenvolvimento do sistema penal à forma codificada. Sob essa perspectiva, a proposta italiana não está no âmbito do direito penal mínimo, da subsidiariedade do direito penal, mas em uma proposição tímida (e, talvez, um tanto quanto utópica) de contenção da descodificação penal.

Uma importante observação para avançarmos: uma reserva do código já era prevista no projeto de reforma constitucional de 1997 e, sucessivamente, no projeto de reforma do Código Penal italiano (denominado *Progetti Grosso e Pisapia*), mirando a racionalização do direito penal clássico dos subsistemas – a ideia era inserir normas penais ou no Código ou em leis especiais orgânicas.

A verdadeira variação entre essas proposições e o que efetivamente está em vigor na Itália são a força e a hierarquia: a que vige atualmente, por estar a nível de lei ordinária, revela uma natureza meramente declaratória, enquanto as proposições anteriores (que fracassaram) estariam abrangidas pela força vinculante de preceito constitucional (no que se refere à atividade legiferante e, também, ao controle de constitucionalidade).

A doutrina constitucional majoritária italiana repercute amplamente a tese (também acolhida pela jurisprudência constitucional) que atribui capacidade condicionante sobre as fontes de produção ordinária somente às normas sobre a produção normativa a nível constitucional.

Contudo, há correntes minoritárias que reconhecem autolimitações legislativas, algo que vincule e restrinja a atuação do legislador ordinário. Alguns – como Carnevale (apud RIVA, 2019) – defendem que uma norma reguladora da produção normativa só poderia ser derogada por outra norma também sobre a produção legislativa – haveria, dessa forma, uma capacidade vinculante que compõe sua própria natureza.

A distinção entre a norma sobre produção legislativa e as demais leis ordinárias está no objeto e no conteúdo. Para evitar a violação sem consequências desse tipo de norma, deve-se submeter a uma revisão ou a um controle de constitucionalidade quanto à racionalidade (ou irracionalidade) da lei que violar. Ou seja, apenas uma norma sobre fontes legislativas pode derogar o artigo 3-bis, e não qualquer norma introdutória de tipo penal sem respeitar o vínculo estabelecido pelo princípio da reserva do código (ou da lei orgânica) – uma norma condicionante, porém com outros direcionamentos, com vontade derogatória manifesta.

Analisando as considerações da doutrina majoritária, a minoritária não parece convincente – seja por não encontrar amparo na Constituição, seja por ir de encontro à ordem hierárquica normativa. Também seria assim um possível entendimento da Corte Constitucional italiana quanto ao tema, de acordo com seu comportamento usual, não a deixando, assim, assumir o papel de parâmetro constitucional. Em suma, o único objetivo mais palpável da instituição do art. 3-bis parece ser um direcionamento de política criminal.

A força de lei ordinária não atribui à norma uma atitude vinculante real e efetiva quanto à escolha legislativa ou mesmo uma capacidade performativa superior, de parâmetro constitucional, por mais que seja necessário respeitar os princípios da parte geral. Para uma melhor e maior efetividade do princípio, não basta que seja definidor topográfico, mas é necessário seu reconhecimento como princípio constitucional (este sim um princípio geral expresso do ordenamento jurídico capaz de dirigir toda a matéria penal). Se assim fosse, na hipótese de uma violação, a resposta emanaria da Corte constitucional italiana.

Outro problema que pode intrigar o mais atento observador é a falta de especificidade na redação do art. 3-bis do Código Penal italiano: não há uma individualização setorial que possibilite um direcionamento mais preciso das disposições⁶. Permitir a inclusão de dispositivos que prevejam crimes e

⁶ Essa falta de individualização poderia, inclusive, eventualmente ensejar um fracasso como o francês, já alhures comentado.

modifiquem o código é extremamente vasto, além de redundante (afinal, se houver previsão de crime no código, haverá nele modificação!).

Outrossim, quanto à função da pena, dificilmente o delinquente se renderá perante o esmero das regras e valores para a reeducação. Se for nesse sentido a crença da relevância da reserva do código para a reeducação, pode-se considerar a visão quanto à função reeducativa da pena como irreal e alienada. A influência não deve ser analisada apenas sob o prisma jurídico quanto à reeducação, mas, também, sob o sociológico e o psicológico, que agregam complexidade e justificam a impossibilidade de considerações simplistas. O que o código consegue, efetivamente, é uma função imperativa frente aos cidadãos de forma geral; ou seja, consegue influenciar as pessoas do ponto de vista preventivo (e isso já deveria ser mesmo esperado).

Ademais, a descodificação, como já visto, deve-se à crise dos tipos penais incriminadores clássicos, decorrente da crescente complexidade da sociedade contemporânea, com crescimento dos interesses dignos de tutela. Assim, alguns – a exemplo do Professor Michele Papa (2018) – consideram que uma recodificação penal forçada seria a descaracterização e a negação do momento em que vivemos, volvendo a um tempo passado diverso do nosso – tanto em relação ao contexto sócio-histórico quanto às modificações no sistema jurídico como um todo –, mantendo o modelo iluminista de código (com isso, não se quer dizer que este seja inferior ou insatisfatório, mas que foi elaborado em um momento histórico completamente diferente do que se vive atualmente).

Mas há de se ter em consideração que só faz sentido a reserva do código caso se considere a sua formação clássica, iluminista (racional, sistemático e coerente), porém não da forma que se fez na Itália, para a mera transferência das leis especiais para o interior do código, pois ele não opera dessa forma. Assumir que o fazer assim seria compatível com a ideia consolidada de codificação seria um equívoco: nesse caso, o que ocorreria seria uma transmutação em um objeto novo, todavia não bem conhecido ou definido, baseada na experiência clássica, mas que não está na forma clássica,

resultando em uma simbiose do novo “funcionamento” com a forma antiga. E essa “coisa nova” seria o aglomerado de normas penais (o qual poderia até ser chamado de código, sem ser, contudo, aquele com que já estamos acostumados, o clássico, com tipos inseridos em redes de relação de proximidade, condicionadas pela estrutura normativa) que conquistou e segue (ou seguirá) conquistando o lugar do código clássico: heterogêneo, sem estrutura e estilo definidos, que acolhe crimes migrantes da legislação extravagante para o seu interior.

Aliás, para Massimo Donini (apud RIVA, 2019), o referido princípio do art. 3-bis representa um “princípio constitucional em matéria penal, que legisla quanto a normas a nível constitucional” e, portanto, “um parâmetro regulatório que visa conferir diretamente o conteúdo jurídico mínimo de princípios superiores”, os quais podem ser identificados no próprio princípio da legalidade. Se é essa a natureza do princípio da reserva do código, de não apenas implementar, mas indicar uma previsão clara, o legislador deveria ter posto um princípio constitucional, o qual poderia dar contornos e direcionamentos precisos, e não deixar livre à discricionariedade do legislador ordinário (além de, linguisticamente, ser mais coerente desta forma). O estabelecimento como princípio geral de direito penal não é capaz de impactar o sistema penal a ponto de modificar a sua estruturação futura – diferentemente dos princípios constitucionais, estes sim com conteúdo capaz de sustentar uma construção (ou reconstrução) do sistema (dentro dos níveis de compatibilidade, é claro).

A simbologia, pois, defendida em favor da reserva como foi posta, não é capaz de uma formulação satisfatória, quedando-se, apenas, no plano das ideias. O princípio é capaz de resolver, talvez, apenas a completude da matéria, mas não a amplitude do objeto dela – que, em geral, pode se subdividir em diversos subsistemas, deixando o tratamento exaustivo (o que não necessariamente indica algo positivo).

Outros temas que já haviam passado pela experiência de um autovínculo legislativo são capazes de oferecer uma previsão mais realista da sua ineficácia: o legislador não respeitará o vínculo e não será punido por isso.

Além disso, podem ser inseridas regras na legislação penal especial (o que inclui as leis orgânicas), preceitos diametralmente opostos à parte geral do código (e, mais especificamente, ao artigo referente ao princípio em comento), porém compatíveis com os princípios constitucionais.

Ao mesmo tempo, ao que parece, o art. 3-bis, apesar de demonstrar uma oposição à descodificação de forma geral, abre (ainda mais) espaço para a formação de microssistemas penais, em especial ao permitir a inclusão de novos tipos penais em leis orgânicas. Na verdade, esse artigo não é uma expressão verdadeira do direito penal mínimo e do caráter subsidiário do direito penal: abstém-se quanto à proliferação de tipos penais – seja no código, seja nas leis orgânicas. Parece ser por isso que foram excluídos da reinserção no Código Penal italiano diversos tipos, mesmo os de grande relevância, como aqueles relacionados aos estupefacientes, armas e privacidade, por exemplo.

Também não parece que o princípio da reserva do código seja capaz de, por si, melhorar a qualidade da produção legislativa, dando maior clareza e possibilidade do conhecimento da ilicitude. Eventual irracionalidade legislativa não poderia ser atribuída à mera disciplina legal, mas à cultura jurídica dos políticos, aos procedimentos e processos de aprovação das leis e ao descuido político-criminal dos legisladores.

Segundo o Professor Michele Papa (2018), seria a instituição do princípio muito mais uma representação metafórica infrutífera do mundo normativo, cujas formas organizacionais se distanciaram da sistemática de sua concepção. Trazer o conteúdo da legislação especial para o código seria uma recolocação ilusória em um suposto lugar de pertencimento topográfico que, hoje, não passa de uma ilusão conveniente: em vez de acabar com a proliferação desordenada de leis extravagantes, cuja racionalidade do ponto de vista político-criminal é relegada, traz-se para o interior do código toda a irracionalidade produzida (que, em verdade, deveria ser abominada). Retomando a visão do Professor Papa (2018), realmente seria difícil pensar que isso poderia dar certo.

Por fim, o princípio em discussão pode até dificultar uma recodificação mais robusta.

O que se pode extrair de experiência da formulação adotada na Itália quanto a esse princípio é que, formalmente, não constitui, verdadeiramente, uma norma limitadora: tem apenas valor orientador (apesar de, por estar presente no Código, poder vir a ser substituída – se não descartada – por eventual modificação futura, malgrado a vinculação que deveria haver em relação às normas da parte geral do código, o que, na realidade fática, não encontra tanto lastro). Nesse sentido, a importância destacada do princípio da reserva do código, bem como os efeitos que poderá produzir, é, principalmente, cultural, dando nova vida a debates já tão fatigados, em especial àqueles relativos à tensão entre código e legislação comum – e isso foi conseguido, haja vista a expansão do debate acerca do princípio, chegando, inclusive, até o Brasil.

5. Conclusão

O que se pôde observar em um ano após a instituição do princípio de reserva do código na Itália, segundo pesquisa do Professor Carlo Riva (2019), é uma inserção tímida de novos tipos penais nos meios já consolidados (códigos, leis orgânicas e extravagantes), sem que tenha havido um impacto significativo em relação à topografia normativa para a subsidiariedade penal e/ou para a ampliação do acesso e conhecimento das normas. Quiçá a diluição da reserva entre código e lei orgânica tenha sido um importante fator para a pouca mudança observada, mas isso só poderá ser afirmado, conforme sinaliza o autor, com um maior transcurso de tempo. Para ele, o lugar em que se encontra o preceito penal não parece ser tão importante quanto a tutela do bem jurídico ou a política criminal e as escolhas de incriminação. Considera, ainda, que apenas uma recodificação radical, aliada a uma conexão racional com os microsistemas pode ser capaz de estimular uma política criminal mais racional e meditada.

Nessa senda, podemos chegar a algumas conclusões, que podem ser muito úteis para nós, sobretudo tendo em vista a propagação crescente da vontade de inserção de um princípio da reserva do código em nosso ordenamento jurídico-penal.

Propor a recodificação de leis penais, com sua reinserção no Código (e/ou em leis orgânicas), concentrando nele toda a tipicidade penal (uma das ideias que caracterizam a afeição por uma reforma no Código Penal brasileiro), não parece, ante tudo quanto o exposto, a medida mais efetiva para a redução da descodificação e da proliferação patológica de legislação extravagante e de microssistemas penais.

Ante a inexperiência brasileira no assunto e a escassez de países que tenham instituído tal princípio, possivelmente uma eventual reforma assemelhar-se-ia ao que foi feito na Itália.

O que se pode fazer, neste trabalho, é meramente descartar o princípio da reserva do código – ao menos no modelo italiano – como um efetivo sustentáculo do princípio da subsidiariedade e do direito penal como *ultima ratio*.

Uma outra proposição, esta da parte do Professor Giuseppe Riccardi (2018), seria a previsão constitucional de maiorias qualificadas para aprovação de leis penais – indo um pouco além dessa proposta, poder-se-ia até mesmo sugerir o tratamento em matéria penal como privativo de lei complementar. Apesar de, à primeira vista, parecer uma boa ideia, sobretudo quando se considera a maior solenidade no processo de aprovação (e, também, em relação à lei complementar, a maior delimitação de tratamento quanto às matérias por ela abrangidas), há de se lançar o olhar ao futuro: será que, a longo (ou até mesmo a médio) prazo, não ocorreria a mesma superinflação também com as leis complementares? Ora, se assim fosse, os problemas seriam majorados, e não diminuídos. Em vez de resolvermos apenas a excessiva proliferação de legislação extravagante e de seus microssistemas, teríamos que buscar saída,

aí, para a explosão da legislação complementar. O remédio passaria, ao que parece, a ser um veneno...

Qual seria, pois, a melhor solução, o melhor direcionamento contra a excessiva expansão dos domínios penais? Uma resposta a tal pergunta demandaria muito mais dedicação, mas, de antemão, o que se pode assegurar é que, talvez, devamos nos ater mais ao processo legislativo, aos nossos objetivos (se é que os temos) de política criminal, para que, assim, possamos entender o porquê da atual situação de *boom* de leis extravagantes e microssistemas, buscando uma solução para o que já está posto e uma estratégia para controlar o que está por vir.

Oxalá possamos entender com Guimarães Rosa e aprendamos a fazer, mais, maiores perguntas...

6. Referências

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2ª. ed. São Paulo: Edipro, 2017. 128 p.

BERNARDI, Silvia. *Il nouvo principio della "riserva di codice" e le modifiche al Codice Penale: scheda illustrativa*. 2018. Disponível em: https://air.unimi.it/retrieve/handle/2434/571318/1102609/DPC%20_%20II%20nuovo%20principio%20della%20%27riserva%20di%20codice%27%20e%20le%20modifiche%20al%20codice%20.._.pdf. Acessado em: 04/01/2021.

CARVALHO, Salo de. *Descodificação penal e reserva de código*. Estudos jurídicos: homenagem ao Promotor Cléber José Rodrigues, Itanhomi, v. 1, n. 1, p. 73-76., jan./jul. 2000. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=35041. Acesso em: 17/11/2019.

FORTES, Victor. *Microssistemas penais e princípio da reserva legal: uma ótica luhmanniana da descodificação penal*. 2017. Disponível em:

<https://victorgadelhadf.jusbrasil.com.br/artigos/495856811/microsistemas-pena-is-e-principio-da-reserva-legal>. Acessado em: 01/12/2020.

GALLO, Marcello. *La cosiddetta riserva di codice nell'art. 3-bis: buona l'idea, non così l'attuazione.* 2018. Disponível em: <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/4934-gallo2018b.pdf>. Acessado em: 20/02/2021.

GUIDA, Piera Di. *Il principio di riserva di codice in materia penale.* 2018. Disponível em: <https://www.iusinitinere.it/il-principio-di-riserva-di-codice-in-materia-penale-9087>. Acessado em: 14/02/2021.

MARANI, Simone. *Riforma penale: in vigore il principio di riserva di codice.* 2018. Disponível em: <https://www.altalex.com/documents/leggi/2017/10/04/riforma-penale-attuato-il-principio-di-riserva-di-codice>. Acessado em: 04/01/2021.

MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *Direito Penal: Sistemas, Códigos e Microsistemas.* 1ª. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2004. 162 p.

MELLONE, Claudio. *La riserva di codice.* 2018. Disponível em: <https://www.dirittoprivatoinrete.it/manuale%20di%20diritto%20penale/riserva%20di%20codice%20%20.html#:~:text=Questo%20articolo%20rubricato%20%E2%80%9CPincipio%20della,in%20modo%20organico%20la%20materia%E2%80%9D>. Acessado em: 14/02/2021.

PAPA, Michele. *Dal codice penale "scheumorfico" alle playlist. Considerazioni inattuali sul principio di riserva di codice.* 2018. Disponível em: <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/3288-papa2018a.pdf>. Acessado em: 20/02/2021.

PATTUMELLI, Enrico. *Il principio della riserva di codice in materia penale.* 2018. Disponível em:

<https://www.studiocataldi.it/articoli/29924-il-principio-della-riserva-di-codice-in-materia-penale.asp>. Acessado em: 14/02/2021.

REDAZIONE. *Nuovo principio di riserva di codice*. 2018. Disponível em: <https://www.diritto.it/principio-riserva-codice/>. Acessado em: 14/02/2021.

RICCARDI, Giuseppe. *Riserva di codice*. 2018. Disponível em: <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org/upload/3175-riccardig2018b.pdf>. Acessado em: 20/02/2021.

RIVA, Carlo Ruga. *Riserva di codice o di legge organica: significato, questioni di legittimità costituzionale e impatto sul sistema penale*. Diritto Penale Contemporaneo: rivista trimestrale. Milão: Associazione "Progetto Giustizia Penale". V. 1, p. 210-230. 2019.

SOTIS, Carlo. *Actualités du droit pénal italien: Réserve du code, valeur du précédent et droits fondamentaux*. Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé. Paris: Dalloz. V. 1, n° 2, p. 581-590. 2018.