



FACULDADE BAIANA DE DIREITO E GESTÃO

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU*

CIÊNCIAS CRIMINAIS

FERNANDO EVALDO FRANCO FILHO

**ANÁLISE DA (DES)PROPORCIONALIDADE DA PENA EM
OS MISERÁVEIS, DE VICTOR HUGO: UM ESTUDO DE
DIREITO E LITERATURA**

Salvador
2017

FERNANDO EVALDO FRANCO FILHO

**ANÁLISE DA (DES)PROPORCIONALIDADE DA PENA EM
OS MISERÁVEIS, DE VICTOR HUGO: UM ESTUDO DE
DIREITO E LITERATURA**

Monografia apresentada à Faculdade Baiana de Direito e
Gestão, como requisito parcial para a obtenção de grau de
Especialista em Ciências Criminais.

Salvador
2017

RESUMO

O presente estudo investiga o princípio da proporcionalidade na obra *Os miseráveis*, de Victor Hugo (1862). A pesquisa procurou sistematizar as bases teóricas do ramo do Direito e Literatura, voltando-se para uma breve análise da sua origem histórica, bem como a importância do seu estudo interdisciplinar e as interações que dele surgem. Investigou-se, no que tange ao princípio da proporcionalidade, seu histórico, conceito, implicação social e elementos componentes. Ao se voltar, por fim, para o estudo da obra literária em questão, buscou-se compreender sua inserção no período histórico e seu contexto jurídico, e de que forma estes se transmitem na narrativa ficcional de Victor Hugo. A partir de então, analisou-se a presença do princípio na referida obra, sua aplicação pelo legislador penal de 1791 e de que maneira tal tratamento desproporcional guarda correspondência na realidade jurídica atual.

Palavras-chave: Direito Penal. Princípio da proporcionalidade. Direito e Literatura. *Os Miseráveis*.

SUMÁRIO

1	APRESENTAÇÃO	04
2	DIREITO E LITERATURA	06
2.1	A IMPORTÂNCIA DO ESTUDO INTERDISCIPLINAR ENTRE DIREITO E LITERATURA	07
2.2	DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO	13
2.3	SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS	16
2.3.1	As semelhanças	16
2.3.2	As diferenças	18
2.4	AS INTERAÇÕES POSSÍVEIS	20
2.4.1	Direito <i>da</i> Literatura	20
2.4.2	Direito <i>como</i> Literatura	21
2.4.3	Direito <i>na</i> Literatura	25
3	O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	28
3.1	A IMPORTÂNCIA DO BEM JURÍDICO NA CONSOLIDAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	30
3.2	ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	34
3.2.1	Breve histórico	34
3.2.2	Conceito e implicação social	38
3.2.3	Proporcionalidade e razoabilidade: distinções necessárias?	43
3.3	EXAMES INERENTES À PROPORCIONALIDADE E SUA OBSERVÂNCIA PELO LEGISLADOR PENAL	44
3.3.1	Adequação	45
3.3.2	Necessidade ou exigibilidade	46
3.3.3	Proporcionalidade em sentido estrito	47
4	ESTUDO JURÍDICO DE <i>OS MISERÁVEIS</i>, DE VICTOR HUGO	50
4.1	O AUTOR E A OBRA	50
4.1.1	Por que <i>Os miseráveis</i>?	52
4.1.2	Contexto histórico	54
<i>4.1.2.1</i>	<i>O Código Penal francês de 1791</i>	58
4.2	A PRESENÇA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA OBRA	59
4.2.1	Os Reformadores e o contexto jurídico	59
<i>4.2.1.1</i>	<i>John Howard</i>	60
<i>4.2.1.2</i>	<i>Jeremy Bentham</i>	61
<i>4.2.1.3</i>	<i>Cesare de Beccaria</i>	62
4.3	O CRIME E A PENA DE JEAN VALJEAN	63
5	CONCLUSÃO	73
	REFERÊNCIAS	75

1 APRESENTAÇÃO

Esta monografia surge da necessidade de congregar o estudo do Direito à Arte, mais especificamente, neste caso, à Literatura. A obra selecionada para tal estudo foi *Os miseráveis*, clássico francês escrito e publicado por Victor Hugo em 1862, época de grandes reformas sociais e políticas e, principalmente, jurídico-penais na Europa e na França. A partir de tal obra, pretende-se estudar o princípio da proporcionalidade, bem como os impactos sociais de sua (não) aplicação em um Estado Democrático de Direito.

Na segunda seção – Direito e Literatura –, buscou-se estabelecer as bases teóricas deste ramo da Filosofia do Direito pouco explorado pelas faculdades e universidades brasileiras.

Tratou-se, assim, da importância de tal estudo interdisciplinar e de que forma se transmuta em acréscimo didático na formação humanística do bacharel. Além disso, nesta seção, buscou-se dar conta das formas de estudo que surgem da coalisão entre Direito e Literatura, a saber: 1) Direito *da* Literatura, em que se investiga o modo como o Direito regula a Literatura partindo da perspectiva da liberdade constitucional de expressão; 2) Direito *como* Literatura, que busca analisar as narrativas jurídicas e como elas podem servir como Literatura, partindo do pressuposto de que ambos, tanto o Direito quanto a Literatura, partem do texto; 3) e Direito *na* Literatura, foco do estudo que ora se perfaz, que entende a Literatura como fonte para a reflexão do Direito, da justiça, da moral, ou, ainda, como fonte de registro histórico, possibilitando uma compreensão histórica da ciência jurídica.

Na terceira seção – O princípio da proporcionalidade –, discutiu-se o conceito, a origem histórica, o conteúdo e a aplicação de tal princípio, mas não sem antes desenvolver a importância de tal discussão principiológica para uma análise social do crime e de que forma a desproporcionalidade na criminalização e estabelecimento de penas gera impacto no Estado Democrático de Direito.

Na quarta seção – Estudo jurídico da obra *Os miseráveis* de Victor Hugo –, buscou-se investigar como o princípio da proporcionalidade foi representado na obra ficcional escrita por Victor Hugo. *A priori*, averiguou-se o contexto histórico da Europa e França do final do século XVIII e início do século XIX, recorte temporal da obra, quando ocorreram diversas mudanças políticas, sociais e jurídico-penais, a saber: O Iluminismo; a Revolução Francesa, que destituiu a monarquia absolutista; a consequente publicação da *Declaração de Direitos do Homem e do*

Cidadão, de 1789, que alterou significativamente diversos parâmetros relativos aos direitos humanos e à pena. Também foram investigadas as principais contribuições dos chamados Reformadores, em especial Howard, Bentham e Beccaria, e de que forma suas contribuições impactaram na legislação penal da época, e, sobretudo, traçou-se um paralelo entre tais legislações com a narrativa ficcional de Victor Hugo. Analisou-se, aliado a isto, o crime e a pena da personagem Jean Valjean, e como ela guarda relação com a realidade penal da época.

Na quinta seção – Conclusão – arrematou-se tudo o quanto foi visto ao decorrer deste estudo.

Por fim, apresentam-se as referências bibliográficas.

2 DIREITO E LITERATURA

O grande desafio que se impõe aos juristas, neste início de século, é repensar o Direito. Dentre as mais variadas alternativas, o estudo do Direito e Literatura adquire especial relevância (TRINDADE; GUBERT, 2008, p. 11-12). Tal estudo comparativo, como bem pontua Vieira (2012, p. 46), propõe a explorar as relações existentes entre os dois antigos campos do conhecimento. Ost (2007, p. 9) justifica essa familiaridade afirmando que “[...] entre o direito e a narrativa, atam-se e desatam-se as relações que parecem hesitar entre a derrisão e o ideal. E o direito vê-se abalado em suas certezas dogmáticas e reconduzido às interrogações essenciais”.

O que Ost (2007) insinua é que o Direito e a Literatura se desafiam, questionando-se e desconstruindo-se, pondo-se à prova. O referido autor é, ainda, preciso, ao apontar que “[...] enquanto a literatura libera os possíveis, o direito codifica a realidade, a institui por uma rede de qualificações convencionadas, a encerra num sistema de obrigações e interdições” (OST, 2007, p. 13).

Trindade e Gubert (2008, p. 11-12) assinalam o destaque que tal estudo confere à interdisciplinaridade, pois cruza o Direito com as demais áreas do conhecimento, fundando um espaço crítico por excelência, através do qual é possível questionar seus pressupostos, seus fundamentos, sua legitimidade, seu funcionamento, sua efetividade e outros.

Ademais, percebem os autores que a aproximação dos campos jurídico e literário favorece ao Direito “assimilar a capacidade criadora, crítica e inovadora da Literatura e, assim, superar as barreiras colocadas pelo sentido comum teórico” (TRINDADE; GUBERT, 2008), bem como possibilita reconhecer a importância do caráter constitutivo da linguagem, em que se destacam os paradigmas da intersubjetividade e intertextualidade.

O fato é que o Direito e a Literatura interagem de diversas formas. Nojiri (2012, p. 68) aponta que a interação mais comum no Brasil – Direito *na* Literatura – explora textos literários que retratam situações ou conflitos éticos ou judiciais. E ilustra que *O Mercador de Veneza* (Shakespeare), *O Rei Lear* (Shakespeare), *Antígonas* (Sófocles), *O Processo* (Kafka), *Os Irmãos Karamazov* (Dostoievski), *Billy Budd* (Herman Melville), dentre inúmeras outras, servem de modelo não somente para reflexões sobre o funcionamento do Direito ou como ele deve funcionar, mas, principalmente, sobre como a Literatura fornece conhecimento sobre a natureza humana em todo as suas nuances.

James Boyd White, em *The Legal Imagination*, pressupõe que trabalhos literários oferecem aos operadores do Direito uma maneira diferente de interpretar e compreender a ordem jurídica, incitando a discussão do Direito a partir de autores como Jane Austen, Geoffrey Chaucer, D. H. Lawrence, Camus, Kafka, Marlowe, Herman Melville, Milton, Molière, George Orwell, Alexander Pope, Proust, Ruskin, Shakespeare, Shaw, Shelley, Thoreau, Tolstoy e Mark Twain, dentre outros (WHITE, 1997 apud SIQUEIRA, 2011, p. 37).

Renomados teóricos do Direito, da Filosofia e da Hermenêutica passaram, também, por esse campo de estudos: de seus precursores (Benjamin Cardozo, Nathan Fuller e John Henry Wigmore) à proeminentes pensadores (tais como François Ost, Ronald Dworkin, Stanley Fish, Richard Posner, Richard Weisberg, Ian Ward), em diversos campos da filosofia do conhecimento explorados dentro do movimento.

Vieira (2012, p. 45) pondera sobre o fato de que muitos conhecem princípios e noções jurídicas por meio da Literatura, principalmente por meio da ensinada nas escolas, que na maior parte das vezes é feita de forma despreziosa em relação à complexidade do tema. Justamente, por isso, a autora entende que as interações entre a Literatura e o Direito devem ser evidenciadas para torná-las mais eficazes.

2.1 A IMPORTÂNCIA DO ESTUDO INTERDISCIPLINAR ENTRE DIREITO E LITERATURA

Nojiri (2012, p. 67) sustenta que o discurso pela completa autonomia do Direito saiu de moda. Para o autor, dizer que o Direito é produto de uma complexa rede de práticas sociais, culturais, linguísticas e normativas tornou-se um lugar-comum. Esse entendimento parece justificar, para o referido, a variedade de metodologias criadas a partir da parceria do Direito com outras áreas: Direito e Economia, Direito e Sociedade, Direito e História, Direito e Ética e, certamente, Direito e Literatura são alguns dos exemplos mais conhecidos.

Trindade e Gubert (2008, p. 13-14) avaliam que, ao considerar o caráter crítico da obra literária, há de se levar em conta que ela – ao contrário da obra jurídica – é uma obra de arte, pois se caracteriza pela “maravilha do enigma e por sua inquietante estranheza, que são capazes de suspender as evidências, afastar aquilo que é dado, dissolver as certezas e romper as convenções”. Inferem os autores que a obra de arte produz, mediante a imaginação, uma

mudança no modo de ver, cuja maior virtude está na ampliação e fusão de horizontes, de modo que tudo se passa como se, através dela, o real possibilitasse o surgimento de mundos e situações ainda não pensados.

Ost (2007, p. 13) desenvolve tal ideia, afirmando que é exatamente este o trabalho da Literatura: pôr em desordem as convenções, suspender as certezas, liberar os possíveis, desobstruir o espaço ou liberar o tempo das utopias criadoras. Obviamente, para o autor, esse efeito passa pelo momento do negativo: para abrir, é preciso primeiro abalar ou mesmo abater. Nesse sentido, Ost (2007) lembra a apóstrofe brutal de Dick, o açougueiro que, no Henrique VI de Shakespeare, encabeça uma revolta popular: *Kill all the lawyers!* (Matem todos os advogados!), uma clara alusão à necessidade da desconstrução das convenções/dogmas (no caso, na figura dos seus mantenedores) para possibilitar o início de uma nova lógica.

Nesse mesmo diapasão, qual seja o de evidenciar o caráter crítico que a Literatura atribui ao Direito, Ost (2007, p. 10) cita Platão: este desconfiava dos poetas e dos trágicos de forma recorrente em sua obra. Em *A República*, por exemplo, os guardiões multiplicavam as providências contra as seduções da poesia (uma poesia que poderia fazê-los “recair na infância”). O mais seguro seria banir os poetas da Cidade, juntamente com a sua arte corruptora, que misturava o verdadeiro e o falso, fazia ver as mesmas personagens ora grandes ora pequenas, evocava fantasmas e não se atinha à distinção do bem e do mal. Num Estado regido por leis sábias – defendiam os guardiões – não deveria haver lugar para aquela espécie de arte que alimentava o elemento mau da alma, aquele que comerciava com o sensível e o prazer.

Ost (2007, p. 11) opina que nem mesmo o mais convicto dos representantes contemporâneos da corrente “Direito e Literatura”, teria ido tão longe quanto Platão; ninguém ousou afirmar que a ordem jurídica inteira é a “mais excelente das tragédias”. Ost (2007) percebe, portanto, a dualidade em Platão no que se refere à interdisciplinaridade entre Direito e Literatura: se em um primeiro momento Platão põe o poeta sob tutela para preservar a integridade do dogma, em outro momento suas declarações corroboram o poder propriamente “constituente” do imaginário literário, na ordem das montagens políticas e das construções jurídicas (OST, 2007, p. 11).

De forma complementar a tal pensamento, Warat (1995, p. 63) aduz que à Literatura é atribuída a missão de possibilitar a reconstrução dos “lugares do sentido”, que no Direito estão dominados por um “senso comum teórico que amputa, castra, tolhe as possibilidades

interpretativas do jurista”, pois opera com um conjunto de pré-conceitos, crenças, ficções, estereótipos e representações que, por meio dos dogmas do Direito e do discurso científico, disciplinam “a produção social da subjetividade dos operadores da lei e do saber do Direito”.

Na mesma linha, Sansone (2001, p. 142) refere que a Literatura é marcada “por sua capacidade de orientar a visão do mundo, definir normas e estilos de vida, entrar no espaço dos valores coletivos, enfim, conduzir o leitor – no caso, os juristas – a outros mundos possíveis, ampliando seu horizonte de sentido”.

Para Siqueira (2011, p. 39), a liberdade de forma e de conteúdo, presentes na Literatura, atua como força renovadora do Direito, renovação esta que se dá pela colisão com as proposições artísticas da Literatura, que gera uma rediscussão de questões fundamentais ao Direito, a exemplo da ordem social, das leis e do poder.

Ost (2007, p. 15) nota que “[...] a partir do momento em que Alice passa para o outro lado do espelho, nada mais é verdadeiramente como antes”. Depreende o autor, por meio desta alegoria, que uma vez que se admite o potencial esclarecedor que a Literatura pode trazer aos estudos do Direito, a visão da realidade jurídica não retorna à sua objetividade de antes. Para o referido, a função heurística da Literatura “traz o experimental ao Direito permitindo que uma nova gama de possibilidades, ainda que de forma empírica, tome forma para discutir e recriar o jurídico”.

Percebe Ost (2007) que as narrativas trazem em seu bojo verdadeiras minas de saberes com as quais as Ciências Sociais contemporâneas fariam bem em se preocupar, e diz ao explicar que “a lucidez criminológica de Tostói, em Ressureição, reduz a migalhas as teorias de Lombroso, de Garófalo e de Ferri numa época em que estes pontificavam nos congressos de criminologia em toda Europa erudita” (OST 2007, p. 15). Esse potencial de libertação que a obra de arte descerra dá-se devido ao seu potencial contra criativo para o Direito.

Freitas (2002, p. 5), por sua vez, concorda que a Literatura se ergue como um veículo de criatividade no Direito, uma vez que possibilita alargar as referências dos juristas, permitindo a estes construir soluções a que não chegariam se se mantivessem nos limites do direito posto. Ressalta que, apesar de o Direito e a Literatura operarem em universos distintos, ambas as disciplinas se encontram potencialmente em convergência, visto que têm de lidar com a interpretação.

Silva (2001, p. 122-123) compartilha do mesmo pensamento, afirmando que a Literatura constitui um ágio para os juristas, pois lhes possibilitam a perspectiva de mundos que são alternativos, o que lhes permitem experimentar a complexidade da vida mediante a participação nas escolhas, decisões e submissões de personagens que, na verdade, são autênticas provocações.

A autora, no entanto, vai além e pondera que, embora se reconheça o sentimento de empatia que a Literatura propicia, isso não implica, necessariamente, que os atores jurídicos se tornem (moralmente) melhores, tendo em vista que o conhecimento adquirido a partir de determinadas situações não tem o condão de determinar as atitudes a serem tomadas diante de casos similares. A autora lusitana reconhece, no entanto, que a Literatura torna os leitores pessoas mais críticas, o que é fundamental à prática do Direito.

Trindade e Gubert (2008, p. 15-16) lembram, ainda, que o discurso literário deve ser entendido como

[...] meio privilegiado de domínio, manifestação e manipulação da linguagem, já que a Literatura tem a vocação de fazer ressaltar, precisamente, as virtualidades da linguagem, criando realidades paralelas e universos alternativos nos quais o leitor se vê inserido na dimensão que mais lhe aprouver.

Percebe-se, portanto, que há consenso em relação ao papel zetético e humanístico que a Literatura confere ao Direito, ao considerar o exercício hipotético e reflexivo que ela proporciona diante das dogmáticas jurídicas.

Para Siqueira (2011, p. 41), outro importante aspecto que a Literatura fornece é a capacidade de pontuar questões específicas que seriam, antigamente, inacessíveis ao agente do Direito. O potencial dessa função, aduz, surpreende em razão do exaustivo exercício de alteridade que a Literatura impõe ao leitor. Para a referida, antes abandonado com “a mecanização e a tecnização prática do Direito”, o exercício de alteridade aproxima os casos jurídicos dos casos literários, revelando aos agentes do Direito a subjetividade específica de cada caso, de modo que “a literatura fornece ao direito um reconhecimento daquilo que é sentido e vivido pelos receptores dos sistemas legais”.

Nesse mesmo ângulo, Malaurie (1997, p. 15) observa que Ésquilo, Sófocles e Eurípedes, os três grandes escritores gregos, testemunharam os conflitos essenciais do homem e exprimiram em suas obras o trágico da condição humana. Como bem relembra o autor, esses escritores, como

todos os gregos, denunciaram a desmedida das normas e proclamaram a necessidade de moderação; como todos os gregos, eles eram apegados à lei, interrogaram-se sobre a justificativa, o significado e o porquê de uma lei, e se ocuparam de todas as questões do pensamento jurídico que colocam em causa a condição do homem, preocupação principal do pensamento grego.

É importante compreender que a Literatura é a própria história de cada coletividade. Refletem-se nela, conforme as palavras de Carvalho (1955, p. 43), “as imagens tristes ou risonhas da alma humana”. Como bem diz o autor, é a Literatura “[...] que anuncia as grandes revoluções políticas e religiosas, como no caso de Lutero e dos enciclopedistas do século XVIII, ou que registra os triunfos de uma raça que declina, como no caso dos Lusíadas”.

Para Godoy (2008, p. 19-20), a Literatura permite o enfoque de épocas e de instituições, de modo que “a literatura é o homem e sua circunstância”. Godoy (2008) não desconhece, no entanto, que a obra literária é acompanhada de forte marca ideológica, a ponto de descaracterizar objetivamente a realidade pesquisada.

Verifica-se, dessa forma, que o estudo interdisciplinar do Direito e a Literatura não se mostra relevante apenas pela abstração criativa que proporciona, no sentido da construção crítica e questionamento de dogmas; mostra-se relevante, ainda, na percepção histórica dos institutos e das leis, o que certamente reflete na formação humanística do jurista.

Medina (2006, p. 26) observa que a Literatura, como a História, pode proporcionar o conhecimento do passado, e isso não ocorre em vão. Destaca o autor que quando se procura fazer a retrospectiva de determinadas instituições ou se busca saber como certos métodos eram, antes, aplicados, o objetivo é o de aprimorá-los no futuro, ou, ao menos, o de evitar que se incida novamente nos mesmos erros. E acrescenta:

A hora é a de forjar um futuro mais promissor para o ensino do direito, no Brasil. Para tanto, é útil perquirir como foi ele, antes, praticado. E que reflexos há de ter acarretado no espírito de quem, produzindo obras de ficção, traçou o perfil do bacharel em direito na figura de um ou de outro personagem, deixando transparecer, quiçá, no comportamento deles como advogados, a ideia que fazia da formação jurídica, à sua época (MEDINA, 2006, p. 27).

O supracitado autor pontua que Machado de Assis, embora não houvesse feito curso superior, põe “o anel de doutor no dedo de muitos dos seus personagens”, sendo muitos deles bacharéis, como era comum naquela época de apogeu do bacharelismo. Alguns se dedicaram

profissionalmente, ressaltava Medina (2006), à advocacia, vivendo do “comércio dos autos”, para usar expressão de Machado. “Tal circunstância é digna de nota, porque não há de se encontrar, talvez, tantos bacharéis nas obras de outros escritores, nem mesmo na de José de Alencar, que foi advogado de grande conceito no Rio de Janeiro e Professor de Direito Comercial” (MEDINA, 2006, p. 32).

A análise das personagens de Machado de Assis impressiona Medina (2006, p. 36) por um traço comum: a precária formação profissional. Era natural, pondera Medina (2006, p. 37), que, num país de tantos bacharéis e numa fase de predominância desses em tantos setores da vida social, Assis pusesse em cena, com frequência, os graduados em Direito e procurasse compor os respectivos personagens à feição dos equivalentes mais comuns do seu meio, dando-lhes a conotação que tinham no imaginário popular. E observa:

Sucedem que, na figura de um Dr. Matos ou de um Dr. Camacho, reflete-se, inevitavelmente, o conceito que se fazia, então, dos cursos jurídicos – cursos livres em que os estudantes não estavam obrigados à frequência e a que os próprios professores não davam, muitas vezes, maior importância. Por isso, saíam da Faculdade de Direito, espíritos diletantes como o Azevedo, o Estêvão e o Jorge, para os quais o diploma era apenas um ornamento ou sinal de status, e não um título que os habilitasse à atuação profissional. Eram bacharéis como tantos outros ou como toda gente... Outros traziam do seu curso pouco mais do que as humanidades aprendidas no colégio e que o tempo passado na Faculdade permitira aprimorar, por meio de boas leituras. Esses iriam ostentar os frutos de uma cultura mais ilustrativa do que profunda, mais genérica do que especializada. Ou seriam esses bacharéis como se costuma dizer, especialistas em ideias gerais, hábeis no domínio da palavra, capazes de prender a atenção dos interlocutores em qualquer assunto, fosse a meteorologia, fosse a botânica e, até, em alguns casos, o próprio direito... (MEDINA, 2006, p. 37).

O aludido autor (MEDINA, 2006, p. 38) pontua que a realidade dos tempos atuais já não comporta bacharéis do jaez dos personagens de Machado. Consoante Medina (2006), já não basta conhecer o direito: “é preciso conjugar ao conhecimento jurídico o domínio de uma língua estrangeira; ter noções de política e de economia; adestrar-se no uso da informática – tudo isso sem desprezar a formação humanística, baseada no estudo da História e da Literatura”.

É válido destacar, contudo, que a despeito do alegado por Medina (2006), a realidade do bacharel na sociedade brasileira atual, na média, é tão ou mais precária que o bacharel machadiano, possuindo as mesmas debilidades jurídicas e com uma carência na formação humanística desoladora.

Toda essa análise leva a perceber que o momento é, ainda, de superação do atual modo de produção do Direito e, portanto, de repensar o Direito. Para isso, Trindade e Gubert (2008, p. 17) compreendem que, em tempos de pós-positivismo, a Teoria da Literatura deve ser vista

“como uma forte aliada, seja para aperfeiçoar as habilidades criativas do jurista, para proporcionar-lhe uma compreensão evolucionária histórica, ou para contribuir na formação humanística e crítica dos bacharéis”. A importância do estudo interdisciplinar entre Direito e Literatura é, de fato, inegável.

2.2 DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO

É de suma importância compreender que as interações entre o Direito e a Literatura vêm de longa data; o estudo dessas interações, no entanto, é recente. Vários são os livros e artigos publicados sobre o tema no século XIX e na segunda metade do século XX. Nos últimos anos, percebeu-se um crescimento rápido desse novo campo de pesquisa, campo este que se propõe a aplicar os métodos de análise jurídica aos textos literários e, reciprocamente, de aplicar os métodos de análise literária aos textos jurídicos (VIEIRA, 2012, p. 45-46).

Nessa mesma linha, lembram Trindade e Gubert (2008, p. 11-12) de que o estudo do Direito e Literatura, em que pese o prestígio e a importância verificados ao longo do século XX junto às faculdades, programas, cursos, centros e institutos de pesquisa norte-americanos e europeus, é uma prática pedagógica ainda incomum na cultura jurídica e literária brasileira e chamam a atenção, sobretudo, em face da íntima relação que historicamente se verifica entre a produção jurídica e a literária.

Até os anos 60, as universidades norte-americanas dispensavam um ensino jurídico isento de teorias. Segundo Posner (1996, p. 11), a teoria não ocupava um lugar importante na pesquisa jurídica anglo-americana ou era mínima durante os anos 40 e 50, e o mesmo ocorria com a análise literária, que, em sua maior parte, também não se ocupava das teorias, embora a teoria literária possua uma história de dois mil anos. O autor relata que os estudos universitários dos anos 40 a 60 prendiam-se, necessariamente, “à análise dos textos definitivos das obras literárias, ao estudo dos gêneros literários, ao estudo do contexto histórico ou cultural da obra e à análise da vida dos escritores”.

Siqueira (2011, p. 36) rememora que a proposta de aproximação entre o estudo do Direito e da Literatura ganhou importância acadêmica no espaço institucional norte-americano a partir da década de 1960. Essa proposta, assevera, surgiu como uma das várias tendências antipositivistas

do mais amplo movimento “direito e sociedade”, atuando na formação do profissional do Direito de forma a resgatar aspectos humanísticos de que as carreiras jurídicas se afastaram.

Segundo a autora, a centralização do Direito no positivismo kelseniano levou à redução gramatical de seus enunciados e à análise estritamente sintática e semântica de suas normas¹, tornando-o incapaz de atender às demandas sociais postas ao Direito, de modo que, como resposta a essa insuficiência do reducionismo positivista, o movimento *Law and Literature* proporcionou uma miragem crítica e inovadora capaz de construir alternativas teóricas para o Direito, acusando seus limites, incompletudes e contradições.

O reconhecimento da Literatura como instrumento de compreensão mais profunda do Direito vem sendo debatido, principalmente fora do Brasil, com intensidade. É fácil encontrar na doutrina estrangeira afirmações no sentido de que a Literatura traz luz aos problemas jurídicos, em especial, àqueles relacionados com a retórica e com as atitudes morais. “Nos Estados Unidos da América, a relação entre o Direito e a Literatura é de tal monta que, nos idos da década de 1970, mereceu ganhar *status* de movimento. Lá se chamou *law and literature*. Até hoje livros e revistas são publicados, seminários e simpósios são organizados em torno do tema” (NOJIRI, 2012, p. 67).

Tendo em vista que o Direito e Literatura pode ser considerado um movimento cujo desenvolvimento acompanha, praticamente, a evolução da história do século XX, como bem pontua Sansone (2001, p. 2), parece oportuno, dividi-lo em três períodos bastante distintos a fim de facilitar a compreensão.

O primeiro momento é o ponto de partida, que começa no início do século e vai até o final da década de 30, quando surgem os primeiros escritos propriamente sobre Direito e Literatura, tanto no cenário jurídico europeu quanto no americano. O segundo momento é um período intermediário em que se dá continuidade à produção das pesquisas, com o aprofundamento e a difusão dos estudos especialmente na Europa, nas décadas de 40 e 50, e com o renascimento norte-americano do movimento *Law and Literature*, na década de 70. Por fim, o terceiro momento, quando ocorre o enraizamento epistemológico do estudo do Direito e Literatura no interior dos departamentos universitários e dos centros de pesquisa, a partir da década de 80.

¹ Siqueira (2011) faz uma leitura reducionista de Kelsen, uma vez que este não se limita à análise gramatical, indo além, reconhecendo a pluralidade de sentidos possíveis da norma.

Sansone (2001, p. 15-18) rememora que o estudo do Direito e Literatura começou nos Estados Unidos em 1908 com a publicação do ensaio *A List of Legal Novels*, de John Wigmore, voltado para o estudo do Direito *na* Literatura, por meio do qual são catalogadas e classificadas inúmeros romances, especialmente narrativas anglo-saxãs modernas, em que emergem as mais variadas temáticas jurídicas; e, também, com a publicação do ensaio *Law and Literature*, do juiz Benjamin Cardozo, em 1925, voltado para o estudo do Direito *como* Literatura, através do qual se examina a qualidade literária do Direito, propondo a leitura e interpretação das sentenças judiciais como exemplos de Literatura.

O crescimento da investigação alcança uma etapa fundamental entre os anos 1940 e 1960, com a publicação da obra de Ferruccio Pergolesi, cuja pesquisa mostra-se significativa no que diz respeito à grande produção bibliográfica sobre o tema, ao método adotado pelo autor e à sistemática da análise desenvolvida sobre o complexo campo das relações entre Direito e Literatura (TRINDADE; GUBERT, 2008, p. 25).

Acrescenta, até, que nos Estados Unidos ocorre um enriquecimento dos estudos iniciados por Wigmore e Cardozo, com a publicação da série de textos e ensaios que redundam, posteriormente, nas décadas de 60 e 70, as proposições de inclusão do ensino do *Law and Literature* nas academias norte-americanas (TRINDADE; GUBERT, 2008, p. 26).

Trindade e Gubert (2008, p. 27) destacam o crescente aumento dos escritos, discussões e eventos, sobretudo na década de 70, particularmente com a publicação do ensaio de James Boyd White, intitulado *The Legal Imagination: Studies in the Nature of the Legal Thought and Expression*, que reúne trechos de obras literárias, sentenças, decisões judiciais e leis, bem como escritos do próprio autor, através dos quais pretende demonstrar que o Direito é um sistema cultural, do qual participam a imaginação e a criatividade literária, como componentes da racionalidade jurídica.

Sansone (2001, p. 68-70) enumera os acontecimentos que firmaram em definitivo o *Law and Literature Movement* nos Estados Unidos, quais sejam: (i) a realização de conferências e simpósios universitários sobre o tema; (ii) a organização de revistas especializadas, como *The Yale Journal of Law & The Humanities* e *Cardozo Studies in Law and Literature*; (iii) a criação de promissoras organizações e associações, como é o caso da *Law and Humanities Section of the Association of American Law Schools* e do *Law and Humanities Institute*; (iv) a instituição

de disciplinas universitárias dedicadas ao Direito e Literatura; (v) a publicação de inúmeras monografias sobre o tema, com destaque especial para as de Weisberg, White e Posner.

Nota-se, dessa forma, que o estudo do Direito e Literatura encontra, nos Estados Unidos, um desenvolvimento particular, do qual resulta a formação de uma verdadeira escola voltada especificamente para o tema, enquanto na Europa o referido estudo, ainda que presente e vivo, pode ser definido mais precisamente como um campo interdisciplinar, através do qual se aprofunda, mediante as obras literárias, temáticas que são por natureza objeto da Filosofia e da Sociologia do Direito.

2.3 SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS

Conforme Caume (2011, p. 40), embora não se possa deixar de considerar as peculiaridades dos dois saberes – e, portanto, os possíveis pontos de afastamento e divergência entre eles –, é preciso compreender que as diferenças não impedem as investigações interdisciplinares entre Direito e Literatura. Prova veemente disso, aponta a autora, é “o crescimento e consolidação dos estudos de Direito e Literatura perceptíveis através do acompanhamento de sua evolução histórica e da multiplicação de perspectivas, preocupações e debates em torno do tema”.

2.3.1 As semelhanças

Com a crise do Positivismo, adiada ou não, é impossível deixar de reconhecer a importância que a linguagem assume no século XX, especialmente no que diz respeito à compreensão e à análise dos fenômenos jurídicos, haja vista que o Direito é constituído pela linguagem: é uma forma discursiva, de maneira que, como afirma Silva (2001, p. 130), “compreendê-lo e construí-lo diariamente como tal são tarefas que implicam desafios que não podem virar os olhos aos recentes desenvolvimentos da filosofia da linguagem e da teoria literária”.

Analisa Siqueira (2011, p. 35) que aceitar a linguagem como fonte comum do Direito e da Literatura é uma das maneiras com que se pode demonstrar a impossibilidade da separação entre descrição e valoração proposta pelo Positivismo. Para a aludida, “a valoração intrínseca a

qualquer construção linguística, imbuídas de significações e carga descritiva, leva à inevitável constatação de que o Direito é, essencialmente, interpretação”.

Dessa forma, a autora compreende que a análise do Direito, a partir dessa perspectiva, “resgata-o de seu isolamento frente a outros campos de conhecimento e o coloca numa perspectiva de contínua narratividade, determinada pela transição jurídica e social de suas significações” (SIQUEIRA, 2011, p. 35).

Por isso, Trindade e Gubert (2008, p. 17-18) destacam a necessidade de se reconhecer que “a abertura e ampliação dos horizontes” é uma das grandes conquistas alcançadas com o pós-positivismo, o que possibilita a intersecção entre as mais variadas áreas do conhecimento, dentre as quais a Literatura surge como potencial aliada para o estudo do Direito.

Para Trindade e Gubert (2008, p. 20), é preciso reconhecer que, com a revolução ocorrida na Filosofia no início do século XX, a linguagem perdeu seu caráter meramente instrumental e deixou de ser considerada uma terceira coisa que se interpõe entre um sujeito cognoscente e o objeto a ser conhecido, ou seja, não se pode ignorar que a linguagem passa a constituir “a verdadeira condição de possibilidade de todo processo compreensivo, assumindo uma dimensão instituidora, na medida em que nela – na linguagem – ocorre a mediação simbólica que se dá na relação do homem com o mundo”.

Dessa forma, como expõe Pérez (2006, p. 136), uma vez sendo a linguagem reconhecida como instância que funda através da palavra todo e qualquer discurso, parece ser impossível negar a existência de alguns elementos comuns entre o Direito e a Literatura, isso para não dizer do fato de serem ambas textuais, visto que atendem aos sete critérios de textualidade que os linguistas costumam estabelecer (coesão, coerência, intencionalidade, aceitabilidade, informatividade, situacionalidade e intertextualidade).

Portanto, ante o exposto, dentre os pontos de aproximação entre o Direito e a Literatura, cabe, inicialmente, destacar que “a linguagem preexiste à realidade – inclusive à realidade jurídica – e, portanto, a todo discurso que sobre ela incide, uma vez que o pensamento, vá em que direção for, sempre terá que passar pela palavra” (FREITAS, 2002, p. 5). Assim sendo, tanto o Direito quanto a Literatura se encontram intimamente relacionados à linguagem, pois operam fundamentalmente com a palavra, o texto, o discurso, a narração, enfim, a comunicação.

Nesse sentido, Silva (2001, p. 73-74) entende que o estudo do Direito e Literatura apresenta dois aspectos comuns a ambas as disciplinas: (i) tanto uma quanto a outra, embora de forma e com finalidade diferentes, lidam com as relações humanas, o que pressupõe um apurado conhecimento da natureza/condição humana; (ii) ambas atribuem, necessariamente, um papel central à palavra, o que vincula a atividade de juristas e literários à interpretação de textos.

2.3.2 As diferenças

Não se pode inferir, de tudo o quanto exposto até então, que não haja diferenças importantes entre as disciplinas jurídicas e literárias, conquanto tais diferenças, como bem destacam Trindade e Gubert (2008, p. 22), não tenham o condão de colocar em xeque, por óbvio, a validade do estudo do Direito e Literatura. Cinco são as principais diferenças que normalmente se estabelecem entre o Direito e a Literatura.

Em primeiro plano, Ost (2007, p. 13) aponta que:

[...] se, por um lado, o discurso jurídico codifica a realidade através de formas e procedimentos, instituindo-a através de uma rede de significações convencionadas e de um sistema fechado de obrigações e interdições, por outro, a Literatura carece de qualquer dimensão formal², assim, liberta as possibilidades, subvertendo a ordem posta, na medida em que suspende as certezas instituídas, fulmina as categorias que encerram a realidade e rechaça as convenções estabelecidas, desobstruindo, desse modo, o caminho da imaginação rumo a utopias criadoras.

Em segundo, Ost (2007) contempla que, se de um lado, a função do Direito é estabilizar as expectativas sociais, em busca de segurança jurídica, o que resulta no “congelamento do tempo, no aprisionamento dos sentidos e no extermínio fálico das emoções e dos afetos”, de outro, a Literatura tem uma função fundamentalmente heurística, voltada para “criar, inovar, criticar, surpreender, espantar, deslumbrar, perturbar, chocar, desorientar, enfim, emocionar”, como se apercebe:

[...] o direito faz escolhas que se esforça por cumprir, em nome da “segurança jurídica” à qual atribui a maior importância. Entre os interesses em disputa, ele decide; entre as pretensões rivais, opera hierarquias. Assim o exige sua função social que lhe impõe estabilizar as expectativas e tranquilizar as angústias. Livre dessas exigências, a literatura cria, antes de tudo, a surpresa: ela espanta, deslumbrar, perturba, sempre

² Parece exagerada a afirmação de que a Literatura “carece de qualquer dimensão formal”, pois a arte, como um todo, tem se apresentado durante séculos de modo formalizado, sobretudo quando se analisa a poesia e a dramaturgia. Mesmo a arte moderna possui uma dimensão formal, ainda que sirva para questionar outras construções estéticas.

desorienta. Isso produz, entre ela e o direito, uma segunda diferença importante. Livre para entregar-se às variações imaginativas mais inesperadas a propósito de um real sempre muito convencionalizado, ela explora, como laboratório experimental humano, todas as saídas do caminho. Às vezes com passagens radicais que têm por efeito inverter os pontos de vista e engendrar novos olhares, quando não novas realidades. No momento em que Alice passa para o outro lado do espelho, nada mais é verdadeiramente como antes. Toca-se aqui a função propriamente heurística da literatura: seu gesto experimental é, ao menos em alguns casos, portador de conhecimentos realmente novos (OST, 2007, p. 15).

Nessa mesma linha, uma terceira diferença se revela a Ost (2007), de forma que, se, por um lado, do Direito se aguarda comando, a ordem, a medida, a decisão, o mandado etc., por outro, da Literatura se espera o belo, a imaginação, o lúdico, a dúvida, a transgressão etc.

A quarta diferença estabelece que, se de um lado o Direito produz sujeitos de direito, conferindo-lhes direitos e obrigações convencionalizadas, bem como investe pessoas em papéis normatizados cujo comportamento exemplar deve servir como estatuto das condutas e padrões esperados dos demais indivíduos na vida em sociedade, como, por exemplo, o pai de família, a mulher honesta, o concorrente leal, o profissional diligente etc., de outro, a Literatura cria personagens literários, cuja ambivalência de sua natureza combina, geralmente, apenas com a ambiguidade das situações singulares que lhe são colocadas, de maneira que sua identidade é o resultado de sua trajetória experimental em busca de si mesmo (OST, 2007, p. 16-18).

Por fim, uma última diferença apontada por Ost (2007, p. 18) revela que, se por um lado, o Direito se volta para a generalidade e abstração, normalmente atribuída à lei, por outro, a Literatura se atém no particular e no concreto, tendo em vista que toda história se mostra irredutivelmente singular. Quanto a essa última diferenciação feita por Ost (2007), parece o autor ignorar, no entanto, que a Arte frequentemente trata de temas universais, como amor e morte, de modo que não necessariamente a Literatura se atém no particular e no concreto.

Verificadas tais diferenças, o que se percebe, de fato, é que ao invés de essas denunciarem uma incompatibilidade entre as duas disciplinas, elas evidenciam uma relação dialética imprescindível ao estudo do Direito e Literatura, como bem analisam Trindade e Gubert (2008, p. 22-23).

É justamente por isso que Ost (2007) afirma que não se pode limitar a constatar um simples “[...] diálogo de surdos entre um direito codificado, instituído, instalado em sua racionalidade e sua efetividade, e uma literatura rebelde a toda convenção, ciosa de sua ficcionalidade e de

sua liberdade”, quando, na verdade, o que há “são empréstimos recíprocos e trocas implícitas” (OST, 2007, p. 23). E acrescenta:

Entre o “tudo é possível” da ficção literária e o “não deves” do imperativo jurídico, há, pelo menos, tanto interação quanto confronto. Essa tese essencial é sem dúvida o postulado mais central do movimento “direito e literatura”, como lembra James Boyd White, um dos seus principais representantes nos Estados Unidos. Em vez de opor um direito, linguagem racional do poder, a uma literatura, fantasia recreativa que obedece a critérios exclusivamente estéticos, é preciso, ao contrário, procurar compreender a inspiração comum entre ambos (OST, 2007, p. 23-24).

Portanto, embora as diferenças entre Direito e Literatura devam ser contempladas em estudos propostos, estas, de forma alguma, comprometem o seu potencial didático, pelo contrário: validam-no.

2.4 AS INTERAÇÕES POSSÍVEIS

Há várias maneiras de se estudar as relações entre Direito e Literatura, dentre elas destacam-se três possibilidades de análise.

A primeira consiste no estudo do Direito *da* Literatura. Neste, a propriedade literária, a responsabilidade civil do escritor e o direito de imprensa, em seus aspectos civis e penais, centralizam as discussões. A segunda é o estudo do Direito *como* Literatura, em que se investigam as qualidades literárias do Direito. Poderia, também, se denominar “a estrutura literária do Direito”, pois nesta comparam-se os métodos literários e jurídicos. A terceira consiste em um estudo do Direito *na* Literatura, isto é, a maneira pela qual a Literatura representa a lei, a justiça e os grandes problemas do Direito. É nesta última que se dirige o foco do presente estudo.

2.4.1 Direito *da* Literatura

Como bem aduz Nojiri (2012, p. 70), uma das formas de estudar a aproximação entre Direito e Literatura versa no que os americanos chamam de *law of literature*. Conforme o autor, esse Direito *da* Literatura surge a partir do direito constitucional à liberdade de expressão (*freedom of expression e free speech*), em que os debates giram em torno dos limites da liberdade de

expressão literária e artística (a utilização de expressões obscenas em trabalhos literários serve como um bom exemplo desses debates).

Nojiri (2012, p. 71) se questiona, nesse sentido, como seria possível realizar o controle acerca do conteúdo (i)moral de um trabalho literário. Relembra o autor que, apesar de se viver em um período de ampla liberdade de expressão, não se pode esquecer de que autores, hoje renomados, já tiveram problemas com a censura, e, para isso, não é preciso retroceder à Grécia antiga da época de *A República* de Platão. E exemplifica:

Os leitores ingleses do século XX, por exemplo, tiveram que aguardar décadas para ter acesso à grandiosa obra *Ulisses*, de James Joyce, publicada originalmente em 1922. Os romances de Henry Miller também passaram por dificuldades semelhantes. O famoso romance *Lady Chatterley's Lover* (1928), de D. H. Lawrence, só pôde ser oficialmente comercializado nos Estados Unidos a partir da década de 1960. Vladimir Nabokov terminou de escrever *Lolita* em 1954, mas em razão de seu polêmico conteúdo somente conseguiu encontrar uma editora disposta a publicar o romance em 1958 (NOJIRI, 2012, p. 71).

Para Trindade e Gubert (2008, p. 49), o Direito *da* Literatura é uma categoria que talvez não corresponda propriamente a uma corrente vinculada àquilo que se vem denominando Direito e Literatura, mas configura uma aproximação transversal na medida em que se limita a reunir questões específicas e de caráter eminentemente normativo, mediante o qual se investiga a regulação jurídica dada à Literatura, isto é, as disciplinas de Direito Privado, no que diz respeito à propriedade intelectual, aos direitos autorais, *copyrights* etc.; de Direito Penal, tendo em vista os crimes de imprensa e demais crimes praticados pelos meios de comunicação, os crimes contra a honra etc.; e de Direito Constitucional, cuja matéria está ligada à liberdade de expressão, à censura etc.; e, ainda, de Direito Administrativo, naquilo que se refere às regulações do exercício da atividade profissional literária, às diretrizes dos programas escolares, às regulamentações das bibliotecas públicas etc.

2.4.2 Direito *como* Literatura

Para Nojiri (2012, p. 71), a primeira e mais óbvia forma de se realizar a aproximação do Direito *como* Literatura, sugerida pela escola hermenêutica, parte do pressuposto de que tanto o Direito quanto a Literatura habitam o mundo dos textos: o Direito, da mesma forma que a Literatura, é textual e, portanto, requer interpretação.

Conforme o referido autor, o direito positivo – seja ele legal, constitucional ou da *common law* – necessita ser interpretado como qualquer outro texto literário (ao menos no que diz respeito à forma de se obter um significado).

Destaca Nojiri (2012, p. 71) que desse ponto em comum o Direito entendeu, a partir da teoria crítica literária do século XX, que a tarefa de interpretar um texto e de estabelecer um significado não pode ser uma questão de mergulhar no estado mental do autor do texto, isto é, o significado de um texto, seja ele qual for, não pode ser simplesmente equiparado àquilo que pretendeu o autor do texto.

A partir de escolas hermenêuticas e investigações realizadas em departamentos de Literatura, alguns juristas tomaram emprestado, e eventualmente empregaram em seus próprios estudos, uma infinidade de alternativas à intenção do autor como a única fonte geradora de significados.

O significado de um texto não deve ser buscado, adverte Nojiri (2012, p. 71-72), nem na vontade do autor nem no próprio texto em si, mas na comunidade de leitores que o gera ou na mente do leitor ou em algum processo holístico e interativo entre o texto e a comunidade interpretativa. Onde quer que se localize, o processo de geração de sentido, de acordo com essas doutrinas, deve ser governado não por restrições impostas pelo autor, enquanto um ser histórico e corpóreo, mas, sim, pelas regras da comunidade interpretativa e princípios que regem a interpretação.

Tendo isso em vista, destaca-se o que diz Dworkin (2000). Este defende que a interpretação dos leitores de romances ou dos críticos literários é do mesmo tipo que aquela realizada por juízes, advogados e professores de Direito.

Dworkin (2000, p. 236) afirma que a interpretação do Direito e a interpretação da Literatura estão intimamente relacionadas. Para o autor, a interpretação deve ser “construtiva”, no sentido de que o objeto a ser interpretado deve ser trazido à sua melhor luz (*the best it can be of the genre it is*). A interpretação construtiva de Dworkin considera que o juiz da *common law* é como um autor de um romance em cadeia, escrito por vários autores, cada um deles adicionando um novo capítulo a esse romance. Os autores posteriores devem respeitar os capítulos anteriormente já escritos, ainda que com alguma margem de liberdade.

Nojiri (2012, p. 74), sobre a referida margem de liberdade, percebe que nessa aparente margem existe uma finalidade específica: reforçar o entendimento de que o autor do romance em cadeia

tem a obrigação de tornar o texto o melhor que ele pode vir a se tornar. Em outras palavras, Dworkin (2000) está afirmando que os juízes devem transformar o Direito no melhor que ele pode vir a ser. As decisões do juiz, segundo Dworkin (2000), são semelhantes às decisões do romancista:

Assim como, num romance em cadeia, a interpretação representa para cada intérprete um delicado equilíbrio entre diferentes tipos de atitudes literárias e artísticas, em direito é um delicado equilíbrio entre convicções políticas de diversos tipos; tanto no direito quanto na literatura, estas devem ser suficientes afins, ainda que distintas, para permitirem um juízo geral que troque o sucesso de uma interpretação sobre um tipo de critério por seu fracasso sobre outro (DWORKIN, 2000, p. 286-287).

Nojiri (2012, p. 81) afirma que a Literatura é, por excelência, o reino da ambiguidade, e suas verdades são sempre subjetivas, meias-verdades, relativas, verdades literárias que com frequência constituem inexatidões flagrantes ou mentiras históricas. Admite o autor que a recomposição do passado que acontece na Literatura é quase sempre falaz, vez que verdade literária é uma e a verdade histórica, outra. Pondera o autor que “[...] mesmo que esteja repleta de mentiras – ou melhor, por isso mesmo –, a literatura conta com uma história que a história, escrita pelos historiadores, não sabe nem pode contar”.

Assim, como bem conclui Bermejo (2002, p. 73), o mundo literário, particularmente dos romances, em que produz uma vida narrativa sem quaisquer limitações, nada ou muito pouco tem em comum com a tese do romance em cadeia de Ronald Dworkin. Para o autor, o Direito tem como função trazer segurança, previsibilidade nas relações sociais; o romance, por sua vez, caracteriza-se pela imprevisibilidade.

Na teoria de Dworkin (2000), o mais importante elo entre a Literatura e o Direito encontra-se na interpretação, que no Direito como integridade é construtiva. Nesse modelo, tanto a teoria do Direito como a prática do Direito teriam a mesma natureza da Literatura, todas elas seriam práticas interpretativas. Nesse sentido, interpretar questões de Direito é o mesmo que decidir questões de Direito. Decidir é, antes de tudo, um ato de interpretação.

Nojiri (2012, p. 84) defende a impossibilidade de aceitar a analogia do Direito com a Literatura, ao menos da forma proposta por Dworkin (2000), pois, ao se repudiar a atividade interpretativa como ponto de conexão entre o Direito e a Literatura, não há como concordar com a tese do Direito como um romance em cadeia, uma vez que as características essenciais do Direito não se resumem ao ato interpretativo.

Nessa mesma linha segue West (1987, p. 207), ao afirmar que, apesar da superficial semelhança com a interpretação literária, a decisão judicial não é essencialmente um ato interpretativo, de natureza subjetiva ou objetiva; a decisão judicial, inclusive a decisão judicial constitucional, é um ato interpretativo. Para o autor, a decisão judicial é formalmente interpretativa, mas, no fundo, é um exercício de poder de um modo que os atos verdadeiramente interpretativos, como a interpretação literária, não são.

Destaca, ainda, que a decisão judicial tem muito mais coisas em comum com a legislação, atos executivos, decretos administrativos e caprichosas ordens de príncipes, reis e tiranos do que outras coisas que se faz com as palavras, como criar e interpretar romances. West (1987) defende que não importa quantas semelhanças a decisão judicial compartilha com as atividades linguísticas literárias, o seu atributo principal a distingue, de modo que:

Se perdermos de vista a diferença entre a interpretação literária e a decisão judicial e se nós não enxergamos que a diferença entre eles está na dimensão do poder exercido pelo judiciário em relação ao poder exercido pelo intérprete, então nos equivocamos com relação à natureza da interpretação ou com relação à natureza do direito, ou ambos (WEST, 1987, p. 207).

A mais importante diferença é frisada – e corroborada, como já se viu – por West (1987, p. 277): o Direito, incluindo o direito judicial, é imperativo, e a Literatura é expressiva, isto é, as pessoas que criam o Direito usam palavras para exprimir comandos garantidos por sanções; os romancistas, não. Observa o autor que o texto legal é um comando e o texto literário é uma obra de arte, e que essa diferença implica outras: interpretação jurídica é a tentativa de determinar o significado por trás do comando; interpretação literária é a tentativa de determinar o significado por trás de uma expressão artística. E sintetiza: “Direito é um produto do poder. A literatura quando é boa, não”.

Tendo em vista tais ressalvas, Nojiri (2012, p. 85) sublinha que elas não fazem com que o Direito não tenha nada em comum com a Literatura ou que não possa aprender nada com ela, pois o Direito, bem como a Literatura, somente pelo fato de serem expressões linguísticas, certamente, compartilham pontos de vista convergentes em um ou outro sentido. A advertência do referido autor é no sentido de que ideias extraídas da teoria literária aplicadas, inadvertidamente, podem tanto ensinar como induzir a erro.

Nojiri (2012) critica, veementemente, os adeptos do movimento *law and literature*, afirmando que estes não medem esforços para negar as diferenças existentes entre os dois ramos do

conhecimento. Os partidários da teoria interpretativa, relembra o autor, defendem que o poder não separa a decisão judicial de outros usos linguísticos (NOJIRI, 2012, p. 85).

O referido autor conclui que não há dúvidas que a Literatura tem muito a ensinar a juristas ou não juristas. Levanta o questionamento se vale a pena comparar o Direito à Literatura, principalmente, a um romance em cadeia, escrito por vários autores que não tem fim, ou seja, se vale a pena continuar insistindo em “um livro que não existe e que nunca existiu na vida real, apenas em uma fantasia”.

2.4.3 Direito *na* Literatura

Segundo Talavera (2006, p. 5 e 10), a Literatura se apresenta como ricas fontes para a reflexão crítica do Direito, através do qual ainda é possível “retirar as vendas com as quais o positivismo normativista cega incessantemente os juristas, na medida em que o estudo do Direito através da Literatura permite, justamente, o desvelamento do sentido do Direito e de sua conexão com a justiça”.

Godoy (2008, p. 29) visualiza mais do que isso: a Literatura pode servir como importante instrumento mediante o qual ocorre o registro histórico e temporal dos valores de um determinado lugar ou época, dentre os quais se inscreve a representação das instituições, inclusive as jurídicas, no interior do imaginário coletivo e social, pois o escritor “evidencia o mundo em que vive”, de forma que “sua experiência é o substrato de um tempo”. Em outras palavras:

A Literatura presta-se a oferecer informações e subsídios para compreensão do meio social, que é o caldo de cultura onde desenvolve-se o Direito. Embora a linguagem literária tenha matiz artístico, e a linguagem jurídica, um modelo científico, aquela expressa o que a sociedade pensa dessa. As linguagens são distintas, não há dúvidas. A linguagem jurídica presta-se a resolver conflitos, em plano prático, e a cogitar de si mesma, em plano mais teórico (GODOY, 2008, p. 16).

O supracitado autor destaca, contudo, que à Literatura não compete a tarefa de explicar, propriamente, o Direito ou quaisquer outros campos da atuação humana. Sua contribuição – embora ligada mais nitidamente a uma dimensão sociológica e antropológica – é no sentido de auxiliar na compreensão do Direito e seus fenômenos (GODOY, 2008, p. 35). E pondera:

A Literatura permite enfoque de épocas e de instituições. Não desconheço que a obra literária é acompanhada de forte marca ideológica, a ponto de descaracterizar objetivamente a realidade pesquisada. É que a Literatura configura estilos de época. Ao lado da marca pessoal de um artista (Castro Alves, por exemplo), evidencia-se conjunto de características a identificar uma conjuntura (o Romantismo). A literatura é a arte da palavra, revela uma realidade (a Literatura é o homem e sua circunstância, numa perspectiva gassetiana; como Arte, a Literatura proporciona prazer estético (GODOY 2008, p. 19-20).

Conforme Talavera (2006, p. 55), o interesse que suscita o conhecimento da Literatura para o Direito reside na sua capacidade de elucidação e reflexão crítica de questões transcendentais que se colocam no campo jurídico, conectando o essencial de suas raízes e origens às suas formulações mais avançadas.

Nesse contexto, merece o destaque feito por Ost (2007, p. 24) do fato que, normalmente, os juristas apendem que “o direito se origina do fato” (*ex facto ius oritur*), enquanto a reflexão proposta pelo autor é, justamente, no sentido de reformular tal aforismo: “do relato é que advém o direito” (*ex fabula ius oritur*).

Para isso, Ost (2007, p. 36) toma emprestada de Ricouer (1994) a “teoria da tríplice mimeses”, que leciona que o dado prefigura, o artista configura e o intérprete refigura, segundo a qual é possível extrair três conclusões para o estudo do Direito *na* Literatura: (i) a redução o abismo aberto pelo pensamento analítico, desde Hume, entre os mundos do ser e do dever ser – ou melhor, entre fato e Direito –, tendo em vista que o ser sempre aparece já interpretado; (ii) a experiência do contar constitui, precisamente, a mediação entre o descrever e o prescrever; (iii) a Literatura deixa de ser considerada uma ornamentação, gratuita e exterior, passando a ser entendida como “o modo mais significativo de assumir essa estrutura pré-narrativa da experiência comum e suas avaliações implícitas” (OST, 2007, p. 37).

Sobre isso, aponta Godoy (2008):

Tipos literários podem ser utilizados na compreensão de valores jurídicos. É o individualismo triunfante em Robinson Crusoe; o republicanismo em Paulo e o monarquismo em Pedro, no Esaú e Jacó, de Machado de Assis; o ideário da tradição burguesa em Os Budenbrook, de Thomas Mann; a burocracia de Weber no Sr. K de Kafka; a bioética em Frankenstein, de Mary Shelley; a eficiência em Drácula, de Bran Stoker; o juiz corrupto em Filocleôn, de Aristófanes; o juiz irresponsável em Bridoye, de Rabelais; o bacharelismo oco no Conselheiro Acácio, de Eça de Queiroz (GODOY, 2008, p. 16).

Godoy (2008, p. 20) destaca que a força histórica e episódica de um texto literário é incomensurável. Rememora o autor que uma simples evocação da peça de Aristófanes, *Lisístrata* (a greve do sexo), causava mal-estar em tempos de ditadura castrense (sabe-se que

sua lembrança pelo Deputado Márcio Moreira Alves, em 1968, acelerou a confecção do AI-5). Recorda, ainda, que *Os sofrimentos do Jovem Werther*, de Goethe, fora acompanhado por uma onda de suicídios; que *O Príncipe*, de Maquiavel, pode ter sufragado ditaduras, ao separar Ética e Política, dentre concepções teleológicas de que os fins justificam os meios; que *A Cabana do Pai Tomás*, da norte-americana Harriet Beacher-Stowe, concorreu para os acontecimentos de 1861-1865 nos Estados Unidos, assim como o *Minha Luta*, de Adolf Hitler, pode ser indicado como causa subjacente dos episódios que levaram à Segunda Guerra Mundial. “É a força dos livros. E muitos outros exemplos há”, afirma Ost (2007).

É a partir disso que Ost (2007, p. 41) propõe uma “Teoria do Direito Contado”, na qual os casos exsurtem na sua singularidade, ao invés de uma teoria do direito analisado – originado a partir de fundamentos hipotéticos, articulado em torno de pirâmides de normas, marcado pela atemporalidade metafísica, e, paradoxalmente, cúmplice de discricionariedades –, ainda predominante no ensino jurídico, cujo caráter analítico, de inspiração legalista e positivista, mantém o jurista refém do sentido (demasiadamente) comum teórico, sem que ele consiga dar-se conta da crise de dupla face – paradigma liberal e paradigma da filosofia da consciência – na qual o Direito se insere.

Ost (2007) conclui que, não obstante as críticas que são frequentemente dirigidas ao direito contado – às vezes pelos promovedores do movimento *Law and Literature*, às vezes pelos defensores do direito analisado –, é justamente nessa dialética reconstrutiva das narrativas que se pode encontrar o melhor estudo do Direito e Literatura.

3 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Discutir os princípios penais é discutir a importância de impor limitações ao poder punitivo do Estado. O fato é que o Direito Penal surgiu como uma alternativa à vingança pública, privada ou divina, que se instalava na sociedade, e sua história é a história da diminuição dos poderes e abusos cometidos pelo Estado e entre os indivíduos. No entanto, apesar do progresso que tal ramo traz, ainda há reações primitivas que não foram extintas:

A superação destas formas primitivas de direito penal e o estabelecimento de um moderno direito penal preventivo até hoje não foram concluídos, estando sempre ameaçados de recaída em formas mais primitivas, devendo-se distinguir um aspecto objetivo, referido ao fato, bem como um aspecto subjetivo, referido ao autor (SCHÜNEMANN, 2005, p. 11).

Dessa forma, a discussão principiológica que se propõe nesta pesquisa não se contenta com as definições conceituais, análises jurisprudenciais e confrontações de teses doutrinárias. Na verdade, a discussão principiológica que se busca fazer, além de, obviamente, analisar os referidos princípios penais, serve como subterfúgio para a realização de uma investigação atrelada ao impacto social da pena na sociedade e no homem e como ele se representa na Literatura, mais especificamente, na obra *Os miseráveis*, de Victor Hugo.

A Constituição Federal Brasileira positivou alguns valores e princípios que o constituído Estado Democrático de Direito elegeu como de máxima importância, centrando, neles, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II), visando, com isto, à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, de modo a não restar dúvida que, pela nova ordem constitucional, o Estado brasileiro se classifica entre os que admitem o intervencionismo como forma de realização de uma maior justiça social (CARVALHO, 1992, p. 41-42).

O intervencionismo, neste caso, é do tipo inerente a uma democracia providencialista, corolário de uma Constituição dirigente, divergindo do intervencionismo próprio dos regimes totalitários de governo.

Assim, a Constituição de 1988 ampliou os direitos, cuja finalidade é assegurar a justiça social. Destaca-se, ainda, que no Estado Democrático de Direito encontra-se embutido o Estado Social, e diferentemente do Estado Liberal de Direito, aquele pretende garantir a subsistência dos

cidadãos, tendo que ser um Estado de prestações e redistribuição de riquezas (CARVALHO, 1992, p. 42).

Carvalho (1992, p. 45) observa que, se a Constituição Federal Brasileira de 1988 admite o intervencionismo Estatal, pode-se concluir, *a priori*, que “sendo o delito o mais grave ataque contra bens jurídicos que o Estado quer proteger, a sanção social, como reação estatal, representa a sua pronta e forte intervenção no domínio da individualidade do infrator”. A autora alerta, todavia, que nesta conclusão existe o perigo de tentação de abuso político, de autoritarismo além do necessário, que deve ser evitado pelos próprios limites constitucionais traçados para o Direito Penal e pela sua própria exigência de eticidade.

Sobre tal exigência, Semer (2014, p. 9-10) confirma que, de fato, há um mínimo ético que perfaz o atual Direito Penal e o afasta de experiências pré-modernas de sistemas punitivos primitivos, que deixaram um legado de atrocidades, incertezas e privilégios, a exemplo das Ordenações Filipinas, legislação importada da Espanha, que vigeu na época do Brasil Colônia, que reprimia a blasfêmia, estipulava entre outras penas o desterro e a morte por esquartejamento (como a do inconfidente Tiradentes) e diferenciava a prisão e o processo de nobres e de homens do povo – antecedente do atual foro privilegiado.

Segundo o referido autor, “proibir o governo de criar, à sua vontade, normas penais, vedar a aplicação a condutas passadas, impedir sanções a quem não tem responsabilidade são garantias que interferem diretamente na construção das liberdades ou em anteparo aos autoritarismos” (SEMER, 2014, p. 10).

Neste diapasão, Semer (2014, p. 7) preleciona que “sem freios, o poder punitivo tende ao arbítrio”. Para o referido autor, o poder punitivo “é bruto, atavicamente expansivo e socialmente verticalizador”, de modo que nenhum meio de controle social provoca tanta violência a pretexto de combatê-la, e, ainda, nenhuma sociedade passa incólume ao fortalecimento da autoridade e à seletividade nos seus mecanismos de contenção.

Assim, o autor entende que não há outro sentido possível a um Direito Penal que se pretenda controle social formalizado (regrado e expresso) do que a paradoxal função de servir de contradição ou de limite ao mesmo poder que legitima, tratando-se de uma tentativa nem sempre bem-sucedida de reduzir o caráter autoritário do controle.

Semer (2014, p. 23) chega à conclusão que estudar os princípios penais no momento atual tem uma tarefa dúplice, qual seja a de conhecer a essência do Direito Penal para preservá-lo, e, ao mesmo tempo, “aprofundar o sentido de sua redução, sem o que o propalado Direito Penal Mínimo não passará de uma palavra de ordem vazia”.

3.1 A IMPORTÂNCIA DO BEM JURÍDICO NA CONSOLIDAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Para que haja a efetiva consolidação do princípio da proporcionalidade, é preciso investigar não só o modo como o Direito Penal escolhe as condutas a serem criminalizadas, mas também a pena que atribui a cada crime. Sabe-se, assim, que o que se analisa para tal é o conceito de bem jurídico.

Falar em “bem”, no que diz respeito a Nucci (2014, p. 5), é falar em algo positivo, como um favor, uma benesse, um proveito ou ventura, algo vinculado aos mais preciosos interesses humanos, materiais ou imateriais, como a moral e a ética. Não é todo bem, adverte o autor, que é tutelado pelo Direito: somente aqueles que são eleitos pelo ordenamento jurídico como essenciais à sociedade, merecendo, assim, proteção jurídica.

Assevera que os bens jurídicos são valores de relevância social que a Constituição Federal adota para que sejam protegidos pelo ordenamento, sendo que não é todo bem jurídico que é bem jurídico penal, mas somente aqueles que o Direito Penal, sob o viés minimalista, adotou como tal. Para o referido autor, é a análise do bem jurídico que, à luz do princípio da proporcionalidade, guiará o legislador penal na feitura da norma penal incriminadora, bem como o magistrado quando da sua aplicação.

Zaffaroni (2009, p. 398) adverte que, embora o delito seja muito mais que a lesão a um bem jurídico, tal lesão se demonstra indispensável para configurar a tipicidade, e é justamente por isso que o bem jurídico desempenha um papel central na teoria do tipo, dando verdadeiro sentido teleológico à lei penal. Afirma o autor que, sem o bem jurídico, não há razão do tipo e, portanto, não há possibilidade de interpretação teleológica, e ainda, sem o bem jurídico cai-se no formalismo legal, numa pura “jurisprudência de conceitos”.

Desse modo, o supramencionado autor conceitua bem jurídico penalmente tutelado como “a relação de disponibilidade de um indivíduo com um objeto, protegido pelo Estado, que revela seu interesse mediante tipificação penal de condutas que o afetam” (ZAFFARONI, 2009, p. 399).

De forma mais simples, o autor ensina que os bens jurídicos são os direitos que se tem de dispor de certos objetos, não sendo propriamente bem jurídico, por exemplo, a honra ou a propriedade, mas o direito de dispor sobre estes. Mas destaque-se que embora esse conceito trazido pelo autor consiga excluir do Direito Penal a punição da autolesão sem precisar recorrer ao princípio da alteridade, ele não é o mais utilizado.

Ressalta o autor, no entanto, que tal entendimento de bem jurídico (como “relação de disponibilidade”) não é pacífico, havendo uma variedade de conceitos. O que importa perceber, para Zaffaroni (2009), é a centralidade de tal conceito nas teorias do tipo e do delito, guardando um estreito paralelismo com a concepção geral do Direito e do Estado que o adote.

A partir disso, Roxin (2009, p. 17) defende que a função do Direito Penal no Estado Democrático de Direito é a proteção de bens jurídicos, de modo que só se autoriza a intervenção penal quando houver lesão ou perigo de lesão a qualquer bem jurídico tutelado – e acrescenta-se que, *a posteriori*, se tal intervenção for autorizada, deve-se seguir a lógica da proporcionalidade, de modo que a pena seja estabelecida pelo legislador e aplicada pelo magistrado na medida da lesão feita ao bem jurídico.

Ainda segundo Roxin, o Estado deve garantir, com os instrumentos jurídico-penais, não somente as condições individuais necessárias para uma coexistência semelhante, ou seja, a proteção da vida e do corpo, da liberdade de atuação voluntária, da propriedade etc., mas também as instituições estatais adequadas para tal fim, isto é, uma administração de justiça eficiente, um sistema monetário e de impostos saudáveis, uma administração livre de corrupção etc., sempre e quando isto não se possa alcançar de forma melhor (ROXIN, 2009, p. 17-18).

A todos esses objetos legítimos de proteção das normas que se submetem a tais condições, Roxin (2009, p. 18) chama de “bens jurídicos”. E define:

[...] podem-se definir os bens jurídicos como circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos. A diferenciação de realidades e finalidades indica aqui que os bens

jurídicos não necessariamente são fixados ao legislador com anterioridade, como é o caso, por exemplo, da vida humana, mas que eles também possam ser criados por ele, como é o caso das pretensões no âmbito do Direito Tributário (ROXIN, 2009, p. 18-19).

Dib e Guaragni (2012, p. 382) prosseguem nessa linha e anotam, ainda, que o objetivo da proteção ao bem jurídico no Estado moderno é justamente impor limite ao poder punitivo estatal, devendo atuar de forma subsidiária e proporcional, de modo que o Direito Penal só será chamado a atuar quando os outros ramos do Direito forem incapazes de proteger o bem jurídico em questão, e, havendo necessidade de atuação estatal, deverá ser observada a proporcionalidade.

Para os referidos autores, ao colocar a função do bem jurídico como ideia fundante do sistema de análise de crime, Roxin (2009) faz com que toda dogmática sirva como instrumento para o Direito Penal cumprir a sua função, daí se falar em “funcionalismo teleológico” ao se referir ao seu pensamento. Os autores prosseguem dizendo que, como consequência da “funcionalização” do Direito Penal, cada escalão analítico do crime assume funções: dentre as do tipo, está a de estabelecer o conflito do comportamento com um bem protegido (DIB; GUARAGNI, 2012, p. 383).

Santos (2008, p. 15), adotando a visão da Criminologia Crítica, entende que o conceito de bem jurídico continua essencial para o Estado Democrático de Direito nas formações sociais fundadas na relação capital/trabalho assalariado do capitalismo neoliberal, tanto como critério de criminalização, como objeto de proteção do Direito Penal, conforme reconhecem as teorias jurídica e criminológica modernas.

Baratta (2002, p. 260), nesse diapasão, compreende que o bem jurídico é critério de criminalização porque constitui objeto de proteção penal – afinal, destaca, existe um núcleo duro de bens jurídicos individuais, como a vida, o corpo, a liberdade e a sexualidade humanas, que configuram a base de um Direito Penal mínimo e dependem de proteção penal, ainda uma resposta legítima para certos problemas sociais.

A despeito disso, Santos (2008, p. 16) ressalta que admitir a proteção de bens jurídicos pela criminalização não exclui a necessidade de relevância do bem jurídico para constituir objeto de proteção penal – sempre subsidiária e fragmentária –, nem implica incluir todos os bens jurídicos como objeto de proteção penal.

Para este trabalho, mais importante do que traz Santos (2008), é a noção de que, mesmo que o bem jurídico esteja penalmente tutelado, nem toda lesão que a ele é direcionada deve ser criminalizada, mas somente as lesões de maior relevo. Um exemplo que ilustra perfeitamente essa noção é, nos crimes contra o patrimônio, a atipicidade do dano culposos, uma vez que o crime de dano tipificado no art. 163 do Código Penal brasileiro só tipifica a figura dolosa de tal crime. Além disso, é relevante que as condutas que se veja necessário serem criminalizadas o sejam sobre o crivo da proporcionalidade. É dizer que embora seja proporcional, do ponto de vista do legislador, criminalizar uma conduta, não se deve olvidar da proporcionalidade quando da fixação da pena em abstrato.

O Sistema Penal, envolvendo o crime e a pena, ergue-se em torno do bem jurídico eleito para ser amparado e protegido, conforme o seu grau de importância. A boa lida do bem jurídico, captando-o em todos os tipos penais incriminadores, analisando-o e conferindo-lhe o merecido alcance e abrangência, favorece muito a atividade do operador do Direito, permitindo-lhe construir a justa aplicação do Direito Penal compatível com o Estado Democrático de Direito (NUCCI, 2014, p. 6).

Vale observar, ademais, que Zaffaroni (2009, p. 89-91) compreende não haver dicotomia entre a tutela de bens jurídicos e a tutela de valores éticos, sendo certo que o Direito deve ter uma aspiração ética, já que seu objetivo é regular a conduta humana em sociedade, cominando para que os homens se adaptem a suas regulações, aspirando evitar o cometimento e repetição de ações que afetem de forma intolerável os bens jurídicos plenamente tutelados. E elabora:

O fim de prover à segurança tutelando bens jurídicos é o que marca um limite racional à aspiração ética do direito penal: não se pode penalizar a mulher que usa saia dez centímetros mais longa ou mais curta, porque contradiz a moda ou porque desagrade às comadres do bairro que a espiam pela janela, mas pode-se penalizar quem pratica um ato sexual na via pública e à vista de todos, porque afeta o sentimento de recato e reserva sexual daqueles que se vêem constrangidos a vê-lo contra a vontade. Não se pode penalizar quem se despe em seu domicílio, ainda que o veja a vizinha, que para espia-lo subiu no teto, porque foi sua vontade quebrar privacidade alheia. Ninguém pode ser penalizado porque usa barba ou a deixa de usar, porque corta ou não o cabelo, pois com isto não lesa qualquer bem jurídico e o direito não pode aspirar legitimamente a formar cidadãos com barba ou sem barba, com cabelo curto ou longo, que se desnude ou que não se desnude, mas apenas a cidadãos que não afetem bens jurídicos alheios (ZAFFARONI, 2009, p. 90).

Dessa forma, atesta-se que o bem jurídico não só é o referente material de definição de crime, como também a limitação necessária à atividade punitiva do Estado, o que leva a concluir pela sua relevância e essencialidade no processo de criação de leis penais incriminadoras e na consagração do Estado Democrático de Direito sob o crivo da proporcionalidade.

A escolha do bem jurídico a ser protegido pelo legislador penal é que refletirá a obediência ou não do ordenamento jurídico penal ao princípio proporcionalidade, que ora se analisa.

3.2 ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Como já dito, limitar o poder punitivo do Estado é de suma importância, não só para garantir minimamente a legitimidade da intervenção penal, mas também para preservar as garantias e os direitos assegurados à pessoa humana. Para isso, os princípios – dentre eles, o da proporcionalidade –, assumem papel de extrema relevância, haja vista ter o normativismo se demonstrado insuficiente para atender às demandas sociais, essas, por sua vez, cada vez mais complexas e multifacetadas.

3.2.1 Breve histórico

Sabe-se que os primeiros tempos do Direito Penal, como bem assevera Araújo (2011, p. 37), foram marcados pela desproporção entre ato praticado e a sua respectiva sanção, tendo a primeira concepção de obediência à proporcionalidade entre delitos e penas surgido com o Código de Hamurabi, que institucionalizou o Princípio de Talião, imortalizado na máxima “olho por olho, dente por dente”.

Retomando a noção de proporcionalidade do Código de Hamurabi, adverte-se que esta, apesar de ter demonstrado relevante progresso, não se coaduna com os padrões de conhecimento e os avanços em matéria de direitos humanos da atualidade. Foi somente nas civilizações gregas e romanas, em que houve a laicização do Direito Penal, que a intervenção penal parou de possuir seu fundamento na religião.

Koncikoski (2012) assevera que a proporcionalidade tem sua origem na passagem do Estado absolutista – onde o governante não estava condicionado à legalidade, não possuindo limites à sua atuação – para o Estado liberal (individualista) – onde a lei passou a ser limitadora das próprias ações do governante. Desse modo, se antes a lei garantia a totalidade do poder do monarca, agora ela servia de freio aos seus atos.

De acordo com o referido autor, o Estado absolutista, concentrando o poder no monarca, não conseguia mais responder aos apelos da população, ao contrário, aumentavam-se os desmandos e as liberdades individuais restavam a mercê dos interesses da Administração, percebendo-se, por isso, a necessidade de limitar o poder do administrador público, surgindo a proporcionalidade como obstáculo aos desmandos, demarcando os meios que poderiam ser empreendidos, para obter as finalidades perseguidas (KONCIKOSKI, 2012).

Ferrajoli (2010, p. 366), por sua vez, afirma que o princípio da proporcionalidade da pena somente consegue se impor na época do Iluminismo, quando amadurecem os demais pressupostos do Direito Penal moderno: a legalidade, a certeza, a igualdade e, sobretudo, a mensurabilidade e a preocupação com o cálculo das penas.

O referido autor rememora que foi apenas com o advento das penas abstratas e convencionais privativas da liberdade e pecuniárias que se realizou, mediante a possibilidade de quantificação em tempo e em dinheiro, o pressuposto técnico moderno da proporcionalidade da pena³.

Segundo Ferrajoli (2010), não foi por acaso que o princípio chegou a se afirmar primeiramente no Código Leopoldino de 1786 e, depois, no Napoleônico, de 1810, e em todos os sucessivos Códigos do século XIX, simultaneamente, ao progressivo declive das penas corporais e à introdução das penas privativas de liberdade como penas principais.

Bitencourt (2012, p. 63) rememora que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, já exigia expressamente que a proporcionalidade entre a gravidade do crime praticado e a sanção a ser aplicada fosse observada, aduzindo que “a lei só deve cominar penas estritamente necessárias e proporcionais ao delito”. No entanto, de acordo com o autor, o princípio da proporcionalidade é uma consagração do constitucionalismo moderno, sendo recepcionado pela Constituição Federal brasileira, em vários dispositivos.

É válido observar que a experiência da II Guerra Mundial modificou o dogma da intangibilidade do legislador e a forma como a jurisprudência europeia do pós-guerra iniciou um movimento em direção ao controle da razoabilidade dos atos legislativos.

³ É importante observar que a concepção talional de proporcionalidade é compatível com a pena de morte para o homicídio e as penas corporais para as lesões corporais, mas essas concepções não subsistem na concepção moderna de proporcionalidade e nem diante do princípio da dignidade humana.

Desde sua origem, o Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht*) elaborou métodos de controle de razoabilidade, tendo o princípio da proporcionalidade como sua expressão mais desenvolvida. Embora existam referências à necessidade e até mesmo à proporcionalidade anteriormente à própria instituição do Tribunal Constitucional Federal alemão, a consolidação dos três subprincípios constitutivos⁴ sob a denominação de princípio da proporcionalidade remonta apenas ao final da década de 50.

Segundo Canas (2017, p. 325), antes de tal consolidação, é possível identificar na jurisprudência apenas uma

[...] ideia mais ou menos difusa de proporção, de repulsa pelo excesso, ou de necessidade. Com efeito, muito antes de se suspeitar sequer que iria haver um princípio da proibição do excesso ou da proporcionalidade já era possível vislumbrar sinais de uma ideia de proibição do excesso ou de proporção.

Foi somente no segundo pós-guerra que se tornou possível a construção de um princípio autônomo e com o conteúdo atual. Perelman (2013, p. 32) observara, no início dos anos 70, que a Constituição alemã – de acordo com a interpretação feita pelo Tribunal Constitucional Federal – permite aos juízes conformar as leis não apenas frente às normas constitucionais, mas “à ideia de direito, reencarnação moderna do direito natural”.

Canas (2017, p. 330) observa que, mesmo antes dos anos 50, a noção de proporcionalidade já existia na teoria jurídica alemã, mas consistia apenas naquilo que atualmente se conhece por necessidade, isto é, a exigência de que o Estado utilize os meios mais suaves para atingir seus fins, e que atualmente é vista como apenas um dos componentes do princípio da proporcionalidade.

A clarificação dos desdobramentos internos é da responsabilidade conjunta do legislador, da jurisprudência e da doutrina. Em alguma legislação do começo da década de 50, o legislador distingue inequivocamente necessidade (com adequação implícita) e proporcionalidade em sentido estrito, embora sem os baptizar. Esta evolução é acompanhada pela doutrina e pelo BverfG que, em 1958, na *Apothekenurteil* (decisão sobre as farmácias), distingue a necessidade (*Erforderlichkeit*) e a adequação (*Geeignetheit*), da proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit*) (CANAS, 2017, p. 331).

Portanto não é razoável compreender que o Tribunal Constitucional Federal estabelecia tais distinções com clareza, de modo que, como toda construção jurisprudencial, inicialmente os critérios de proporcionalidade eram aplicados de forma mais ou menos coerente. Segundo

⁴ Denominação utilizada por Canotilho (1998) para designar a adequação, necessidade e proporcionalidade.

Canas (2017, p. 331), nas decisões do início da década de 50, o Tribunal Constitucional Federal aplica-os “hesitantemente e sem conseqüências sistemáticas claras”. Foi apenas depois do Caso das Farmácias (*Apothekenurteil*), em 1958, como já citado, que o recurso ao princípio se tornou cada vez mais usual.

Grabitz (1973, p. 569-570) reitera:

Pertence o princípio da proporcionalidade àqueles princípios da Constituição que desempenham um notável e destacado papel na judicatura da Corte Constitucional. De início, o Tribunal o empregou apenas de forma hesitante e casual, sem consequência sistemática evidente; desde o “*Apotheken-Urteil*” (Caso das Farmácias), porém, ele o tem utilizado de maneira cada vez mais reiterada e em campos sempre mais largos do Direito Constitucional como matéria de aferição da constitucionalidade dos atos do Estado. Sua principal função, o princípio da proporcionalidade a exercita na esfera dos direitos fundamentais; aqui serve ele antes de mais nada (e não somente para isto) à atualização e efetivação da proteção da liberdade aos direitos fundamentais.

Como resultado de tal evolução, no início da década de 60, o princípio da proporcionalidade consolidou-se na sua conformação atual, exigindo que toda restrição de direitos precisa ser adequada, necessária e proporcional, de forma que deve ser apropriada para a consecução dos fins da norma, deve limitar os direitos o menos possível e deve traduzir uma justa medida entre o interesse público e o direito limitado (CANOTILHO, 1998, p. 417).

Barroso (2006, p. 312), ao tecer comentários sobre a evolução da razoabilidade⁵ no Brasil, assevera:

Há uma renitente resistência ao controle judicial do mérito dos atos do Poder Público, aos quais se reserva um amplo espaço de atuação autônoma, discricionária, onde as decisões do órgão ou do agente público são insindicáveis quanto à sua conveniência e oportunidade.

O retorno às ideias jusnaturalistas possibilitou o desenvolvimento, no Tribunal Constitucional Federal alemão, da doutrina dos valores. Costa (2008, p. 156) aduz que o entendimento de tal Tribunal é o de que a constituição não é apenas um conjunto de normas, mas envolve também uma ordem hierárquica e objetiva de valores. Segundo o autor, uma das expressões dessa doutrina é justamente o entendimento dos princípios como mandados de otimização, entendimento este que “possibilita o controle dos atos estatais não apenas frente às normas constitucionais, mas também aos valores cuja efetividade esses princípios buscam maximizar”. Nesta perspectiva, tornou-se aceitável que critérios para avaliar a adequação entre o conteúdo

⁵ Para o autor, razoabilidade e proporcionalidade são semanticamente equivalentes.

dos atos estatais e o valor fundamental de justiça (traduzido pela exigência de proporcionalidade e proibição do excesso) fossem desenvolvidos.

Portanto, a aplicação do princípio da proporcionalidade possui um alto grau de intervenção judicial na atividade legislativa e administrativa, passando a ser aceito pela comunidade jurídica europeia somente a partir do pós-guerra e, ainda assim, essa aceitação não é unânime nem homogênea em todos os países europeus (COSTA, 2008, p. 157).

3.2.2 Conceito e implicação social

O princípio da proporcionalidade, como bem observa Bitencourt (2012, p. 63-64), é uma consagração do constitucionalismo moderno, tendo sido recepcionado pela Constituição Federal Brasileira em vários dispositivos, a exemplo da exigência da individualização da pena (art. 5º, XLVI), da proibição de determinadas modalidades de sanções penais (art. 5º, XLVII) e da admissão de maior rigor para infrações mais graves (art. 5º, XLII, XLIII e XLIV).

Observa Gomes (2003, p. 40-41) que o conceito de proporcionalidade como um princípio jurídico, com índole constitucional apto a nortear a atividade legislativa em matéria penal, vem sendo desenvolvido, ainda hoje, a partir dos impulsos propiciados, principalmente, pelas obras iluministas do século XVIII.

O campo de influência do princípio da proporcionalidade vai além da simples confrontação das consequências que podem advir da aplicação de leis que não observam o dito princípio. Bitencourt (2012, p. 65) nota que, modernamente, a aplicação desse princípio atinge também o exercício imoderado de poder, inclusive do poder legislativo no ato de legislar propriamente dito.

De acordo com Cristóvam (2006, p. 211):

A proporcionalidade é uma máxima, um parâmetro valorativo que permite aferir a idoneidade de uma dada medida legislativa, administrativa ou judicial. Pelos critérios da proporcionalidade pode-se avaliar a adequação e a necessidade de certa medida, bem como, se outras menos gravosas aos interesses sociais não poderiam ser praticadas em substituição àquela empreendida pelo Poder Público.

Portanto há um limite imposto, especialmente ao legislador, devendo este obedecer determinados critérios na feitura das normas, de modo que estas se conformem com a estrutura

constitucional do país, sendo um destes limites (e um dos mais importantes) o princípio da proporcionalidade. Neste sentido, destaca-se que, em se tratando de imposição de limites a determinados direitos, interessa questionar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas ainda sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade.

Koncikoski (2012) compreende que o princípio da proporcionalidade, também chamado de razoabilidade, serve de verdadeira barreira para evitar que as garantias e objetivos estabelecidos pela Constituição Federal sejam lesadas ou até mesmo esvaziadas, por ato legislativo, administrativo e/ou judicial que exceda os limites e avance, sem permissão, na seara dos direitos fundamentais.

Segundo o mencionado autor, encontra-se, no Direito Alemão, o que se chama de princípio da proibição do excesso, que é muito semelhante ao que se denomina princípio da proporcionalidade, funcionando como um freio ao legislador que, desatento, pode ultrapassar a linha do razoável, produzindo inconstitucionalidades.

Mendes (2001) identifica como típica manifestação do exagero de poder legislativo a violação ao princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso, que se mostra mediante contraditoriedade, incongruência, e irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins. Ensina o autor que no Direito Constitucional alemão, atribui-se ao princípio da proporcionalidade ou ao princípio da proibição de excesso qualidade de norma constitucional não-escrita, derivada do Estado de Direito.

Neste diapasão, há-se de analisar a exigência social da medida, além de investigar se tal medida é a apropriada para aquele momento, com aquele custo, naquela quantidade e/ou qualidade, isto é, é preciso saber se é desejável que determinado ato seja praticado, ou se melhor seria que o mesmo não fosse posto em exercício, ou pelo menos não da maneira proposta (KONCIKOSKI, 2012)

Mendes (2001), discorrendo sobre o modelo alemão, dispõe que “A utilização do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso no Direito constitucional envolve, como observado, a apreciação da necessidade (*Erforderlichkeit*) e adequação (*Geeignetheit*) da providência legislativa”.

Importa, neste ponto, esclarecer que alguns autores, a exemplo de Ávila (2012), entendem que a proporcionalidade é diferente da proibição de excesso presente no Direito Alemão⁶:

O postulado da proporcionalidade não se confunde com o da *proibição de excesso*: esse último veda a restrição da eficácia mínima de princípios, mesmo na ausência de um fim externo a ser atingido, enquanto a proporcionalidade exige uma relação proporcional de um meio relativamente a um fim” (ÁVILA, 2012, p. 177).

É interessante observar que a Administração Pública, na prática dos atos chamados de discricionários, muitas vezes comete arbitrariedades, de modo que, em tais casos, o Estado Juiz estaria autorizado, corroborado pelo princípio da proporcionalidade, a barrar a atuação destemperada do Poder Público.

Sobre isso, Cristóvam (2006, p. 213) aduz que:

As arbitrariedades e os desmandos do Poder Público, acoitados pelo dogma da insindicabilidade do mérito administrativo, são perfeitamente invalidados pela aplicação da máxima da proporcionalidade. A vedação à justiciabilidade do mérito administrativo representa um resquício do poder de polícia administrativo e de uma doutrina liberal de absoluta separação dos poderes, que já não se sustenta ante uma teoria constitucional de vanguarda.

Outra situação em que a proporcionalidade faz-se valer é no controle jurisdicional de políticas públicas, uma vez que elas devem atender ao máximo de governados, com o mínimo de recursos possível, no menor espaço de tempo, através das medidas menos gravosas e mais eficazes, isto é, existe uma necessidade de otimização da atuação pública na implementação dos objetivos sociais.

No que diz respeito à importância da proporcionalidade para a efetividade dos princípios constitucionais, Ávila (2012, p. 191) assevera:

Essas sutilezas apontadas quanto à natureza da espécie normativa que está sendo utilizada e quanto ao controle que é exercido contribuem decisivamente para a maior efetividade dos princípios constitucionais, pois o aplicador tem melhores condições de saber o que deve ser fundamentado, o que deve ser comprovado e quais as normas cuja restrição ou efetividade estão sendo analisadas.

Ademais, em muitas outras situações práticas em que haja conflito de ideais, há a necessidade da aplicação da proporcionalidade. Dessa forma, a proporcionalidade parece ser o meio mais eficiente no que diz respeito à acomodação de objetivos e atenuação de tensões, uma vez que

⁶ Tal distinção, embora se revele pertinente do ponto de vista acadêmico, não será aprofundada no presente estudo.

harmoniza interesses em conflito, adequando-os de maneira que ambos possam conviver sem que nenhum seja completamente esvaziado.

Guerra Filho (1989, p. 238), neste sentido:

A idéia de proporcionalidade revela-se não só um importante – o mais importante, como em seguida proporemos – princípio jurídico fundamental, mas também um verdadeiro *topos* argumentativo, ao expressar um pensamento aceito como justo e razoável de um modo geral, de comprovada utilidade no equacionamento de questões práticas, não só do Direito em seus diversos ramos, como também em outras disciplinas, sempre que se tratar da descoberta do meio mais adequado para atingir determinado objetivo.

Na seara administrativa, de acordo com Cunha Júnior (2009, p. 50), a proporcionalidade “é um importante princípio constitucional que limita a atuação e a discricionariedade dos poderes públicos e, em especial, veda que a Administração Pública aja com excesso ou valendo-se de atos inúteis, desvantajosos, desarrazoados e desproporcionais”

Neste sentido, Bonavides (2006, p. 434) afirma que a proporcionalidade não deve permanecer encoberta, pois, em se tratando de um princípio vivo, elástico, tem como função proteger o cidadão conta os abusos do Estado, servindo de verdadeiro escudo à defesa dos direitos e liberdades constitucionais, de modo que é de suma importância que tal princípio seja extraído da doutrina, da reflexão e dos fundamentos constitucionais, para que seja introduzido e utilizado na jurisprudência.

Santos (2012, p. 29), utilizando-se de jargão econômico, aduz que a aplicação e a execução das penas criminais mostram a enorme desproporção da relação custo/benefício entre crime e pena, além dos imensos custos sociais específicos para o condenado, para a família do condenado e para toda a sociedade. Explica:

A relação *custo/benefício* da equação *crime/pena* indica que a pena criminal, como *troca jurídica* do crime medida em tempo de liberdade suprimida, constitui investimento deficitário da comunidade, segundo a moderna Criminologia. Os custos sociais específicos para a pessoa e a família do condenado – assim como para a sociedade, em geral – são absurdos: a) a criminalização secundária somente agrava o conflito social representado pelo crime – especialmente em casos de aborto, de tóxicos, de crimes patrimoniais e de toda a criminalidade de bagatela (crimes de ação penal privada ou condicionados à representação, crimes punidos com detenção, crimes de menor potencial ofensivo etc.); b) os *custos sociais* da criminalização secundária são maiores para a pessoa e a família de condenados de classes e categorias sociais inferiores – a clientela preferencial do sistema de justiça criminal, selecionada por estereótipos, preconceitos, idiosincrasias e outros mecanismos ideológicos dos agentes de controle social, ativados por indicadores sociais negativos de pobreza, marginalização do mercado de trabalho, moradia em favelas etc. (grifos do autor).

Assim, como bem sintetiza Hassemer (1993, p. 279), a proporcionalidade deve ser determinada mediante um juízo de ponderação entre a carga “coativa” da pena e o fim perseguido pela cominação penal. O autor destaca que o princípio da proporcionalidade não é outra coisa senão uma concordância material entre ação e reação, causa e consequência jurídico-penal, constituindo parte do postulado de Justiça que determina que ninguém pode ser incomodado ou lesionado em seus direitos com medidas jurídicas desproporcionadas.

Para Bitencourt (2012, p. 67), é com base no princípio da proporcionalidade que se afirma que um sistema penal somente estará justificado quando a soma das violências – crimes, vinganças e punições arbitrárias – que ele pode prevenir for superior à das violências constituídas pelas penas que cominar. O autor destaca, por fim, o caráter indispensável dos direitos fundamentais do cidadão, sendo esses indisponíveis e intocáveis, afastados da livre disposição do Estado, que, além de respeitá-los, deve garanti-los.

Araújo (2011, p. 123-125) defende que o princípio da proporcionalidade pode e deve ser utilizado como instrumento jurídico para refutar tanto o abolicionismo penal quanto o expansionismo penal desenfreado: aquele, utilizando-se do argumento que o Direito não pode se abster de tutelar determinados bens jurídicos, sob pena de consagrar a chamada proteção deficiente, visto que a Constituição Brasileira, com fulcro na proporcionalidade, impõe ao legislador ordinário a criminalização de determinadas condutas; a este, porque a lógica que orienta o princípio é a de moderação na condução dos atos a serem praticados, de modo a ser incompatível com a resposta penal assaz violenta consagrada pelo expansionismo penal.

Sintetiza:

[...] se é certo que a proporcionalidade penal possui uma dupla face, isto é, se por um obsta a proteção deficiente – como pretendido pelos abolicionistas – e de outro veda os excessos – como preconizado por inúmeras vertentes do expansionismo penal – o meio termo entre estes extremos é que se compatibiliza com o princípio ora abordado (ARAÚJO, 2011, p. 126).

Cabe, para melhor entendimento, analisar o princípio da proporcionalidade quanto à sua composição, ou, como se diz, os seus elementos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, mas antes é necessário fazer uma breve ponderação acerca da existência ou não de distinção entre razoabilidade e proporcionalidade.

3.2.3 Proporcionalidade e razoabilidade: distinções necessárias?

O princípio da proporcionalidade é, em inúmeras oportunidades, tratado por alguns autores como um princípio contido no âmbito da razoabilidade.

Grinover, Fernandes e Gomes Filho (1997, p. 179) observam que, mesmo sendo de origem germânica, o princípio da proporcionalidade sempre se fundou na construção jurisprudencial da razoabilidade (*reasonableness*), tão significativa e importante nas manifestações da Suprema Corte Americana.

Talvez em razão desta proximidade, várias são as vezes nas quais a jurisprudência e a doutrina utilizam os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade como sinônimos, não estabelecendo qualquer distinção.

Acerca do tema, Lima (1999, p. 287) assevera que

[...] razoabilidade e proporcionalidade podem até ser magnitudes diversas, entretanto, cremos que o princípio da proporcionalidade carrega em si a noção de razoabilidade, em uma relação inextrincável, e que não pode ser dissolvida, justificando, assim, a intercambialidade dos termos proporcionalidade e razoabilidade no ordenamento brasileiro

Outros autores, no entanto, apontam algumas diferenças entre a proporcionalidade e a razoabilidade, como sua origem histórica, sua estrutura e a abrangência de sua aplicação.

No que diz respeito à origem histórica, Braga (2008) aduz que a razoabilidade se desenvolveu no direito anglo-saxônico, enquanto que a Proporcionalidade é desenvolvida pelos germânicos. A autora admite que tais princípios se inspiraram um no outro, mas afirma que, apesar disso, cada qual resguardou seus aspectos culturais próprios:

Em se tratando de aspectos culturais próprios, a diferença se acentua na estrutura dos presentes princípios. Os povos germânicos (principalmente os alemães) são notadamente metódicos, objetivos e organizados em seu estudo. Desta forma, salta aos olhos que a Proporcionalidade tem uma estrutura mais objetiva (com o desenvolvimento dos três elementos) que a Razoabilidade. De fato, na Proporcionalidade há parâmetros mais claros para se trabalhar o princípio no caso em concreto, enquanto que a Razoabilidade muitas vezes acaba se confundido com a noção do que seria racional ou equilibrado em uma determinada circunstância (o que abre uma maior margem ao subjetivismo do julgador) (BRAGA, 2008).

No que diz respeito à abrangência, a mencionada autora compreende que o objetivo da razoabilidade seria o de impedir a prática de atos que fogem à razão e ao equilíbrio do "pensamento comum", enquanto que a proporcionalidade possuiria um campo de atuação mais

amplo, funcionando como um parâmetro para verificar a adequação e a necessidade de um determinado comando normativo no ordenamento jurídico. Nesta linha, a autora compreende que a proporcionalidade seria uma espécie de prova para todas as normas que limitam direitos fundamentais (BRAGA, 2008).

Tendo em vista o breve desenvolvimento desta discussão, que não se deseja aprofundar neste estudo, esclarece-se que proporcionalidade e razoabilidade serão utilizados, aqui, como sinônimos.

3.3 EXAMES INERENTES À PROPORCIONALIDADE E SUA OBSERVÂNCIA PELO LEGISLADOR PENAL

Existe, na proporcionalidade, uma espécie de hierarquia entre os elementos parciais que a compõem. Dessa forma, deve-se, inicialmente, analisar a adequação da medida legislativa ou administrativa; posteriormente se a mesma é necessária; por fim, caso adequada e necessária, compete aplicar a máxima da ponderação (KONCIKOSKI, 2012).

Dessa forma, no que concerne ao conteúdo da proporcionalidade, importa analisar a construção da doutrina alemã, que versava, acima de tudo, que tal princípio consistia na adequação necessária entre o fim de uma norma e os meios que ela designa, para atingi-lo; ou, ainda, entre a norma elaborada e o uso que dela foi feito pelo Poder Executivo. Devido a tal complexidade de seu conteúdo, o princípio em análise acabou sendo dividido em três subprincípios (ou requisitos), como consequência dos avanços doutrinários nessa área, quais foram: a adequação (ou utilidade), a necessidade (ou exigibilidade) e, por último, a proporcionalidade em sentido estrito (KONCIKOSKI, 2012).

Santos (2012, p. 27) ensina que o princípio da proporcionalidade, implícito no art. 5º *caput* da Constituição Federal da República, constitui-se por três subprincípios, quais sejam o da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, possuindo aplicação sucessiva e complementar.

O supramencionado autor infere que o princípio da proporcionalidade se desdobra em uma dimensão abstrata, dirigida ao legislador penal na feitura da norma penal incriminadora; e uma dimensão concreta, voltada ao juiz, permitindo-o equacionar os custos individuais e sociais da

criminalização secundária em relação à aplicação e à execução da pena criminal (SANTOS, 2012, p. 28-29).

Ferrajoli (2010, p. 367), por outro lado, compreende que a proporcionalidade, referida às ciências criminais, pode ser aferida em três distintas ocasiões: (i) numa primeira ocasião, de predeterminação, em que será dirigida ao legislador, quando da criação do tipo penal, bem como quando da cominação abstrata das penas máxima e mínima; (ii) posteriormente, como determinação, dirigida ao magistrado na fixação da pena (natureza e *quantum* da pena); (iii) por fim, como pós-determinação, a ser aferida na fase de execução da pena. Procede-se, a seguir, à análise dos referidos elementos.

3.3.1 Adequação

Araújo (2011, p. 145) aduz que, sendo certo que as ideias que orientam as regras de aferição dos elementos da proporcionalidade são a relação entre meios empregados e fins almejados, tem-se que a melhor forma de se definir essas regras é valorando a relação meio-fim.

Assim, assevera o autor, um meio será considerado adequado quando for considerado apto a alcançar o resultado pretendido, ou quando a utilização desse meio, se não ensejar o alcance do objetivo, ao menos, fomente a sua realização.

Isto é, a medida adotada deve ser condizente com os fins previstos na lei, de modo que a satisfação do interesse público deve ser perseguida pelos meios idôneos, proporcionais, adequados, exigindo-se a existência de harmonia entre os meios empregados e os fins previstos na norma (CRISTÓVAM, 2006, p. 215)

Cristóvam assegura que:

[...] pela máxima da adequação não se deve considerar o grau de eficácia das providências escolhidas, tidas como capazes de alcançar o objetivo almejado. A perspectiva da eficácia e o debate acerca do melhor meio para a realização da finalidade desejada – a intervenção menos gravosa ao cidadão – já transbordam o prisma da adequação e entram na órbita da máxima da necessidade (Cristóvam, 2006, p. 217)

Araújo (2011, p. 149) destaca que, em tendo o Direito Penal o escopo precípua de proteção subsidiária de determinados bens jurídicos, a adequação, quando referida ao legislador, deverá

levar em consideração tal escopo, devendo pressupor um juízo de valoração que estabeleça o sopesamento entre a gravidade dos meios empregados e a potencial obtenção do resultado que almeja alcançar, que, no caso, é a tutela dos bens jurídicos.

3.3.2 Necessidade ou exigibilidade

Consoante a ideia de necessidade (exigibilidade), o meio a ser empregado deve ser o menos gravoso, dentre os disponíveis para a realização ou fomento do fim pretendido, de modo que, sendo certo que o exame de proporcionalidade objetiva limitar a atuação estatal em prol da tutela de direitos do cidadão, é relevante salientar que a necessidade implica a adoção da medida que menos limite o direito fundamental em questão (ARAÚJO, 2011, p. 145).

Conforme expõe Cunha Júnior (2009, p. 52), por meio deste subprincípio “impõe-se que a administração pública adote, entre os atos e meios adequados, aquele ou aqueles que menos sacrifícios ou limitações causem aos direitos dos administrados”

Nesse diapasão, Araújo (2011, p. 151) aduz que a análise da necessidade, quando referida ao legislador, deve conter a ideia que a necessidade da medida é um consectário do princípio da intervenção mínima (*ultima ratio*).

Cristóvam (2006, p. 218) esclarece que a ampliação de certo direito fundamental não legitima a restrição de outro, devendo-se propor um questionamento acerca da necessidade da providência restritiva, isto é, se existem outros instrumentos garantidores de tal direito a ser aplicado e que acarretem menor lesão ao direito a ser limitado.

Dessa forma, reitera-se que a necessidade/exigibilidade examina se, sendo adequada a medida, ela é a menos gravosa para a população, isto é, se é a medida que em menor grau restrinja e limite os direitos fundamentais, de modo que tal medida precisa ser absolutamente indispensável para conservar o próprio ou outro direito fundamental e que inexistam outras que, embora eficazes na mesma medida, sejam menos gravosas.

3.3.3 Proporcionalidade em sentido estrito

O terceiro elemento da proporcionalidade – proporcionalidade em sentido estrito – pressupõe a comparação entre os meios empregados e os fins colimados, de modo que os meios sejam os menos danosos possíveis.

O meio a ser utilizado, segundo Araújo (2011, p. 148), não pode apresentar-se de forma desproporcional ao fim pretendido, havendo um “sopesamento” entre o meio a ser empregado e o fim a ser alcançado, de forma que, conquanto haja a realização ou fomento do fim perseguido, haja a menor restrição possível ao direito fundamental. Em outras palavras, o autor infere que há de se pressupor que as vantagens a serem trazidas pela adoção da medida superem as desvantagens.

Nesse mesmo sentido, o mencionado autor, ao tratar da proporcionalidade em sentido estrito quando referida ao legislador penal, assevera que, quando da previsão em abstrato de condutas como criminosas e respectiva previsão de sanções penais, se deve ponderar se a quantidade e a qualidade da pena não acarretam mais desvantagens do que as vantagens que pode proporcionar.

Ou seja, assevera o autor que “[...] há de se perquirir se a violência a ser utilizada pelo Estado na previsão, aplicação e execução da pena não será mais danosa à sociedade do que a coibição da conduta que pretende” (ARAÚJO, 2011, p. 148).

Mendes (2004, p. 50) sintetiza:

[...] o meio não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele a um só tempo adequada e menos onerosa. Ressalte-se que, na prática, adequação e necessidade não têm o mesmo peso ou relevância no juízo de ponderação. Assim, apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado. De qualquer forma, um juízo definitivo sobre a proporcionalidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação e do possível **equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador** (proporcionalidade em sentido estrito) (grifo nosso).

Santos (2012, p. 27) observa que, enquanto a adequação e a necessidade possuem por objeto uma otimização das possibilidades da realidade, isto é, adequação e necessidade dos meios em relação aos fins propostos, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito tem por objeto a otimização das possibilidades jurídicas, do ponto de vista da proporcionalidade dos meios (a pena criminal) em relação aos fins propostos (a proteção de bens jurídicos).

Para sua verificação, o mencionado autor propõe uma interrogativa: a pena criminal cominada e/ou aplicada (já considerada meio adequado e necessário) é proporcional em relação à natureza e extensão da lesão abstrata e/ou concreta do bem jurídico?

Assim, a proporcionalidade em sentido estrito exerceria o papel de uma espécie de “controle de sintonia fina” (*Stimmigkeitskontrolle*), indicando a justeza da solução encontrada ou a necessidade de sua revisão (MENDES, 2001, p. 370), justamente porque, como já se viu, a proporcionalidade é constituída pela máxima da conformidade ou adequação dos meios, da exigibilidade ou necessidade e pela ponderação ou proporcionalidade em sentido estrito.

Observe-se, no entanto, que existem situações em que mesmo sendo adequadas e necessárias, algumas medidas administrativas ou legislativas trazem uma excessiva carga de limitações aos direitos fundamentais dos cidadãos, e é justamente onde entra a ponderação ou proporcionalidade em sentido estrito.

Segundo Cristóvam (2006, p. 219), é suficiente, na ponderação, que os motivos que fundamentam a medida sejam insuficientes para justificar a restrição ao direito fundamental atingido, de modo que, se a importância da efetivação do direito fundamental em análise não for suficiente para justificar a limitação de outro, será desproporcional.

Alexy (2008, p. 120) menciona fundamento do subprincípio ora em análise se fixa nos direitos fundamentais, mas aleta que outras fundamentações, como as que se baseiam no princípio do Estado de Direito, na prática jurisprudencial ou no conceito de justiça, não são por ele excluídos, e na realidade, na medida em que forem relevantes, servem de reforços à fundamentação a partir dos direitos fundamentais.

Nas palavras de Barroso (2006, p. 286):

Há, ainda, um terceiro requisito, igualmente desenvolvido na doutrina alemã, identificado como proporcionalidade em sentido estrito. Cuida-se, aqui, de uma verificação da relação custo-benefício da medida, isto é, da ponderação entre os danos causados e os resultados a serem obtidos.

Canotilho (1998, p. 476), por sua vez, entende que se trata "de uma questão de "medida" ou "desmedida" para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim”.

De qualquer sorte, resta ao Judiciário, em análise final, analisar a situação concreta e decidir se a medida escolhida fere ou não um direito fundamental que deveria predominar naquela situação, podendo o julgador, através da ponderação, examinar o grau de satisfação e efetivação daquele mandamento de otimização que a medida procurou atender.

Indubitável que se trate de tarefa árdua e perigosa, principalmente na declaração de inconstitucionalidade de uma norma que foi produzida pelo Legislativo, vez que há certa interferência de um Poder sobre o outro, em tese independentes, autônomos e cientes de suas funções. É justamente por isso que a doutrina recomenda prudência ao Judiciário em tais situações.

Veja-se o que diz Barroso (2006, p. 327) sobre o tema:

Por ser uma competência excepcional, que se exerce em domínio delicado, deve o Judiciário agir com prudência e parcimônia. É preciso ter em linha de conta que, em um Estado democrático, a definição das políticas públicas deve recair sobre os órgãos que têm o batismo da representação popular, o que não é o caso de juízes e tribunais. Mas, quando se trate de preservar a vontade do povo, isto é, do constituinte originário, contra os excessos de maiorias legislativas eventuais, não deve o juiz hesitar. O controle de constitucionalidade se exerce, precisamente, para assegurar a preservação dos valores permanentes sobre os ímpetos circunstanciais. Remarque-se, porque relevante, que a última palavra poderá ser sempre do Legislativo. É que, não concordando com a inteligência dada pelo Judiciário a um dispositivo constitucional, poderá ele, no exercício do poder constituinte derivado, emendar a norma constitucional e dar-lhe o sentido que desejar.

Ante o exposto, observa-se a importância do papel desempenhado pelo princípio da proporcionalidade na limitação da atuação do Poder Público, bem como na manutenção e consolidação dos parâmetros constitucionais, surgindo como ferramenta efetivamente idônea para a proteção dos direitos fundamentais e à manutenção da ordem constitucional.

4 ESTUDO JURÍDICO DE *OS MISERÁVEIS*, DE VICTOR HUGO

Uma vez já estabelecidas as bases teóricas deste estudo, investigando, inicialmente o ramo do Direito e Literatura – a interdisciplinaridade, sua importância na formação humanística do bacharel e suas interações – e, posteriormente, o princípio da proporcionalidade – seu conceito, implicação social, dimensões e aplicação –, parte-se, daqui, para a análise de tais princípios na obra selecionada, qual seja *Os miseráveis*, do francês Victor Hugo.

4.1 O AUTOR E A OBRA

Na breve epígrafe a *Os miseráveis*, escrita em 1862, Victor Hugo deixa claro que o propósito do seu romance é denunciar as injustiças sociais e ajudar a remediá-las:

Enquanto, por efeito de leis e costumes, houver proscricção social, forçando a existência, em plena civilização, de verdadeiros infernos, e desvirtuando, por humana fatalidade, um destino por natureza divino; enquanto os três problemas do século – a degradação do homem pelo proletariado, a prostituição da mulher pela fome, e a atrofia da criança pela ignorância – não forem resolvidos; enquanto houver lugares onde seja possível a asfixia social; em outras palavras, e de um ponto de vista mais amplo ainda, **enquanto sobre a terra houver ignorância e miséria, livros como este não serão inúteis** (HUGO, 2012 [1862], p. 27, grifo nosso).

Não resta dúvida que o tema da obra de Victor Hugo é a miséria humana. Renato Janine Ribeiro, em prefácio à edição de 2012, destaca que no século XIX a miséria era um tema novo, embora já fosse uma antiga realidade. A novidade, ressalta, é a miséria ter se tornado tema, e ser tomada como algo a ser superado.

As linhas da epígrafe de Victor Hugo, na percepção de Llosa (2012, p. 110), demonstram o otimismo que o autor encara a Literatura, entendendo-a como um instrumento para combater o mal social e contribuir para melhorar a História, servindo de ferramenta de um progresso no qual o autor acreditava.

Assim, Ribeiro (2012) refere-se a Victor Hugo como o maior responsável por despertar a preocupação com a miséria na França e em todas as nações que se referenciavam na cultura francesa. Compreende que com a obra de Victor Hugo “[...] não só se deslança esse tema como, além disso, se assume uma fisionomia compassiva, solidária” (RIBEIRO, 2012, p. 20).

Llosa (2012, p. 111), no entanto, observa que o Victor Hugo que completa o romance em 1860-1862 não é o mesmo que o começou em 1845. Para Llosa (2012), é possível constatar, nas ideias de Victor Hugo, uma mudança ideológica, pois quando jovem foi monárquico e legitimista, tornou-se orleanista em tempos de Luís Felipe, depois, na velhice, liberal e republicano e, “nos dias da Comuna”, vagamente socializante e anarquista. O mencionado autor alude, entretanto, que o exílio forçado impulsionou Victor Hugo a posições liberais e radicais, e tal transformação teria impregnado *Os miseráveis*.

O fato é que Victor Hugo, depois de Shakespeare, é o autor ocidental que gerou a maior quantidade de estudos literários, de análises filológicas, de edições críticas, de biografias, de traduções e de adaptações de suas obras no mundo (LLOSA, 2012, p. 13).

Llosa (2012, p. 16) rememora que tanto quanto o seu prestígio literário, Victor Hugo possuía prestígio e referência cívica pela sua ativa participação política. Lembra, ainda, que a sua imagem de grande patriarca das letras, da moral pública e da vida cívica adquiriu grandes proporções durante o seu exílio, e a ocasião de seu retorno à França, em 1870, com a instauração da República, foi um fato marcante. Essa popularidade, segundo Llosa (2012), continuaria crescendo, pelo menos, até o ano de sua morte (1885), ocasião em que Victor Hugo se transformou em algo mais que um grande escritor, “era um mito, a personificação da República, um símbolo da sua sociedade e do seu século” (LLOSA, 2012, p. 17).

Em contrapartida, a popularidade não impediu que sua obra fosse recebida com críticas quando da sua estreia. Llosa (2012, p. 118) informa que quase todos os críticos do romance, conservadores e progressistas, reprovaram em *Os miseráveis* a “falta de realismo, os exageros, omissões, mentiras e indeterminações na sua descrição do problema social”.

Journet e Robert (1964 apud Llosa, 2012, p. 118), por exemplo, adotando uma perspectiva marxista, afirmam que o romance está longe de ser uma representação da vida popular. Segundo esses, a duração excessiva e as condições do trabalho, a precariedade do emprego, os salários de fome, o trabalho infantil, a insalubridade nos bairros populares, a natalidade muito alta, enfim, todas essas questões eram motivos de preocupações da população. No entanto, na sua grande maioria, tais causas não foram analisadas, de modo que tais autores acusam Victor Hugo de inserir o seu romance “em outro plano”.

Flaubert (1929 apud Llosa, 2012, p. 118), por sua vez, sob um ponto de vista cético, alegava que o livro parecia ter sido escrito “para a crápula católico-socialista, para todas as animálias filosófico-evangélicas”, sustentando que a deformação da vida social no romance era excessiva, alegando que “a observação é uma qualidade secundária em literatura; mas é inadmissível pintar a sociedade de uma maneira tão falsa quando se é contemporâneo de Balzac e Dickens”.

A reação de Llosa (2012, p. 119) a esses juízos é afirmar que o próprio Victor Hugo e o narrador ensejaram as acusações dos críticos, pois frequentemente se afirmava na obra que o livro “descrevia a realidade e expressava a verdade”. Llosa (2012) assevera que, em verdade, Victor Hugo escrevia uma “irrealidade sub-reptícia, forjada a partir da realidade”. Isso não significa, para Llosa (2012), que toda a visão da sociedade e da questão social que aparece no livro seja falso, mas, sim, que, embora se possam identificar em *Os miseráveis* materiais verídicos sobre as injustiças e desigualdades econômicas e sociais da França da sua época, a transformação que esses materiais sofreram no romance é muito mais determinante que o seu valor testemunhal.

Llosa (2012, p. 120) acrescenta que os críticos erram ao ver uma falha moral em algo congênito à ficção:

[...] transformar o real – o exagero é um dos métodos – e impor ao público um produto assim recriado mediante uma técnica e um estilo que o faz parecer “real” e “verdadeiro”. Quando o criador consegue fazer isso, a irrealidade contrabandeada para a vida passa a formar parte da realidade e as mentiras se transformam em verdades. Porque as “mentiras” da ficção somente serão aceitas pelos leitores quando, mediante as deformações, exageros, corrupções e transtornos que imprimem à experiência humana, exprimem uma verdade profunda, oculta sob a máscara com que o criador recompõe em sua obra aquilo que viveu.

O supramencionado autor conclui que a obra em análise “[...] sendo ficcional no mais alto grau, ainda assim tem raízes fincadas na história concreta” (LLOSA, 2012, p. 120).

4.1.1 Por que *Os miseráveis*?

É seguro afirmar que *Os miseráveis* é um clássico da Literatura mundial, conhecido amplamente pelo grande público; se não diretamente do texto de Victor Hugo, certamente, de uma de suas diversas adaptações para cinema, televisão ou teatro.

Nesse sentido, Calvino (1993, p. 12) anota que “os clássicos são livros que, quanto mais pensamos conhecer por ouvir dizer, quando são lidos de fato mais se revelam novos,

inesperados, inéditos”. A obra de Victor Hugo, por certo, parece ser fonte inesgotável de reflexões e debates, não só no campo da Sociologia e da História, mas, também, no campo do Direito e, principalmente, do Direito Penal: são inúmeros, no celeiro da injustiça penal – utilizando as palavras de Semer (2013) – os destaques da obra, indo da discussão da punição de bagatela, da intromissão penal, da pena proporcional, até questões como a eternização da sentença e a seletividade penal em todas as suas formas.

Ainda segundo Semer (2013), a maior qualidade da obra de Victor Hugo é a sua capacidade de comover e, por esse motivo, esta possui relevante papel no aprendizado do Direito Penal. O mencionado autor evoca, assim, a importância que o estudo do Direito e Literatura tem na formação humanística e crítica, que toma maiores proporções em se tratando de *Os miseráveis*. Acrescenta:

Para além da soberba costumeira do operador do direito, cujo liame atávico ao positivismo acaba por reescrever o mundo através das leis, é indispensável vez por outra reconhecer os dramas que escondem por detrás das decisões e a dura face das consequências dos institutos que aplicamos de forma quase inodora. Afinal, o direito é construído para a vida, e não o reverso (SEMER, 2013).

Llosa (2012, p. 116) adverte que a ideologia de *Os miseráveis* (sua visão histórica e da sociedade) é uma ficção, sendo “uma criação que nega a experiência vivida, miragem edificada por meio de uma transformação profunda dos seres e coisas da realidade real”. Segundo o autor, não só é uma invenção a natureza das personagens e a intriga que Victor Hugo conta, mas também a visão político-social do romance (LLOSA, 2012, p. 116).

Sobre a “transformação do real” e o “exagero consciente para revelar a realidade”, é válido destacar que Llosa é um expoente do realismo fantástico, estilo típico da Literatura latinoamericana do século XX, que acentua o absurdo da realidade e constrói a fantasia que revela o real subjacente à situação social injusta da América Latina.

No entanto, Semer (2013), não negando o caráter ficcional da obra e de suas representações, é certo ao dizer que sobre a ficção de *Os miseráveis* continua-se tropeçando constantemente “com intensas doses de realidade”. Considerando a atualidade de seu tema, cabe dizer que *Os miseráveis* é um clássico porque “nunca terminou de dizer aquilo que tinha para dizer” (CALVINO, 1993, p. 11).

Ribeiro (2012) aduz que *Os miseráveis* é uma maneira de negar a periculosidade dos operários, embora assim eles pareçam em sua “fúria justa”. Segundo o autor, Victor Hugo difundiu

sentimentos de compaixão para toda uma política de solidariedade e apoio aos explorados. O autor adiciona:

Essa política poderá ser criticada, pelos marxistas, como lacrimosa, piegas, mas ela é fundamental para entender como uma cultura de massas, vendida aos milhares de exemplares (hoje diríamos, aos milhões), passa a tematizar não só o amor infeliz de ricas herdeiras órfãs, mas a infelicidade das massas trabalhadoras (RIBEIRO, 2012, p. 26).

Essa referência ao “amor infeliz de ricas herdeiras órfãs” é uma crítica a autores como Jane Austen e Honoré de Balzac, que tratam de questões ligadas à vida burguesa (ou sua decadência) e ao patrimonialismo. Tais autores são tão importantes que até Piketty (2014), o economista mais célebre da atualidade, faz diversas referências a eles em sua obra *O Capital no Século XXI*, como indicadores da riqueza e da desigualdade social da época, da mesma forma como busca se fazer neste trabalho com *Os miseráveis*, no Direito: Victor Hugo seria o “retratista do povo”.

Por fim, é importante ter em mente um último ensinamento de Calvino (1993, p. 14-15): “a atualidade pode ser banal e mortificante, mas é sempre um ponto em que o sujeito se situa para olhar para a frente ou para trás, de forma que para poder ler os clássicos, temos de definir ‘de onde’ eles estão sendo lidos, caso contrário tanto o livro quanto o leitor se perdem numa nuvem atemporal”.

4.1.2 Contexto histórico

Seguindo a deixa dada por Calvino (1993), atesta-se que para compreender *Os miseráveis* é necessário investigar o importante período histórico que a França e a Europa passavam, o que certamente foi fator propulsor para Victor Hugo, anos mais tarde, escrever a sua obra.

A obra inicia seu recorte temporal em 1815 na pós-Revolução Francesa, ocasião da Batalha de Waterloo, indo até 1836, quando ocorriam motins nas ruas de Paris. Nessa época, a Europa já havia presenciado, no século XVIII, o desenvolvimento das ideias do Humanismo, do individualismo e do conhecimento baseado na razão, no método científico e no experimentalismo, ideias estas trazidas pelo movimento intelectual conhecido como Iluminismo.

Testemunhou-se, além da ascensão das ideias iluministas, a Revolução Industrial, que começou a tomar forma no fim do século XVIII e que trouxe o capitalismo industrial com a figura da fábrica e seu conseqüente, o operário fabril, que não possuía, ainda, legislação trabalhista protetiva, submetendo-se a trabalhos em condições insalubres, com salários baixos e jornadas de trabalho extenuantes.

Assistiu-se, ainda, à Revolução Francesa, que rompeu com o Antigo Regime, levou a burguesia ao poder e criou condições para o desenvolvimento do capitalismo e do Estado de Direito. Antes da Revolução, a França passava por uma crise estrutural e conjuntural, em que as estruturas sociais, políticas e econômicas estavam defasadas. Cabe, devido a sua importância, uma análise mais detida da referida Revolução.

Vilas-Bôas (2008, p. 15) divide a Revolução Francesa em quatro períodos: da Assembleia Constituinte, da Assembleia Legislativa, da Convenção e do Diretório, cada qual com características próprias.

O período denominado de Assembleia Constituinte, segundo a autora, vai de julho de 1789 a setembro de 1791, e neste período tem-se as primeiras ações revolucionárias, no qual a reunião do Terceiro Estado se proclamou como sendo a Assembleia Nacional Constituinte, que retira todos os privilégios das comunidades e das pessoas, bem como as imunidades e os direitos feudais, e logo a seguir é aprovada a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, em 1789.

Nessa perspectiva, Castro (2009, p. 245-246) rememora que a sociedade francesa se dividia em três estados: o clero, a nobreza e a burguesia. Esta última, anota a autora, consistia em um grupo heterogêneo que compunha 98% da população, e somente sobre eles recaía o dever de contribuir com impostos que sustentavam o clero e a nobreza. Tal situação – uma maioria pagando por privilégios de uma minoria – acabou por tornar a economia francesa um caos. Tudo isso, somado a outros fatores, cominou na Assembleia Constituinte de 1789, que fixou o objetivo de dar à França uma Constituição: em agosto, aprovou-se a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*.

Segundo Hobsbawm (1989, p. 59), as demandas da burguesia de 1789 foram firmadas na referida Declaração daquele ano. Para o autor, tal documento é um manifesto contra a sociedade hierarquizada dos nobres privilegiados, mas não em favor da sociedade igualitária democrática.

Comparato (2013, p. 163) afirma que a mencionada Declaração representa o atestado de óbito do Antigo Regime, este constituído pela monarquia absolutista e pelos privilégios feudais. De acordo com o autor, o caráter abstrato e geral das fórmulas empregadas tornou a Declaração de 1789 uma espécie de “[...] carta geográfica fundamental para a navegação política nos mares do futuro, uma referência indispensável a todo projeto de constitucionalização dos povos”.

As liberdades individuais, Comparato (2013, p. 164) preleciona, alcançaram uma definitiva precisão de contornos na mencionada Declaração, fixando-se, no campo penal, além do já mencionado princípio da intervenção mínima (artigo 6), o princípio fundamental de que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena que não seja fixada em lei (artigo 8).

Comparato (2013) ensina, ainda, que a Declaração foi inclusa, com modificações, tanto na Constituição Francesa de 1791, quanto na de 1793. Na Constituição de 1791, houve um reforço ao caráter antiaristocrático e antifeudal do novo regime político e, pela primeira vez na história, reconheceu-se a exigência de direitos humanos de caráter social (COMPARATO, 2013, p. 165). A Constituição de 1793, promulgada pouco tempo depois da anterior, extinguiu a monarquia e instituiu o regime republicano, tendo sido proclamado que “não pode existir Constituição que não seja aceita pelo povo”. De modo geral, a declaração de direitos da Constituição de 1793 limitou-se a enfatizar o conteúdo das declarações anteriores, não representando, para Comparato (2013, p. 167), nenhum avanço em matéria de direitos sociais.

O período denominado de Assembleia Legislativa (outubro de 1791 a setembro de 1792) foi, também, violento, no qual diversos motins ocorreram ocasionados pela falta de comida. A França declara guerra à Áustria, a família real é presa e começam diversas revoltas monárquicas (VILAS-BÔAS, 2008, p. 15).

No período da Convenção Nacional (setembro de 1792 a outubro de 1795), Vilas-Bôas (2008) recorda a dominação pelos jacobinos liderados por Robespierre, criando-se, assim, o comitê de Segurança Pública. Inicia-se um período conflituoso: a monarquia é definitivamente abolida, e a família de Luís XVI guilhotinada em 1793, o que levou diversos nobres a abandonarem o país.

Com o fim do terceiro período, surge o Diretório, que segue até 1799, também denominado de Reação Temidoriana. Vilas-Bôas (2008) atesta que se tratou de um golpe de Estado armado desencadeado pelo financiamento de alta burguesia, marcando o fim da participação popular na

Revolução Francesa. Há a elaboração de uma nova Constituição e com o golpe de 18 de Brumário de novembro de 1799 inicia-se a Era Napoleônica.

Nessa época, ensina Vilas-Bôas (2008), criaram-se novas instituições, com destaque para o Senado, o Tribunal, o Corpo Legislativo e o Conselho de Estado. Apesar da criação dessas novas instituições, era o primeiro cônsul quem nomeava os membros da administração, bem como continuava comandando o exército.

Vilas-Bôas (2008, p. 15-16) infere que um dos grandes problemas que se apresentava para Napoleão referia-se a uma legislação extremamente confusa. Com a Revolução Francesa, iniciou-se um processo para colocar um fim nessa confusão jurídica: era preciso estabelecer uma legislação uniforme e válida para todos os franceses.

Foi assim, afirma Vilas-Bôas (2008, p. 17) que se elaborou o Código Civil napoleônico, que, apesar de sua importância, não é objeto deste estudo. Cumpre, ademais, destacar que logo em seguida à criação do Código Civil, criou-se o Código Penal de 1809-1810 (que substituiu o Código Penal de 1791), e, posteriormente, elaborou-se o Código de Processo Penal, em 1811.

Segundo Castro (2009, p. 245), historiadores têm discutido sobre a importância do movimento revolucionário francês diante do ineditismo anterior dos norte-americanos. Para a autora, o que importa é a peculiaridade da Revolução ocorrida na França, principalmente se for considerar o impacto que tal Revolução teve, como nenhuma outra, no mundo ocidental: o Ocidente seria outro após a Revolução Francesa, não somente em termos políticos, como também no Direito. Castro (2009) pontua que as ideias constitucionalistas que impregnaram as várias fases da Revolução foram exportadas para todo o Ocidente, a ponto de não mais ser concebível um país sem uma Constituição.

Segundo Hobsbawm (1989, p. 53), se a economia mundial no século XIX era formada principalmente sob a influência da Revolução Industrial britânica, a política e a ideologia eram formadas principalmente pelos franceses: a França forneceu códigos de lei, o modelo de organização científica e tecnológica, o sistema métrico de medidas para a maioria dos países.

Ainda de acordo com Hobsbawm (1989, p. 54), “a Revolução Francesa talvez não tenha sido um fenômeno isolado, mas certamente foi mais fundamental que qualquer outra Revolução de seu tempo, e suas consequências foram, portanto, mais profundas”.

Ferraz Júnior (2011), tratando do legado da Revolução para o Direito, afirma que este sofreu, em 1789, uma ruptura e uma subseqüente transformação. Segundo o autor, a teoria jurídica, sobretudo no século XVIII, passara a ser “um construído sistemático da razão e, em nome da própria razão, um instrumento de crítica da realidade”, de modo que essa tendência vai convergir na Revolução de 1789: de um lado, a aspiração sistemática do pensar jurídico, conforme o rigor lógico da dedução, de outro, o sentido crítico-avaliativo do Direito racionalmente construído.

Ferraz Júnior (2011) preleciona que o Antigo Regime se caracterizava pelo enfraquecimento da Justiça, cuja dependência política se projetava no arbítrio das decisões, de forma que a crítica dos pensadores iluministas passou, então, a exigir a valorização dos preceitos legais no julgamento dos fatos, e daí se originou um forte respeito pela lei, que foi base, no século XIX, para o desenvolvimento da Escola da Exegese, que foi de grande influência nos países em que dominou o espírito napoleônico.

4.1.2.1 O Código Penal francês de 1791

Consoante Dalbora (2009, p. 481), o Código Penal francês de 1791 é um dos destaques do trabalho legislativo da Assembleia Constituinte, não sendo a sua única criação penal, nem tampouco estava apartada dos textos políticos que, em verdade, lhe prepararam e ministraram sua orientação no plano dos princípios. Segundo ele, uma das tarefas da Assembleia sobre essas questões era consagrar jurídico-constitucionalmente as máximas formuladas pela filosofia do Iluminismo por Montesquieu, Rousseau, Voltaire e, mais especialmente, Beccaria.

Segundo o supracitado autor, o projeto triunfa ao trazer princípios já consolidados em seus antecedentes políticos. Dalbora (2009, p. 485) afirma que o Código de 1791 veio remediar o Direito Penal da monarquia absoluta, que se demonstrava cruel e desumano. Conclui o autor que a vigência do mencionado Código foi efêmera, tendo sido substituído pelo Código *des délites et des peines*, de 1795. Este último, no entanto, possuía um conteúdo mais processual do que penal, de forma que o Código de 1791 serviu como referência para o Código de 1810.

4.2 A PRESENÇA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA OBRA

A consagração do princípio da proporcionalidade pelas ideias iluministas no artigo 8º da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, editada no contexto da Revolução Francesa, adveio de grandes debates que aconteciam na Europa do século XVIII acerca do Direito Penal, da sua função e dos limites da pena.

Lessa (2005, p. 130) aduz que foi com as ideias iluministas – predominantemente garantidoras dos direitos humanos do homem e do cidadão –, que o Direito Penal adquiriu nova feição, passando a ser garantidor dos referidos direitos e limitando o poder do Estado, que até então utilizava o Direito Penal como instrumento de terror, atribuindo penas cruéis e de tratamento desigual entre as classes mais privilegiadas e o povo. Lessa (2005) percebe que o Direito Penal, antes promotor de privilégios para um Estado absoluto e irracional, transforma-se, no Estado liberal, em promotor da segurança dos indivíduos, adotando princípios racionais.

Ainda segundo Lessa (2005, p. 130), o Iluminismo, enquanto movimento filosófico, político e social, estimulou o nascimento de reformas de cunho social e econômico. O autor aponta que, como consequência, o movimento constitucionalista ganhou força, mostrando a necessidade da existência de “[...] um documento escrito que sintetizasse garantias, direitos e liberdades fundamentais, que limitasse o poder estatal e que, sobretudo, garantisse a igualdade de todos perante a lei”.

Essa transmutação pela qual passava o Direito Penal deve-se, sobremaneira, a alguns filósofos da época, dos quais se destacam Beccaria, Howard e Bentham, conhecidos como “reformadores” justamente em razão do caráter de suas ideias. É preciso analisar brevemente as principais contribuições dos mencionados filósofos para entender o contexto da consagração do princípio da proporcionalidade na Declaração Francesa e, a partir daí, visualizá-la na obra de Victor Hugo.

4.2.1 Os Reformadores e o contexto jurídico

As características cruéis e desumanas da legislação criminal na Europa do século XVIII motivaram alguns pensadores da época a se organizar em torno de um movimento de ideias que tinha por fundamento a razão e a humanidade.

As leis que vigoravam na época eram inspiradas, segundo Bitencourt (1993, p. 37), em ideias e procedimentos de excessiva crueldade, valorizando os castigos corporais e a pena de morte. O autor anota que o Direito funcionava como um instrumento gerador de privilégios, o que permitia aos juízes, arbitrariamente, julgar os homens de acordo com suas condições sociais.

É na segunda metade do século XVIII, observa Guzman (1983, p. 86), que as arbitrariedades começam a ser diminuídas, pois os filósofos moralistas e juristas começaram a dedicar suas obras a censurar a legislação penal vigente, defendendo as liberdades do indivíduo e enaltecendo os princípios da dignidade do homem.

Bitencourt (1993, p. 37) ensina que as correntes iluministas e humanitárias – das quais os melhores representantes são Voltaire, Rousseau e Montesquieu – realizaram, à época, uma severa crítica aos excessos que imperavam na legislação penal e propuseram que o estabelecimento de penas não deveria consistir em atormentar.

Esse movimento de ideias definido como Iluminismo, atesta Bitencourt (1993, p. 38), atingiu seu apogeu na Revolução Francesa, com considerável influência em uma série de pessoas com um sentimento comum: a reforma do sistema punitivo. Foi nesse contexto que filósofos franceses, como Montesquieu, Voltaire e Rousseau, apoiaram a defesa da liberdade, igualdade e justiça, em consonância com outros, como Beccaria, Howard e Bentham, na área político-criminal. As contribuições desses pensadores são diversas e significativas, de modo que não se pretende analisar todas, mas, mormente, as mais significativas para este estudo.

4.2.1.1 John Howard

Howard inspirou uma corrente penitenciária preocupada em construir estabelecimentos apropriados para o cumprimento da pena privativa de liberdade. Suas ideias tiveram enorme importância, considerando-se o conceito predominantemente vingativo e retributivo que se tinha, em seu tempo, sobre a pena e seu fundamento, de modo que Howard teve especial importância no longo processo de humanização e racionalização das penas (BITENCOURT, 1993, p. 44).

Pavarini e Melossi (1985 *apud* BITENCOURT, 1993, p. 73-74) concluem, no entanto, que os esforços de Howard para reformar as prisões deram poucos resultados concretos, visto que as

condições estruturais não permitiam mudar a função meramente punitiva e de controle da prisão. Bitencourt (1993) adiciona que a influência de tal autor, em relação às reformas legislativas, não foi muito significativa, obtendo poucas reformas legais, embora o autor ressalte que isso não diminui o valor de suas ideias, muitas das quais se mantêm em vigor até hoje (BITENCOURT, 1993, p. 48-49).

4.2.1.2 Jeremy Bentham

Bitencourt (1993, p. 50) infere que Bentham não via na crueldade da pena um fim em si mesmo, abandonando o conceito tradicional que considerava a pena como causa de profunda dor e sofrimento.

Oses (1967, p. 120-121) adiciona que Bentham não admitia as penas infames sob o argumento de que estas descartariam toda a possibilidade de reabilitação, e embora a reabilitação do infrator ocupe um lugar secundário nos fins que este atribui à pena, é importante observar que muitas de suas recomendações têm finalidade reabilitadora.

Geis (1955, p. 166) acrescenta que Bentham admitia a necessidade de que o castigo seja um mal, mas como um meio para prevenir danos maiores à sociedade, de modo que não mais enxergava a pena como um mal desprovido de finalidades.

Bitencourt (1993, p. 52), porém, observa que a teoria de Bentham sobre o comportamento – a teoria de que a natureza colocou o homem sob o império do prazer e da dor, e que suas escolhas são baseadas na utilidade de cada fato – é muito individualista, intelectual e voluntariosa, de modo a presumir uma liberdade por parte do delinquente que dá poucas possibilidades para a investigação das origens do delito ou para as medidas preventivas.

Geis (1955, p. 167) pontua que tal ideia de um delinquente que calcula racionalmente seus atos se mantém vigente em muitos aspectos, já que algumas reformas penais propostas, por exemplo, quando se pretende ampliar a pena de um delito, apoia-se na ideia de que o delinquente leva em consideração a relação entre a pena e o prazer ou utilidade que lhe proporcionará o fato delituoso.

Bentham entendia que as prisões, com suas condições inadequadas e ambiente de ociosidade, despojam os réus de sua honra e hábitos laboriosos, de modo que:

[...] saem dali para serem impelidos outra vez ao delito pelo aguilhão da miséria, submetidos ao despotismo subalterno de alguns homens geralmente depravados pelo espetáculo do delito e o uso da tirania. Estes desgraçados podem ser sujeitos a mil penas desconhecidas que os irritam contra a sociedade, que os endurece e os faz insensíveis às sanções. Em relação à moral, uma prisão é uma escola onde se ensina a maldade por meios mais eficazes que os que nunca poderiam empregar-se para ensinar a virtude: o tédio, a vingança e a necessidade presidem esta educação de perversidade (BENTHAM, 1934, p. 35).

O mencionado autor acreditava ainda no poder reabilitador do trabalho e achava desaconselhável a condenação a trabalhos penosos e inúteis, devendo ser produtivo e atrativo (BENTHAM, 1979, p. 61).

4.2.1.3 Cesare de Beccaria

Beccaria, cujas ideias marcam o início definitivo da Escola Clássica de Criminologia e o da Escola Clássica de Direito Penal, já recomendava que “é melhor prevenir o crime do que castigá-lo” (BECCARIA, 2012, p. 118). Sua obra, que segundo Bitencourt (1993, p. 38) não advinha propriamente de ideias originais – mas de uma agregação do contratualismo com o utilitarismo –, foi vista como uma contribuição a um sistema criminal que substituiria “o desumano, o impreciso, confuso e abusivo sistema penal anterior” (ONECA, 1971, p. 1.674).

O momento de propagação das ideias de Beccaria era oportuno, diante do contexto em que a Europa se encontrava na segunda metade do século XVIII e, conforme Bitencourt (1993, p. 39), tais ideias questionariam muitos costumes e tradições da sociedade da época, ao atribuir objetivos preventivos à pena, de modo que a sua máxima passou a contribuir substancialmente para mitigar os efeitos do regime punitivo vigente. Tais objetivos, aponta Bitencourt (1993, p. 41), são indiscutíveis antecedentes e um complemento importante dos anseios reabilitadores que se atribuem à pena privativa de liberdade.

Beccaria (2012) afirma, ainda, que a proporcionalidade entre crime e pena deve ser estrita, a fim de não encorajar a prática de crimes mais graves, o que poderia ocorrer se crimes de diferente gravidade tivessem a mesma punição:

O interesse de todos não é somente que se cometam poucos crimes, mais ainda que os delitos sejam mais raros na proporção do mal que fazem à sociedade. Os meios que a legislação emprega para impedir os crimes devem, pois, ser mais fortes à medida que o delito é mais prejudicial ao bem público e pode tornar-se mais comuns. Deve, pois, haver uma proporção entre os delitos e as penas (BECCARIA, 2012, p. 78).

E ilustra:

Se se estabelece um mesmo castigo, a pena de morte por exemplo, para quem mata um fãção e para quem mata um homem ou falsifica um documento importante, em breve não se fará mais nenhuma diferença entre esses crimes; destruir-se-ão os sentimentos morais, obra de muitos séculos, cimentada por ondas de sangue, estabelecidas com lentidão no espírito humano, edifício que só se pode elevar com o socorro dos mais sublimes motivos e o aparato das mais solenes formalidades (BECCARIA, 2012, p. 79).

Por fim, no que toca a Beccaria, é importante observar que suas ideias foram quase que completamente implantadas pelo primeiro Código Penal da França, adotado pela Assembleia Constituinte de 1791, tendo sido reduzido substancialmente os delitos sancionados com a pena de morte, abolindo as penas corporais e introduzindo a pena privativa de liberdade para muitos delitos graves (BITENCOURT, 1993, p. 43).

O que se percebe, portanto, visualizando o conjunto de ideias desses principais autores que figuraram como questionadores e reformadores da pena e seus intuitos, é que apesar de algumas ideias estarem hoje superadas, como a pena de trabalhos forçados, elas devem ser vistas no seu contexto do século XVIII, de modo que representaram, à época – num contexto de penas de morte, quando não cruéis e desumanas – imensuráveis avanços penais.

O fato é que os mencionados filósofos contribuíram significativamente com suas ideias para a elaboração da *Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão* (1789) e os direitos nela consagrados, incluindo o princípio da intervenção mínima, da lesividade, da proporcionalidade e da legalidade, entre outros.

4.3 O CRIME E A PENA DE JEAN VALJEAN

A despeito de toda a discussão acerca da pena e de seus parâmetros e funções, e a despeito de já estar consagrado o princípio da proporcionalidade na *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, o que se observou, a partir da segunda década do século XIX, foi um crescimento desmedido das normas penais incriminadoras, alarmando, dessa forma, os penalistas da época dos mais diferentes parâmetros culturais (LUISI, 2003, p. 41).

É esse cenário de intromissão estatal exacerbada que Victor Hugo tratou de representar na narrativa ficcional de *Os miseráveis*. O recorte temporal da História se inicia em 1815, mas Victor Hugo remete diversas vezes o leitor a tempo anterior, mais especificamente a 1795, ocasião em que houve o crime de Jean Valjean e seu julgamento. O autor narra o furto do pão de modo claro, na tentativa de discutir o crime e todo o aspecto social a ele inerente, e para que o leitor tenha uma percepção ampla dos motivos e dos impulsos de Jean Valjean, um pobre desempregado que, diante da própria fome e da fome de seus sobrinhos, não vê outra alternativa senão o furto:

Aconteceu, porém, um inverno mais rigoroso que os demais. Jean não encontrou trabalho. **A família não tinha o que comer. Sete crianças completamente sem pão!** Um domingo à noite, Maubert Isabeau, dono de uma padaria na praça da matriz de Faverolles, já se preparava para dormir quando escutou um violento golpe na vitrina que dava para a rua. Chegou justamente em tempo para ver um braço que se introduzia através da grade de proteção, por um buraco do vidro quebrado a socos. O braço pegou um pão e o carregou. Isabeau saiu a toda pressa; o ladrão já ia longe, mas conseguiu alcançá-lo e o segurou; o ladrão já havia jogado o pão, tendo porém o braço ensanguentado. Era Jean Valjean (HUGO, 2012 [1862], p. 144-145, grifo nosso).

Victor Hugo não deixa dúvidas para o leitor acerca das circunstâncias que levaram Jean Valjean a cometer o delito: a sua fome e a de sua família decorrente da falta de trabalho e sob o rigoroso inverno francês. É interessante perceber que o narrador de *Os miseráveis* é onisciente seletivo, pois não se mantém neutro, de modo que frequentemente emite sua opinião sobre diversos temas. Sobre o furto não poderia ser diferente:

Façamos um pequeno parêntese. É esta a segunda vez em que, nos seus estudos sobre a questão penal e a condenação pela lei, ao autor deste livro se depara o furto de um pão como ponto de partida para o desastre de toda uma existência. [...] Uma estatística inglesa constata que, em Londres, de cinco roubos, quatro têm como causa imediata a fome (HUGO, 2012 [1862], p. 148-149).

Percebe-se, portanto, que Victor Hugo está preocupado em intervir na narrativa contada para deixar claras as suas convicções políticas, o que faz *Os miseráveis* ultrapassar o *status* de romance, assumindo, muitas vezes, caráter de tratado sobre a miséria.

Dito isso, cabe perceber, estabelecendo-se um paralelo ao ordenamento jurídico brasileiro, que o crime de Jean Valjean consiste em furto famélico⁷. Esse crime é comumente tratado pela doutrina nacional como estado de necessidade, do qual se exclui a antijuridicidade, pois leva-se em conta que o sujeito furta para suprir uma necessidade urgente e relevante.

⁷ Alerta-se que tratar de modo mais detido da disciplina do furto famélico não é objetivo deste estudo.

Santos (2008, p. 235) instrui que, historicamente, o estado de necessidade tem sido pensado de três formas diferentes: primeiramente, como espaço livre do Direito, fundado na impossibilidade que o ordenamento jurídico tem em disciplinar conflitos determinados pelo instinto de sobrevivência; segundo, como justificação de conduta típica, fundada na preponderância ou equivalência do bem jurídico protegido; terceiro, como exculpação de conduta antijurídica, fundada na inexigibilidade de comportamento conforme o Direito, em hipóteses de bens jurídicos que são equivalentes.

Nas palavras de Santos⁸ (2008, p. 236), a teoria adotada pelo Código Penal brasileiro é a que define o estado de necessidade exclusivamente como justificação, e se encontra no artigo 23, inciso I do mencionado Código: “Art. 23 – Não há crime quando o agente pratica o fato: I – em estado de necessidade” (BRASIL, 1940).

Bitencourt (2012, p. 401) entende que o estado de necessidade pode ser caracterizado pela colisão de bens jurídicos de distinto valor, devendo um deles ser sacrificado em prol da preservação daquele que é reputado como mais valioso. Fragoso (1985, p. 189) preleciona que a ação é justificada pela necessidade que impõe o sacrifício de um bem em situação de conflito ou colisão, diante da qual o ordenamento jurídico permite o sacrifício do bem de menor valor.

Essa colisão, determinam Muñoz e Arán (2010, p. 330-331), será feita através do critério de ponderação de bens. Bitencourt (2012, p. 401), contudo, adverte que nem sempre será fácil determinar qual o bem a ser preservado no caso concreto, uma vez que a colisão de bens jurídicos poderá acontecer não somente entre bens de distinto valor, mas, até, entre bens de iguais valores.

É possível perceber claramente, em tais conceitos, a importância da proporcionalidade, que na análise de seus elementos, eliminaria imediatamente a resposta penal diante do furto famélico, visto que se demonstraria inadequada, desnecessária e desproporcional, o que será melhor desenvolvido adiante.

Tomando como análise o crime de Jean Valjean, percebe-se que a colisão de bens jurídicos se dá entre patrimônio e dignidade da pessoa humana. Se de um lado está o patrimônio da vítima,

⁸ Neste sentido, confira, também, Fragoso (1985), Heitor Costa Jr. (1988), Mestieri (1999), Tavares (2003), Zaffaroni e Pierangeli (1997).

sendo este o bem jurídico protegido pelo tipo penal furto, do outro está a fome de Jean Valjean, que lhe impõe estado de necessidade e lhe fere essencialmente a dignidade.

Apesar disso, Victor Hugo optou por criar um personagem ciente de sua situação, de modo que o arrependimento pelo cometimento crime é percebido em Jean Valjean, em reflexão que realiza enquanto cumpre sua pena de trabalhos forçados:

Reconheceu que não era um inocente injustamente punido. Concordou que havia cometido uma ação desesperada e reprovável; que, talvez, se tivesse pedido, não lhe haveriam de recusar aquele pão; que, em último caso, deveria confiar na caridade ou no próprio trabalho; que, afinal, não era razão suficiente afirmar-se que não se pode esperar quando se tem fome. Além de tudo, que é coisa rara morrer-se só porque se tem fome [...]; que era necessário, portanto, ter paciência [...] porque afinal era absurdo ele, infeliz e mesquinho como era, querer pegar toda uma sociedade pelo pescoço, e ter pensado que é pelo roubo que se foge à miséria, pois é impossível sair-se da miséria pela porta que leva à infâmia; enfim, ele estava errado (HUGO, 2012 [1862], p. 149-150).

Além disso, interessante destacar que, em *Os miseráveis*, Victor Hugo narra uma passagem, utilizando-se de uma alegoria, em que se percebe o impacto que a pena desnecessária, inadequada e desproporcional teve no personagem Jean Valjean. Na passagem, após cumprir sua pena, não tendo lugar para dormir e para se livrar do frio, a personagem acaba por tentar se abrigar, sem sucesso, numa casa de cachorro, mas é expulso:

Quando, não sem alguma dificuldade, tornou a atravessar a cerca e se viu novamente na rua, sozinho, sem ter onde dormir, sem um teto, sem abrigo, expulso até desse leito de palha, dessa choça miserável, sentou-se, ou melhor deixou-se cair sobre uma pedra, parece-me que alguém que por ali passava o ouviu exclamar: – **Sou ainda menos que um cão!** (HUGO, 2012 [1862], p. 123, grifo nosso).

A alegoria utilizada por Victor Hugo não parece ser aleatória. É, de fato, uma constatação comum daqueles que percebem o desespero por suas necessidades mais básicas ser alcançado pela norma penal incriminadora, necessidades que não lhes foram asseguradas pelo Estado, que escolheu a criminalização e a penalização como modo de remediar o problema, em vez de tratá-la como uma causa de justificação em razão do estado de necessidade.

Victor Hugo atribui esse caráter desumanizador às sentenças que se mostrem impiedosas:

É próprio das sentenças em que domina a impiedade, isto é, a brutalidade, transformar pouco a pouco, por uma espécie de estúpida transfiguração, um homem em animal, às vezes até em animal feroz. As sucessivas e obstinadas tentativas de evasão bastariam para provar o estranho trabalho feito pela lei sobre a alma humana. Jean Valjean renovou as fugas tão inúteis e loucas toda vez que se apresentou ocasião propícia, sem pensar um pouquinho nas consequências, nem nas vãs experiências já feitas. Fugia impetuosamente, como o lobo que encontra a jaula aberta. O instinto lhe dizia: Salve-se! A razão lhe teria dito: Fique! Mas, diante da tentação tão violenta, o raciocínio

desaparecia, ficando somente o instinto. Era o animal que agia. Quando era preso novamente, os novos castigos que lhe infligiam só serviam para torna-lo mais sobressaltado (HUGO, 2012 [1862], p. 154).

Válida a crítica de Bitencourt (2012, p. 52-53) de que os legisladores contemporâneos, nas mais diversas partes do mundo, têm contrariado as bases do Direito Penal Mínimo, em especial a intervenção mínima e a proporcionalidade, abusando da penalização e criminalização, o que leva o Direito Penal e a sanção criminal a um descrédito diante da “inflação legislativa” reinante nos ordenamentos positivos.

No que tange à condenação de Jean Valjean, Victor Hugo narra brevemente como se deu o julgamento da personagem, evidenciando que seu crime fora agravado por fatos que lhe eram relativos, como o arrombamento e o fato de a casa estar habitada, mas que sua condenação foi influenciada por sua vida pregressa, não concernente ao seu delito, como o fato de possuir uma espingarda e caçar em lugares proibidos. No trecho que segue, percebe-se que Victor Hugo deixa clara a sua ideia de que o crime é graduado, ao diferenciar Jean Valjean de contrabandistas e salteadores.

Isso aconteceu em 1795. Jean Valjean foi levado diante dos tribunais daquele tempo “por roubo e arrombamento durante a noite numa casa habitada”. Ele possuía uma espingarda que manejava com perfeita maestria e caçava em lugares proibidos, o que o prejudicou bastante. **Contra essa espécie de caçadores há um preconceito muito legítimo; eles, como os contrabandistas, estão a um passo do salteador. Contudo, digamos de passagem, entre essa classe de homem e o hediondo assassino de cidades há um abismo de diferença.** O caçador furtivo vive nas florestas; o contrabandista nas montanhas ou no mar. As cidades produzem homens ferozes justamente porque o corrompem. A montanha, o mar e a floresta tornam os homens selvagens, desenvolvendo-lhes o lado animalesco, mas, quase sempre, sem destruir-lhes o lado humano (HUGO, 2012, [1862], p. 145, grifo nosso).

Também no trecho acima se percebe a influência das ideias de Rousseau no pensamento de Victor Hugo, ao alegar que “as cidades produzem homens ferozes justamente porque o corrompem”, algo que frequentemente é pontuado por Victor Hugo ao longo de sua narrativa.

Assim, diante de um crime movido pela fome, Jean Valjean foi condenado a cinco anos de trabalho forçado nas galés, pena esta que foi, posteriormente, estendida para dezenove anos em razão de sucessivas tentativas de fuga da personagem⁹.

[...] Jean Valjean foi declarado culpado. **Os termos do código eram categóricos. Nossa civilização tem momentos terríveis; são os momentos em que uma sentença anuncia um naufrágio. Que minuto fúnebre esse em que a sociedade se afasta e**

⁹ Em se tratando de uma discussão de Direito Material, não se levará em conta os quatorze anos da pena de Jean Valjean para o cômputo da pena, pois estes são referentes às suas frequentes tentativas de fuga, o que diz respeito a questões de execução penal, que não é o objetivo.

relega ao mais completo abandono um ser que raciocina! Jean Valjean foi condenado a cinco anos de trabalhos forçados nas galés (HUGO, 2012 [1862], p. 144-145, grifo nosso).

No que diz respeito à pena aplicada, Victor Hugo quis deixar claro que, tal era a sua desproporcionalidade, o próprio Jean Valjean, um simples camponês, a compreendia como tal, de modo que ele “[...] parecia nada compreender da situação, a não ser que era horrível. Talvez sua imaginação, de homem completamente sem cultura, percebesse também o exagero da pena que lhe fora imposta” (HUGO, 2012 [1862], p. 145).

Poder-se-ia dizer que a desproporcionalidade da pena não só diz respeito ao seu tempo, como também ao seu caráter de trabalho forçado e de castigos corporais. Tal pena, no entanto, na época em questão, veio substituir, em diversos tipos penais, as penas de morte, de forma que na época o trabalho forçado consistia em um verdadeiro avanço em termos de direitos.

Semer (2013) preleciona que as galés eram embarcações à vela na qual se realizavam trabalhos forçados, em que os apenados deveriam remar sob a coerção de castigos corporais. Segundo o autor, o Código Criminal brasileiro de 1830 previa a mesma pena: “Art. 44. A pena de galés sujeitará os réos a andarem com calceta no pé, e corrente de ferro, juntos ou separados, e a empregarem-se nos trabalhos publicos da provincia, onde tiver sido commettido o delicto, à disposição do Governo” (BRASIL, 1930).

O supramencionado autor tece válida crítica:

Galés e grilhões podem não subsistir em nossas prisões, mas é possível supor que o humanismo assegurou algo de muito substancialmente diferente do que as masmorras que serviram ao primeiro exercício das custódias? A despeito da proibição expressa repetida nas Constituições posteriores, inclusa a de 1988, cruel deixou de ser um adjetivo da prisão, mas a sua própria redundância. Que humanismo se pode entender de cadeias inóspitas, superlotadas, constantemente violentas ou omissas, em que mulheres dão a luz algemadas ou são forçadas a usar miolo de pão por ausência de absorventes? (SEMER, 2013).

Gomes (2003, p. 40-41) ilustra que o conceito de proporcionalidade como um princípio jurídico, com índole constitucional, apto a nortear a atividade legislativa em matéria penal, vem sendo desenvolvido ainda hoje a partir dos impulsos propiciados, principalmente, pelas obras iluministas do século XVIII e, posteriormente, pela doutrina do Direito Administrativo.

Bitencourt (2012, p. 64) corrobora que, com efeito, as ideias do Iluminismo e do Direito Natural diminuíram o autoritarismo do Estado, assegurando ao indivíduo um novo espaço na ordem social. Para o autor, essa orientação, que libertou o indivíduo das velhas e autoritárias relações

medievais, implica, necessariamente, recusa de qualquer forma de intervenção ou punição desnecessária ou exagerada, pois houve uma mudança filosófica de concepção do indivíduo, do Estado e da sociedade, o que impôs um maior respeito à dignidade humana e a consequente proibição do excesso. Acrescenta, ainda, que nessa mesma orientação filosófica que se inserem os princípios garantistas, como a proporcionalidade, a razoabilidade e a lesividade.

Ferrajoli (2010, p. 414) anota que o princípio da proporcionalidade foi incluído no art. 16 da Constituição Francesa de 1793 e no art. 12 da Constituição de 1795, de modo que as penas deveriam ser “proporcionais ao delito”. O autor ressalta que, mesmo antes, a proporcionalidade já havia sido incluída nas Constituições do rei de Sardenha de 1723 e de 1729, nas quais se estabelecia que “na fixação” das penas “se observará uma justa e adequada proporção à quantidade dos delitos”.

Não se sabe se Victor Hugo se utilizou do Código Penal vigente à época, qual seja o de 1791 reformado pelo Código dos delitos e das penas de 1795, para basear a pena aplicada ao crime de Jean Valjean. O fato é que, tendo em perspectiva a tipificação de furto no mencionado código, a pena de Jean Valjean parece ter sido pequena. A seção II do Título II do Código Penal de 1791, que regula os crimes e delitos contra particulares, mais especificamente os crimes contra a propriedade, determina em seu artigo 6º que qualquer “roubo”¹⁰ cometido sem violência contra as pessoas, mas cometido com rupturas pelo ladrão ou seu cúmplice, será apenado com oito anos de trabalhos forçados¹¹.

O art. 7 adiciona, ainda, agravantes para o crime, atribuindo acréscimo de dois anos para a identificação de cada uma, entre elas, se a ruptura acontece em portas ou cercas exteriores de fábricas, casas ou edifícios, se o crime foi cometido em uma casa habitada, se o crime foi cometido à noite, se cometido por duas ou mais pessoas, ou, por fim, se os culpados portavam armas de fogo ou qualquer outra arma letal (previstos nos parágrafos de um a quinto, na ordem)¹².

¹⁰ A palavra *vol*, em francês, significa “roubo”. Trata-se de uma atecnia do legislador alertado por Guzman (2009).

¹¹ A expressão usada em francês é *fers*, que significa “ferro”. O artigo 6º, no Título I da Primeira parte do Código Penal Francês, determina que os condenados às penas de “ferro” serão submetidos a trabalhos forçados.

¹² Os Artigos 6 e 7 supramencionados, no original:

Article 6: Tout autre vol commis sans violence envers des personnes, à l'aide d'effraction faite, soit par le voleur, soit par son complice, sera puni de huit années de fers.

Article 7: La durée de la peine dudit crime sera augmentée de deux ans, par chacune des circonstances suivantes qui s'y trouvera réunie.

La première, si l'effraction est faite aux portes et clôtures extérieures de bâtiments, maisons ou édifices;

Abstrai-se, pela leitura dos artigos, a presença de ao menos três agravantes previstos para o crime cometido por Jean Valjean, que somados aos oito anos previstos para o simples furto contido no artigo 6º, ultrapassariam em muito a pena colocada por Victor Hugo em sua ficção.

É curioso perceber que, apesar das considerações acima postas, os críticos da época acusam Victor Hugo de um exagero inverossímil no que concerne não só a condenação em cinco anos de Jean Valjean pelo furto do pão, mas também o fato da personagem Fantine ter perdido o seu trabalho simplesmente por ser mãe solteira (LLOSA, 2012, p. 119).

Portanto, a pena aplicada para o crime em questão põe em evidência que, embora o princípio da proporcionalidade estivesse consagrado na *Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão*, ele não se viu traduzido – ao menos não nos parâmetros contemporâneos que tem alicerce nos direitos humanos – no Código Penal francês de 1791.

O legislador penal da época, percebe-se, não considerou o furto cometido por Jean Valjean como mínimo para que não o alcançasse com a norma penal incriminadora, nem considerou a lesividade mínima do delito. Tampouco ocupou-se o legislador em exculpar o crime de Jean Valjean na conjuntura que foi praticado – diga-se em estado de necessidade –, como se faz nas legislações contemporâneas. Portanto não houve proporcionalidade na aplicação da pena nos ditames que estabeleceu Beccaria (2012).

Assim, o Código Penal Francês de 1791, subsidiado pela *Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão*, conquanto tenha trazido avanços imensuráveis em questões de humanidade e limite das penas, ainda tratava de uma legislação que não só tipificava demasiadamente, mas atribuía penas desproporcionais aos tipos.

Trazendo o crime e o castigo narrado por Victor Hugo ao contexto atual, analisando detidamente o princípio da proporcionalidade, no que tange ao exame da adequação, cabe o debate se a intervenção penal é a medida adequada para punir um crime movido pela fome. O posicionamento aqui é pela negativa: não é da lógica do Estado do Bem-Estar Social punir com prisão, muito menos com trabalhos forçados em galés, o miserável que, faminto, não vê outra

La deuxième, si le crime est commis dans une maison actuellement habitée ou servant à habitation;

La troisième, si le crime a été commis la nuit;

La quatrième, s'il a été commis par deux ou par plusieurs personnes;

La cinquième, si le coupable ou les coupables étaient porteurs d'armes à feu ou de toute arme meurtrière (FRANCE, 1791).

forma de satisfazer sua necessidade mais básica senão pelo crime. Assim, realizando-se um juízo de valoração que pondere entre a gravidade do meio empregado e a tutela do bem jurídico patrimônio, a adequação não é verificada.

Não se percebe, ainda, suprido o elemento necessidade (exigibilidade) em punir tal crime, não sendo a prisão, muito menos a pena de trabalhos forçados nas galés, o meio menos gravoso a ser empregado. Deve-se observar, neste caso, o caráter de *ultima ratio* do Direito Penal, o que não foi observado pelo legislador penal de 1791 e que, infelizmente, nos dias atuais se detém na teoria, vez que o encarceramento em massa por crimes de mínima lesividade é percebido diariamente.

Por fim, não se verifica a proporcionalidade em sentido estrito no que diz respeito à punição imputada a Jean Valjean, de modo que as vantagens a serem trazidas pela adoção da pena de trabalhos forçados, que inexistem, não superam as desvantagens trazidas. Vai-se além e afirma-se, categoricamente, que nenhum tipo de resposta penal, hoje, é justificável a tal conduta. O que se percebe é que a violência a ser utilizada pelo Estado é muito mais danosa à sociedade do que a coibição da conduta da personagem/infrator.

Assim, o Código Penal Francês de 1791, subsidiado pela *Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão*, conquanto tenha trazido avanços imensuráveis em questões de humanidade e limite das penas, ainda tratava de uma legislação que não só tipificava demasiadamente, mas atribuía penas desproporcionais aos tipos. O que se observa, dessa forma, e em primeiro lugar, é que houve, na narrativa, a intervenção penal para punir um crime de bagatela (o furto de um pão, movido pela necessidade e a fome), não houve consideração da lesividade mínima da conduta, e, ainda, houve uma punição desproporcional e desarrazoada, se considerado o bem jurídico tutelado (patrimônio).

O que se observa, e em primeiro lugar, é que houve, na narrativa, a intervenção penal para punir um crime de bagatela (o furto de um pão, movido pela necessidade e a fome), não houve consideração da lesividade mínima da conduta, e, ainda, houve uma punição desproporcional e desarrazoada se considerado o bem jurídico tutelado (patrimônio).

Dessa forma, não parece adequado simplesmente afirmar que à época não se observava o princípio da intervenção mínima, a lesividade, a proporcionalidade etc., visto tudo o quanto já se viu no que diz respeito às discussões e às reformas jurídico-penais que aconteciam.

É mais pertinente falar, não obstante, que tais princípios, em especial o da proporcionalidade, na época e no contexto em que estavam inseridos, não possuíam os parâmetros e as medidas que lhes são atribuídas nos ordenamentos jurídicos contemporâneos.

5 CONCLUSÃO

Neste trabalho, estudou-se o ramo do Direito e Literatura, que explora o conjunto de relações existentes entre os dois campos do conhecimento, auxiliando não só no ensino didático do Direito, mas, também, no aprimoramento da criatividade dos juristas, no favorecimento da compreensão histórica do Direito e na contribuição à formação humanística e crítica do bacharel (TRINDADE; GUBERT, 2008).

Analisaram-se as principais interações possíveis entre as supracitadas áreas, a saber: Direito *da* Literatura, Direito *como* Literatura e Direito *na* Literatura. A presente monografia versou sobre o estudo de Direito *na* Literatura, que consiste na utilização da obra literária como fonte para a reflexão crítica do Direito, bem como instrumento de registro histórico e social, porquanto selecionou-se como objeto de estudo a obra *Os miseráveis*, de Victor Hugo.

Dentre as diversas razões, destacam-se: tratar-se de um clássico e, portanto, não ter esgotado o que tem para dizer (CALVINO, 1993); ser fonte de rica discussão jurídica e social, possibilitando a exploração de diversos temas nas mais diversas áreas do Direito; ser um retrato, senão fiel, que toma emprestados aspectos sociopolíticos da sociedade francesa do final do século XVIII e início do século XIX, contexto de mudanças sociais, políticas e jurídico-penais; e, ainda, por ser atual o seu tema, já que retrata uma realidade das sociedades contemporâneas: a miséria.

É a constatação da miserabilidade, a propósito, que impele à necessidade de tratar do princípio da proporcionalidade, suas bases teóricas, seu conceito, sua origem histórica, seu conteúdo e sua aplicação, não sem antes investigar a sua conformação com o Estado Democrático de Direito.

Verificou-se que o princípio da proporcionalidade constitui importante limitador do poder punitivo do Estado e rechaça tratamentos desarrazoados, cujo germen se deu na lei de talião e desde então tem se desenvolvido em perspectivas modernas. Percebeu-se, neste estudo, que a pena de cinco anos de trabalhos forçados nas galés aplicada à personagem Jean Valjean, que furtou um pão para satisfazer sua própria fome e a de sua família, foi desproporcional, não tendo o legislador penal de 1791 observado tal princípio já consagrado na *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789*, ao menos não nos moldes dos dias atuais.

Averiguou-se, neste sentido, que, apesar da desproporcionalidade verificada sob os parâmetros modernos do princípio em questão, houve diversos avanços em matéria penal no contexto francês do fim do século XVIII e início do século XIX, de modo que a pena de trabalhos forçados consistia em grande avanço em relação à pena de morte.

Cumpriu-se verificar, no caso ficcional do personagem Jean Valjean, suas motivações, seu tratamento pelos poderes punitivos e a desproporcionalidade de sua pena. Não se averiguou, assim, sob uma perspectiva moderna de proporcionalidade, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, de modo que a pena sofrida pelo personagem não consistia na mais apta para resolver o problema, nem houve necessidade de sua aplicação, tendo em vista sua lesividade, e tampouco foi visualizada correspondência entre o meio empregado e o fim alcançado. Em verdade, é essa desproporcionalidade o motivador de toda a jornada de Jean Valjean: a necessidade, seguida do desespero e cometimento do crime, a injustiça da proporcionalidade sobre ele acometida, a revolta e a marginalização e, por fim, sua redenção.

É na redenção de Jean Valjean que *Os miseráveis* é mais ficcional, já que a realidade indica que não é regra a redenção dos marginalizados pelo sistema punitivo. Mas é fato que a história narrada por Victor Hugo, embora se trate de ficção, forma um retrato da realidade. As injustiças e desproporcionalidades narrada pelo autor na sociedade francesa do século XIX são, ainda hoje, visualizadas na sociedade brasileira hodierna, o que deve servir de espanto e preocupação a futuros juristas e à comunidade jurídica em geral.

A obra de Victor Hugo se revela fonte inesgotável de discussões e reflexões jurídicas, e deve servir de referência àqueles que buscam no Direito um instrumento de diminuição de injustiças e aniquilação da miséria humana.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2 ed., 2008.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13. ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros Editores, 2012 [2003].
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carica de Criminologia. 2002.
- BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6ª ed., revista, atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. 2. ed. São Paulo: CL EDIJUR, 2012. 128 p.
- BENTHAM, Jeremias. **El panóptico: El ojo del poder**. España. Madrid: La Piqueta, 1979.
- BENTHAM, Jeremias. **Princípios de legislación y jurisprudencia; extractados de las obras del filósofo inglés J. Bentham por Francisco Ferrer y Valls**. Madrid: Imprenta de Tomás Jordán, 1934.
- BERMEJO, Ernesto Gonzáles. **Conversass com Cortázar**. Tradução de Luís Carlos Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BITENCOURT, Cesar Roberto. **Falência da pena de prisão: Causas e Alternativas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª ed. Malheiros Editores, 2006.
- BRAGA, Fernanda. Há diferenças entre o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade? In: **JusBrasil**. 2008. Disponível em <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/95239/ha-diferencas-entre-o-principio-da-proporcionalidade-e-da-razoabilidade-fernanda-braga>>. Acesso em jun. 2017.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.
- BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Código criminal do Imperio do Brazil**. 16 de dezembro de 1830. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 8 jun. 2015.
- BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 2 jun. 2015.

CALVINO, Italo. **Por que ler os clássicos**. Tradução de Nilson Moulin. 5. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

CANAS, Vitalino. **O Princípio da Proibição do Excesso na Conformação e no Controle de Atos Legislativos**. Coimbra: Editora Almedina. 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

CARVALHO, Ronald de. **Pequena História da Literatura Brasileira**. 10. ed. Rio de Janeiro: F. Briguiet & Cia. 1955, p. 43.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação constitucional do Direito Penal**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1992.

CASTRO, Flávia Lages de. **História do Direito: Geral e Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 7. ed. 2009.

CAUME, Marina. Direito e narrativas infantis. In: Simpósio de Direito e Literatura, 1, 2010, Florianópolis. **Anais...** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011, v. 3, p. 40-52.

CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria Constitucional do Direito Penal: contribuições a uma reconstrução da dogmática penal 100 anos depois**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

COSTA, Alexandre Araújo. **O controle de razoabilidade no direito comparado**. Brasília: Thesaurus, 2008.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre princípios constitucionais**. Curitiba: Juruá, 2006.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. 7ª ed. Juspodivm, 2009.

DALBORA, José Luiz Guzman. Código Penal Francês de 1791. Traducción y Nota Introductoria. **Revista de Derecho Penal y Criminología**, 3. Época, n. 1, 2009, p. 481-517.

DIB, Natália Brasil; GUARAGNI, Fábio André. O princípio da insignificância e os crimes contra a ordem tributária: linhas críticas à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. **Revista Jurídica**. Curitiba: Centro Universitário Curitiba, v. 1, n. 28, p. 378-405, 2012. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/421>>. Acesso em: 29 abr. 2015.

DWORKIN, Ronald. **De que maneira o direito se assemelha à literatura: Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000 [1982], p. 236-237.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. e rev. São Paulo:

Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O legado da Revolução. In: _____. **Tércio Sampaio Ferraz Jr.** 2011. Disponível em <<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/32>>. Acesso em: 22 abr. 2015.

FLAUBERT, Gustave. Correspondance. Paris: Louis Conrad, 1929, v. 5 apud LLOSA, Mario Vargas. **A tentação do impossível: Victor Hugo e Os Miseráveis.** Tradução de Paulina Wacht e Ari Roitman. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, 173 p.

FRAGOSO, Heleno. **Lições de Direito Penal: parte geral.** Rio de Janeiro: Forense, 1985.

FRANÇA. Presidência da República. A declaração de direitos do homem e do cidadão. 26 de agosto de 1789. In: **Senado francês.** Disponível em: <http://www.senat.fr/lnq/pt/declaration_droits_homme.html>. Acesso em: 14 set. 2014.

FRANCE. Code pénal du 25 septembre 1791. Texte intégral original. In: DOUCET, Jean-Paul. **Le droit criminel: Droit pénal - Procédure pénale.** Disponível em: <http://ledroitcriminel.free.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/code_penal_25_09_1791.htm>. Acesso em: 27 out. 2014.

FREITAS, Raquel Barradas de. Direito, linguagem e literatura: reflexões sobre o sentido e alcance das inter-relações. **Working Papers,** Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, n. 6, 25 p. 2002. Breve estudo sobre as dimensões de criatividade em direito. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/DireitoLinguagemLiteratura.pdf>. Acesso em: 14 maio 2015.

GEIS, Gilbert. Pioneers in criminology – VII – Jeremi Bentham (1748-1832). **Journal of Criminal Law and Criminology and police science.** Montclair, NJ: Patterson Smith, No. 2, Vol. 46, jul. – ago. 1955. Disponível em: <<http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4361&context=jclc>>. Acesso em: 15 maio 2015.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito e literatura: anatomia de um desencanto – desilusão jurídica em Monteiro Lobato.** 6. tir. Curitiba: Juruá, 2008 [2002].

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no Direito Penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GRABITZ, Eberhard. **Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.** AöR, 1973/4 98, pp. 569-570.

GRINOVER, Ada Pelegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal.** 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GUZMAN, Luis Garrido. **Compendio de ciência penitenciária.** Madrid: Edersa, 1983.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Ensaio de teoria constitucional.** Fortaleza: Imprensa Universitária (UFC), 1989.

HASSEMER, Winfried. **Três temas de Direito Penal**. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993.

HOBBSAWM, Eric J. **The age of empire, 1875-1914**. New York: Vintage Book, 1989.

HUGO, Victor. **Os Miseráveis**. Tradução de Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: Cosac Naify, 2012 [1862], 1976 p.

HUGO, Victor. **Reliquat des Misérables**: edition de L'Imprimerie National, Paris: Paul Ollendorf, 1908-1909, v. 2-3 apud LLOSA, Mario Vargas. **A tentação do impossível**: Victor Hugo e Os Miseráveis. Tradução de Paulina Wacht e Ari Roitman. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, 173 p.

JOURNET, René. ROBERT, Guy. **Le mythe du peuple dans Les Misérables**. Paris: Éditions Sociales, 1964 apud LLOSA, Mario Vargas. **A tentação do impossível**: Victor Hugo e Os Miseráveis. Tradução de Paulina Wacht e Ari Roitman. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, 173 p.

KONCIKOSKI, Marcos Antônio. Princípio da proporcionalidade. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 96, jan 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11050&revista_caderno=9>. Acesso em set 2017.

LESSA, Lourice Hage Salume. Princípios constitucionais penais. **Diké**, Revista Jurídica do Curso de Direito da UESC / Universidade Estadual de Santa Cruz, Departamento de Ciências Jurídicas. Ilhéus, Bahia: UESC, v.7. 2005, p. 115-130.

LIMA, Maria Rosynete Oliveira. **Devido Processo Legal**. Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

LLOSA, Mario Vargas. **A tentação do impossível**: Victor Hugo e Os Miseráveis. Tradução de Paulina Wacht e Ari Roitman. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, 173 p.

LLOSA, Mario Vargas. **A verdade das mentiras**. Tradução Cordelia Magalhães. São Paulo: Arx, 2004.

LLOSA, Mario Vargas; MAGRIS, Claudio. **La literatura es mi venganza**. Lima: Seix Barral Únicos, 2011, p. 24.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

MALAURIE, Phillipe. **Droit & Littérature**: Anthologie. Paris: Cujas, 1997, p. 15.

MAÑAS, Vico. O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal. São Paulo: Saraiva, 1994.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **Ensino jurídico**: literatura e ética. Brasília: OAB, 2006. 184 p.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, Gilmar. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. In: **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n.º. 5, agosto, 2001. p. 361-372. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 06 de junho de 2017.

NOJIRI, Sérgio. Algumas reflexões sobre o movimento direito e literatura: a proposta do direito como um romance em cadeia. In: TROGO, Sebastião; COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos (Orgs.). **Direito, filosofia e arte: ensaios de fenomenologia do conflito**. São Paulo: Rideel, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ONECA, José Anton. Apostillas a un libro sobre Dorado Montero. **Revista de Estudios Penitenciarios**, 1971.

OSÉS, José Santos. Jeremias Bentham y el Derecho Penal. **Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales**. [S. l.], jan. – ago. 1967. Disponível em: <http://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-1967-10053900562_ANUARIO_DE_DERECHO_PENAL_Y_CIENCIAS_PENALES_Jerem%EDas_Bentham_y_el_Derecho_Penal>. Acesso em: 1 jun. 2015.

OST, François. **Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico**. Tradução de Paulo Neves. São Leopoldo: Unisinos, 2007. (Coleção Dike).

PAVARINI, Massimo; MELOSSI, Dario. **Cárcel y fábrica: los orígenes del sistema penitenciario**. 2. ed. México: Siglo XXI, 1985 apud BITENCOURT, Cesar. **Falência da pena de prisão: Causas e Alternativas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

PERELMAN, Chaïm. **L'argumentation juridique**. Paris, Michalon, coll. Le Bien commun, 2013.

PÉREZ, Carlos. Derecho y literatura. Isonomia. **Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**. México, n. 24, p. 135-153, abr. 2006, p. 136.

PIKETTY, Thomas. **O Capital no Século XXI**. Lisboa: Temas e Debates, 2014.

PLATÃO. **As leis**. 2. ed. Bauru: Edipro, 2010.

PLATÃO. **La République**. Traduction de R. Baccou, Paris, Garnier-Flammarion, 1966.

POSNER, Richard A. **Droit et littérature**. Traduit par Christine Hivet et Philippe Jouary. Paris: Presse Universitaire de France, 1996.

RAMOS, Diego da Silva. O princípio da proporcionalidade: o princípio da proporcionalidade tem por finalidade precípua equilibrar os direitos individuais com os anseios da sociedade. 2011. In: **DireitoNet**. Disponível em <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5865/O-principio-da-proporcionalidade>>. Acesso em mar. 2017.

RIBEIRO, Renato Janine. Um novo olhar. In: HUGO, Víctor. **Os miseráveis**. Tradução de Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: Cosac Naify, 2012 [1862], 1976, p. 2 v.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli (Orgs.). 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SANSONE, Arianna. **Diritto e letteratura: Un'introduzione generale**. Milano: Giuffré, 2001.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.

SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos!- Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal. **Revista brasileira de ciências criminais**, n. 53, ano 13. São Paulo: Revista dos tribunais, 2005, p.11.

SEMER, Marcelo. **Princípios penais no Estado democrático**. SEMER, Marcelo; FELIPPE, Marcio Sortelo (Orgs.). São Paulo: Estúdio editores.com, 2014. (Coleção para entender direito).

SEMER, Marcelo.....os miseráveis do direito penal.... In: _____. **Sem Juízo, por Marcelo Semer: A justiça vista por dentro. O direito além da lei**. [S.l.], 2013. Disponível em: <<http://blog-sem-juizo.blogspot.com.br/2013/03/os-miseraveis-do-direito-penal.html>>. Acesso em: 18 mar. 2015.

SILVA, Joana Aguiar e. **A prática Judiciária entre direito e literatura**. Coimbra: Almedina, 2001.

SIQUEIRA, Ada Bogliolo Piancastelli de. **Notas sobre o Direito e a Literatura: O Absurdo do Direito em Albert Camus**. Florianópolis: Editora da UFSC; Fundação Boiteux, 2011. 159 p. (Direito e Literatura, v. 4).

TALAVERA, Pedro. **Derecho y literatura**. Granada: Comares, 2006.

TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães. Direito e Literatura: aproximações e perspectivas para se repensar o direito. In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo (Orgs.). **Direito & literatura: reflexões teóricas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 11-66.

VIEIRA, Iacyr de Aguiar. **Direito e Literatura: o despertar de antigas ideias**. Revista de Direito da UFV. Departamento de Direito, v. 4, n. 2, p. 43-52, 2012.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. Sistemas jurídicos da Europa: Revolução Francesa e o Código de Napoleão. **Prática Jurídica**. Brasília: Consulex ano 7, n. 76, 31 de julho de 2008.

WARAT, Luís Alberto. **Introdução geral ao direito: A epistemologia jurídica da modernidade**. Porto Alegre: SAFE, 1995. v. 2.

WEST, Robin. Adjudication is not interpretation: some reservations about the law-as-literature movement. **Public Law and Legal Theory Research Paper Series**. Georgetown, n.

11-73, 1987, p. 207.

WHITE, James Boyd. **The Legal imagination**. 6. ed. Chicago: The University of Chicago Press, 1997 apud SIQUEIRA, Ada Bogliolo Piancastelli de. **Notas sobre o Direito e a Literatura: O Absurdo do Direito em Albert Camus**. Florianópolis: Editora da UFSC; Fundação Boiteux, 2011. 159 p. (Direito e Literatura, v 4).

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 8. ed. Editora Revista dos Tribunais, 2009, v. 1.