



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO E GESTÃO  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**FERNANDO EVALDO FRANCO FILHO**

**O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO PENAL MÍNIMA E A CRIMINALIZAÇÃO DA  
MISÉRIA NA OBRA *OS MISERÁVEIS* DE VICTOR HUGO:  
UM ESTUDO DE DIREITO E LITERATURA**

Salvador  
2015

**FERNANDO EVALDO FRANCO FILHO**

**O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO PENAL MÍNIMA E A CRIMINALIZAÇÃO DA  
MISÉRIA NA OBRA *OS MISERÁVEIS* DE VÍCTOR HUGO:  
UM ESTUDO DE DIREITO E LITERATURA**

Monografia apresentada ao curso de Graduação em Direito da Faculdade Baiana de Direito e Gestão, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Mestre Daniel Nicory do Prado.

Salvador  
2015

## AGRADECIMENTOS

Ao Professor Mestre Daniel Nicory do Prado, pelo brilhantismo na orientação, por manter-se sempre disponível e pela paciência diante da inconveniente torrente de *e-mails* com dúvidas e inseguranças. Seu direcionamento não só foi determinante para a realização e conclusão deste trabalho, mas foi ainda de grande importância para manter-me inspirado no seu aprimoramento.

Aos generosos Paulo Henrique Lopes e Rafael Magalhães que auxiliaram no reparo das miudezas. Estas se mostraram, no final, gigantescas. O apoio e o incentivo nas madrugadas insones foram de inestimável valor para a conclusão desta monografia.

A Bruno Reis Mascarenhas, pelo café, tão importante quanto.

Aos amigos, que compreenderam a ausência e as proibições de visitas.

A Victor Hugo, pelas lições que levarei sobre a miséria humana na profissão de Advogado.

“[...] é possível que os romances também inoculem em nós uma insatisfação com o existente, um apetite de irrealidade que influa em nossas vidas das maneiras mais diversas e ajude a humanidade a se mover” (LLOSA, 2012, p. 20).

“*Os miseráveis* é uma ficção – mas continuamos tropeçando nela com intensas doses de realidade” (SEMER, 2013).

## RESUMO

O presente estudo monográfico procura investigar o princípio da intervenção penal mínima e a criminalização da miséria na obra *Os miseráveis* (1862), de Victor Hugo. A pesquisa procurou sistematizar as bases teóricas do ramo do Direito e Literatura, voltando-se para a 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 intervenção penal mínima, seu conceito, regramento, origem e aplicação, não sem antes vislumbrar o seu papel no Estado Democrático de Direito. Procurou-se averiguar os princípios que a ele são corolários, quais sejam a fragmentariedade, a lesividade, a proporcionalidade e a insignificância, e de que modo estes confirmam o princípio da intervenção mínima. Ao se voltar 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 dos princípios na referida obra, sua aplicação e de que maneira guardam correspondência na realidade jurídica contemporânea. Investigou-se, por fim, a correlação que a não aplicação dos princípios estudados tem com o fenômeno da criminalização da miséria, e como tal fenômeno foi representado na obra de Victor Hugo.

**Palavras-chave:** Direito e Literatura. Direito Penal. Princípio da intervenção mínima. *Os miseráveis*. Criminalização da miséria.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>APRESENTAÇÃO</b>	<b>7</b>
<b>2</b>	<b>DIREITO E LITERATURA</b>	<b>9</b>
2.1	A IMPORTÂNCIA DO ESTUDO INTERDISCIPLINAR ENTRE DIREITO E LITERATURA	10
2.2	DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO	17
2.2.1	<b>Estágio inaugural</b>	19
2.2.2	<b>Estágio intermediário</b>	20
2.2.3	<b>Estágio atual</b>	21
2.3	SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS	22
2.3.1	<b>As semelhanças</b>	22
2.3.2	<b>As diferenças</b>	26
2.4	AS INTERAÇÕES POSSÍVEIS	28
2.4.1	<b>Direito <i>da</i> Literatura</b>	29
2.4.2	<b>Direito <i>como</i> Literatura</b>	30
2.4.3	<b>Direito <i>na</i> Literatura</b>	34
<b>3</b>	<b>O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO</b>	<b>37</b>
3.1	A DISCUSSÃO PRINCIPIOLÓGICA COMO SUBTERFÚGIO PARA ANÁLISE SOCIAL DO DIREITO PENAL	37
3.1.1	<b>Princípios Penais no Estado Democrático de Direito</b>	37
3.1.2	<b>O princípio da intervenção mínima como instrumento de política social</b>	39
3.1.3	<b>Princípio ou postulado?</b>	41
3.2	INTERVENÇÃO MÍNIMA: CONCEITO, ORIGEM, REGRAMENTO E FUNÇÃO DO PRINCÍPIO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	44
3.3	A IMPORTÂNCIA DO BEM JURÍDICO NA CONSOLIDAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA	49
3.4	PRINCÍPIOS COROLÁRIOS	52
3.4.1	<b>Fragmentariedade</b>	53
3.4.2	<b>Lesividade/ofensividade</b>	54
3.4.3	<b>Proporcionalidade</b>	55
3.5	O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA COMO CONCRETIZADOR DO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA	57
3.5.1	<b>Origem histórica</b>	62
3.5.2	<b>Análise de jurisprudência brasileira</b>	62
3.5.3	<b>Incoerências na aplicação do princípio para crimes patrimoniais e crimes tributários</b>	64
<b>4</b>	<b>ESTUDO JURÍDICO DE <i>OS MISERÁVEIS</i>, DE VICTOR HUGO</b>	<b>69</b>
4.1	O AUTOR E A OBRA	69
4.1.1	<b>Por que <i>Os miseráveis</i>?</b>	71
4.1.2	<b>Contexto histórico</b>	73
4.1.2.1	<i>O Código Penal francês de 1791</i>	77
4.2	A PRESENÇA DO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA (E SEUS COROLÁRIOS) NA OBRA	78
4.2.1	<b>Os Reformadores e o contexto jurídico</b>	79

4.2.1.1	<i>John Howard</i>	79
4.2.1.2	<i>Jeremy Bentham</i>	80
4.2.1.3	<i>Cesare de Beccaria</i>	81
4.2.2	<b>O crime e a pena de Jean Valjean e seus paralelos com a realidade</b>	83
4.3	A CRIMINALIZAÇÃO DA MISÉRIA E O ESTIGMA DA PENA COMO CONSEQUÊNCIA DA INTROMISSÃO ESTATAL PENAL EXACERBADA	92
5	<b>CONCLUSÃO</b>	99
	<b>REFERÊNCIAS</b>	101

## 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, retratando 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 intervenção penal mínima e seus corolários, bem como os impactos sociais de sua (não) aplicação em um Estado Democrático de Direito, destacando o fenômeno da criminalização da miséria.

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, universo da qual a Faculdade Baiana de Direito e Gestão é uma exceção, visto que oferece a disciplina de Arte e Direito a seu alunado.

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 intervenção penal mínima –, discutiu-se o conceito, a origem, o regramento 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 sua tipificação exacerbada gera impacto no Estado Democrático de Direito. Abordaram-se, ainda, os princípios corolários à intervenção mínima, qual seja a lesividade, a fragmentariedade, a proporcionalidade e a insignificância, tendo sido feita, neste último, uma análise mais detida, já que se entendeu que ele funciona como um princípio concretizador da intervenção mínima, discutindo-se, assim, sobre sua origem, aplicabilidade pelos tribunais superiores e as diferenças de aplicação entre crimes patrimoniais e tributários.

Na quarta seção – Estudo jurídico da obra *Os miseráveis* de Victor Hugo –, buscou-se investigar como o princípio da intervenção mínima 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.

Ademais, buscou-se refletir sobre o fenômeno da criminalização da miséria, que resulta de um Direito Penal indiferente ao contexto social em que se insere, que não considera os abismos que se colocam entre as classes sociais, servindo, em verdade, como mantenedor de uma sociedade desigual e desumana.

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), *Antígona* (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 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.

Nesse sentido, Amado (2003, p. 366) defende que:

Es en las humanidades, y muy particular en la Literatura, donde podemos recuperar una perspectiva integral del ser humano, de su naturaleza, sus necesidades, sus apetencias, sus miedos, etc., y desde esa perspectiva podemos valorar y criticar las insuficiencias y defectos del derecho y de du punto de vista miope y cómplice de las opresiones sociales más diversas<sup>1</sup>.

O fato é que, como bem defende Vieira (2012, p. 46-47), a inter-relação do Direito e da Literatura é interessante “em si mesma e por si mesma”, o que se demonstra no fato de que inúmeros juristas se dedicam ao estudo das Letras antes ou depois de iniciados os estudos de Direito. O autor entende que uma análise evolutiva e conjuntiva das relações jurídicas

---

<sup>1</sup> É nas humanidades, e particularmente na Literatura, que se pode recuperar uma perspectiva integral do ser humano, de sua natureza, suas necessidades, seus desejos, seus medos etc., e a partir dessa perspectiva, pode-se dar valor, assim como criticar, as insuficiências e os defeitos do Direito e de seu ponto de vista míope e cúmplice das opressões sociais mais diversas (tradução nossa).

representadas em obras literárias pode construir um interessante laboratório de pesquisa em Direito e Literatura comparados.

Ost (2007, p. 32) explica que a vantagem de aproximar a Arte e, especificamente, a Literatura ao Direito, encontra-se “no papel de mediação que ela desempenha entre o substrato da ação histórica e as produções jurídicas”. Nesse sentido, compreende que a Literatura preenche um espaço mediador capaz de “colocar o objeto a distância, desfazer certezas e romper com os modos de expressão convencionados”.

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”. E exemplifica:

É o latente sentimento de deslocamento de Mersault em *O estrangeiro*, de Camus, que nos leva a repensar a incapacidade do sistema jurídico de achar respostas para acontecimentos que não encaixam em sua própria lógica. Ao condenar o protagonista Mersault por sua indiferença aos valores sociais, questiona-se a característica homogeneizante do direito, a sua intolerância e repressão às diferenças. Condena-se o sistema legal por sua insensibilidade e impossibilidade de atuar frente ao individual. Por meio da ficção de *O processo* de Kafka, obtemos explícita crítica ao direito como objeto de opressão e intimidação do cidadão individual, explicitando a maneira com que o desconhecimento dos trâmites jurídicos é utilizado como forma de dominação do homem aos ditames políticos e ideológicos de grupos sociais (SIQUEIRA, 2011, p. 41).

Segundo Siqueira (2011, p. 42), as obras ficcionais são capazes de inserir o leitor em uma realidade alheia à sua, enfrentá-lo com situações que não seriam visualizadas pelo indivíduo originalmente, tal qual a opressão das crenças de Mersault ou a obscuridade da justiça condenatória de Josef K. A Literatura, assevera, “tem o poder de sensibilizar o leitor a causas que não o comoveriam por meio de um relato jurídico e formalista, atuando com a função de recuperar os sentidos perdidos durante o processo de racionalização do Direito”.

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.

Vieira (2012) reconhece que os trágicos gregos marcaram profundamente o pensamento ocidental e que suas preocupações são de extrema atualidade:

Ésquilo ensina a presença universal da justiça, afirma que todo ato humano apresenta uma questão de direito e, em três de suas obras – Os Persas, Os Eumênides e Prometeu Acorrentado –, o autor se refere a três simples verdades: a medida, a responsabilidade e a liberdade. Sófocles nos legou Antígona. Esta obra, considerada uma leitura obrigatória para os estudantes de Direito em todo o mundo, nos apresenta três importantes questões: a medida, o poder do homem e as leis não escritas ou leis divinas. Ao confrontar o direito e a moral, o direito justo, as leis postas e os princípios de direito, o estudante de direito deve necessariamente ponderar sobre estas questões suscitadas por Sófocles, que inclusive serviram de base para a construção da escola de pensamento conhecida como Escola do Direito Natural, em suas várias concepções (VIEIRA 2012, p. 49).

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). Exemplifica:

Bacharel era o Janjão, desde os vinte e um anos, contando, então, não só com o diploma, mas com algumas apólices e boas possibilidades *no parlamento, na magistratura, na imprensa, na lavoura, na indústria, no comércio, nas letras ou nas artes*, conforme o futuro com que lhe acenava o pai, ao expor-lhe, aos primeiros minutos do dia em que adquirira maioridade, a sua *Teoria do Medalhão*. E para esse papel o jovem Janjão parecia predestinado não em razão de talentos especiais, mas porque o próprio pai o considerava *dotado da perfeita inópia mental, conveniente ao uso deste nobre ofício... de medalhão!*” (MEDINA 2006, p. 32, grifo do autor).

A análise dessas 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”. Opina, ainda, que

O mundo, hoje como nunca, tende a reservar espaço aos mais qualificados. O bacharel do futuro não terá, seguramente, nada em comum com o perfil que dele traçou Machado de Assis ou com os depoimentos deixados acerca de sua formação por grandes nomes do direito, em nosso país. E é natural que assim seja. O homem caminha sempre no rumo do aperfeiçoamento (MEDINA, 2006, p. 38).

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 evolucionar 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 normas<sup>2</sup>, 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

---

<sup>2</sup> 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.

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).

Lembra Caume (2010, p. 41) que foi dentro das perspectivas teóricas do *Law and Literature Movement* que se estabeleceu a divisão metodológica que agrupou, com fins didáticos, as investigações interdisciplinares em duas vertentes fundamentais: *Law as Literature* (Direito como Literatura) e *Law in Literature* (Direito na Literatura): a primeira aborda as possíveis qualidades literárias do Direito, buscando aproximar o discurso jurídico ao discurso linguístico e literário, estabelecendo, assim, um diálogo enriquecedor e multidisciplinar; já a vertente do “Direito na Literatura” se debruça sobre a maneira como a Literatura trata questões referentes à justiça e à ordem jurídica.

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.

### **2.2.1 Estágio inaugural**

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.

Por outro lado, Sansone (2001, p. 9-14) expõe que os estudos de Direito e Literatura na Europa tiveram como ponto de partida a publicação, em 1931 e 1936, na Suíça, dos ensaios *Das Recht in der Dichtung* e *Die Dichtung in Recht*, respectivamente, de Hans Fehr, nos quais o Direito aparece como um fenômeno cultural comum à educação dos juristas e dos literários, enquanto a Literatura, por sua vez, aparece tanto como fonte para o conhecimento jurídico como também constitui um instrumento de crítica às instituições jurídicas.

Na Itália, em 1936, publicou-se o ensaio *La letteratura em la vita del diritto*, de Antonio D'Amato, no qual a Literatura é entendida como um intérprete autêntico das necessidades e aspirações do povo, assumindo, assim, uma função ligada à formação e evolução do Direito, bem como são compilados, significativamente, os estudos precedentes já desenvolvidos sobre o tema (SANSONE, 2001, p. 9-14).

Sansone (2001) destaca, ainda no âmbito europeu, que Gustav Radbruch não deixou de considerar a importância do estudo do Direito e Literatura, o que se evidencia, em 1938, com a publicação de um artigo intitulado *Psicologia del sentimento giuridico dei popoli*, que se aproveita da Literatura para extrair a expressão do sentimento de nação, dando ênfase aos exemplos russos, com Tolstói; francês, com Flaubert; e inglês, com Dickens.

### **2.2.2 Estágio intermediário**

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).

Na mesma linha, ainda, Trindade e Gubert (2008, p. 26) referem-se às publicações, em 1949, do ensaio *Derecho y Literatura*, de Juan Ossorio Morales, no qual o catedrático espanhol

analisa, à luz dos clássicos da Literatura castelhana, a práxis jurídica e social do Século de Ouro; e, em 1952, do ensaio *Antígone e Porzia*, de Túlio Ascarelli, no qual o catedrático italiano apresenta, a partir do exame dos acontecimentos ligados às duas figuras femininas, a noção de direito natural como critério de justiça da norma positiva.

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 e Gubert (2008, p. 27) destacam que com o crescente aumento dos escritos, discussões e eventos, sobretudo na década de 70, surge aquilo que ficou conhecido como o renascimento do *Law and Literature Enterprise* – mediante o qual se abre o universo de análise do fenômeno jurídico, na medida em que este deixa de ser descritivo, conforme exige o positivismo, e torna-se narrativo e prescritivo –, 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.

Observa-se, conseqüentemente, um progressivo e renovado sucesso dos estudos e pesquisas que passam a ser desenvolvidos com base na exigência de uma reaproximação, por meio da análise das obras literárias, dos valores humanísticos, eternos e absolutos, o que resulta, nos anos 80, na afirmação definitiva do *Law and Literature Movement* (TRINDADE; GUBERT, 2008, p. 27-28).

### **2.2.3 Estágio atual**

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.

Para Chueiri (2006, p. 234), é justamente com o crescimento do interesse pelo *Law and Literature Movement* que ocorre não somente o surgimento de inúmeros cursos sobre o tema, a inserção de tal disciplina nos programas universitários e a inauguração de centros e institutos de pesquisa, mas, também, uma grande difusão em outras áreas do conhecimento, com a criação de novos departamentos acadêmicos, tendo em vista que o objeto de estudo em questão se move em um campo de investigação interdisciplinar, que transcende os limites do próprio 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 morte 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.

Siqueira (2011, p. 35) entende, ainda, que em relação aos pontos fundamentais da doutrina juspositivista, a Literatura propõe uma nova perspectiva para a desconstrução:

Quanto ao referido modo de abordar o Direito, entre valoração e avaliação, a Literatura possibilita um contato com a natureza da linguagem; quanto à definição e às fontes do Direito, a Literatura apresenta-o como mera tentativa de busca de sentido e entendimento entre os componentes de uma comunidade, sempre dependente de outras manifestações culturais, anseios e produções sociais para sua continuação; quanto ao dogma da completitude, a arte literária apresenta uma nova teoria a partir da insuficiência de suas assertivas, enfatizando o processo criacional e inventivo da dinâmica jurídica.

A Literatura busca instalar a preocupação com o que Ost (2007, p. 46) descreve como a “Teoria do Direito Contado”, preocupando-se com os aspectos ignorados pelo tradicional positivismo jurídico e, segundo o mesmo, direito analisado. Uma teoria completa do Direito dependeria do seu entendimento como “um direito contado”. Essa teoria atenta-se ao estudo da natureza argumentativa das discussões jurídicas, evidenciando a importância da interpretação dos textos, bem como do entendimento do caráter simbólico e representativo das proposições jurídicas.

O “estudo do Direito contado” possibilita a inversão da lógica de um Direito que, conforme descreve Ost (2007, p. 46), “[...] articula-se em torno de pirâmides de normas escalonadas de poder e apreende com dificuldade o caso particular e as pessoas individuais”. A proposta de se “contar” o Direito, portanto, surge como ponto de partida para a aproximação do Direito à Literatura, entendendo a racionalidade daquele por meio de correntes narrativas e histórias singulares.

Silva (2001, p. 125-126) rememora que o ceticismo com o qual o século XX – seja a Filosofia, seja a ciência – encarou os dogmas e as práticas positivas oitocentistas de pensar, de agir, de estar, redundou não apenas na rejeição de qualquer fundamentalismo, mas, sobretudo, “em um renascer do vínculo ancestral que o conhecimento mantém com a realidade linguística”. Do mesmo modo como ocorreu com outros saberes, percebe a autora, o Direito, também, foi submetido a essas influências, “de maneira que se voltou, ao menos em uma primeira fase, de caráter metodológico, às análises linguísticas do discurso jurídico, entendido como discurso introjetado na linguagem cotidiana”.

Nesse contexto, a interpretação aparece como uma questão central, especialmente em razão da invasão da Filosofia da Linguagem e do desenvolvimento da Teoria Literária, que influenciaram e enriqueceram “[...] estudos congêneres levados a cabo pelos teóricos do direito, que rapidamente se aperceberam das vantagens que havia em usufruir de todo esse patrimônio entretanto acumulado” (SILVA, 2001, p. 126).

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.

Além disso, Freitas (2002, p. 5) aduz que, de um lado, o Direito é marcado pela necessidade de estabelecer relações com todas as demais linguagens – a exemplo da científica, da matemática, da econômica, da política, da sociológica etc. –, devendo traduzir cada um desses discursos de modo que seja possível operá-los no âmbito jurídico. Isso porque, na linha do que se refere Freitas (2002), o Direito é uma disciplina eminentemente humana e, como tal, atravessada pela linguagem: “[...] o mundo jurídico, nas suas diversas manifestações e instâncias, efectiva-se através da linguagem, de uma linguagem que se pretende universal ou universalizável”.

Ou melhor, como ensinam Kaufmann e Hassemer (2002, p. 42), “[...] o direito não é um objeto como as árvores e as casas. O direito é, pelo contrário, a estrutura das relações nas quais os homens estão uns perante os outros e perante as coisas”.

Trindade e Gubert (2008, p. 22) contemplam que, como toda e qualquer expressão artística, a “Literatura é uma transfiguração do real, isto é, a realidade recriada e retransmitida pela narrativa, através de metáforas e metonímias”. Assim, do mesmo modo como ocorre com o discurso jurídico, que pretende dar conta da realidade, a narrativa, por mais ficcional que seja, “é produzida inevitavelmente a partir daquilo que lhe é fornecido pelo mundo da vida”.

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 formal<sup>3</sup>, 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 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 convencional, 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).

---

<sup>3</sup> 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.

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 convencionadas, 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).

Cabe, enfim, mencionar o que precisamente Silva (2004, p. 35) chama de “chave do casamento de estudos literários com jurídicos”: a sua vocação e o seu potencial pedagógico. A autora explica que o casamento dos estudos jurídicos com os literários propicia não somente um entendimento cultural do Direito, mas, também, influencia diretamente na formação daquilo que denomina de “cidadania”: capacidade de pensar por forma própria, livrar-se de amarras exteriores e constituir um raciocínio lógico, independente e autônomo. Esse potencial pedagógico da aproximação é capaz de introduzir o futuro jurista nas principais questões do Direito, tornando-o capaz de apropriar-se de seu próprio pensamento e de conduzir um exame crítico das normas e tradições de sua sociedade.

Portanto, embora as diferenças entre Direito e Literatura devam ser contempladas em estudos propostos, estas, de forma alguma, comprometem o seu potencial didático.

Ost (2007, p. 25) faz um último questionamento: o que ganha o estudo do Direito nesse confronto com o espaço literário? Para o autor, no mínimo, e mais superficialmente, o exercício propiciará uma diversão erudita: a referência literária operaria então como uma ornamentação humanística capaz de instruir a secura de uma demonstração jurídica. Pondera que, embora seja uma garantia de cultura humanística, esse uso da Literatura a reduz a um discurso de apoio, tão afastado da crítica literária quanto da crítica ao Direito. Destaca Ost (2007) que, muito mais fundamentalmente, há de se esperar da Literatura uma função de subversão crítica.

#### 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, parte-se para a análise do 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.

Essa ideia foi defendida por Dworkin em seu artigo *De que maneira o Direito se assemelha à literatura*, publicado originalmente em 1982. Em tal artigo, Dworkin (2000) pede a seus leitores para imaginarem um grupo de romancistas contratados para um projeto e pede que se jogue dados para definir a ordem: o de número mais baixo escreve o capítulo de abertura de um romance; os demais continuam a atividade acrescentando um capítulo cada um, mas sempre com a consciência de que estão ali para acrescentar um novo capítulo do mesmo romance e não para inaugurar outro. Cada romancista, para o referido autor, a não ser o primeiro, tem a dupla responsabilidade de interpretar e criar, pois precisa ler tudo o que foi feito para estabelecer o que é o “romance” criado até então.

Dworkin (2000, p. 237) preleciona que o romancista deve decidir como as personagens são “realmente”, que motivos as orientam, qual é o tema ou o propósito do romance em desenvolvimento, até que ponto esse recurso ou figura literária, consciente ou inconscientemente usado, contribui para estes, e se deve ser ampliado, refinado, aparado ou rejeitado para impedir o romance em uma direção e não em outra.

Dworkin (2000) afirma, ainda, que cada juiz é como um romancista na corrente: ele deve ler tudo o que os outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, da maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance coletivo escrito até então (DWORKIN, 2000, p. 238).

Ressalta, também, que, ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora; ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção. Portanto, deve determinar, segundo seu próprio julgamento, qual realmente é, tomado como um todo, o propósito ou o tema da prática até então.

Nojiri (2012, p. 74) depreende que Dworkin oferece uma margem de liberdade ao romancista em cadeia para determinar qual é o propósito ou o tema da prática da comunidade. Essa aparente

margem, percebe Nojiri (2012), tem 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).

Para Llosa e Magris (2012, p. 24), a vida real, a vida verdadeira, nunca foi nem será suficiente para satisfazer os desejos humanos. O papel da Literatura e, nesse caso dos romances, é fundamental para o preenchimento dessas insatisfações. Sublinha, no entanto, que a linguagem dos romances não se atém à verdade, pois a natureza de um romance envolve a mentira (apesar de não apenas isso). Ressalta o autor que isso não significa que os romances “mentem” sempre, que o romance é sinônimo de irrealidade, uma vez que eles podem partir de algumas experiências vivas na memória, que estimulam a imaginação e a fantasia.

Nojiri (2012, p. 81), corroborando o que diz Llosa e Magris (2011), 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.

Diante do que já foi visto, é possível concluir que o Direito, conforme Dworkin (2000), além de partilhar elementos em comum com uma narrativa literária em que cada romancista em cadeia escreve se adequando aos capítulos anteriores, deve partir do pressuposto de que há

sempre uma “melhor” maneira de dar prosseguimento a esse trabalho coletivo, e essa forma é a da integridade, uma moralidade política baseada em princípios (NOJIRI, 2012, p. 83).

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 Crusóé; 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 Stroker; o juiz corrupto em Filocleôn, de Aristófanos; 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 Aristófanos, *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 INTERVENÇÃO MÍNIMA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Nesta seção, analisar-se-á o princípio da intervenção mínima, seu conceito, seu regramento jurídico, sua origem histórica e outros aspectos relevantes para a discussão que ora se contorna. Inicialmente, é necessário fazer uma digressão sobre o fato de tal discussão servir, neste trabalho, como um subterfúgio para a análise social do Direito Penal.

#### **3.1 A DISCUSSÃO PRINCIPIOLÓGICA COMO SUBTERFÚGIO PARA ANÁLISE SOCIAL DO DIREITO PENAL**

Discutir o princípio da intervenção mínima, bem como os seus corolários, 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, além de, obviamente, analisar os referidos princípios penais, servirá 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.

##### **3.1.1 Princípios Penais no Estado Democrático de Direito**

Carvalho (1992, p. 41-42) ensina que 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.

A autora ressalta, porém, que 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 referida autora atesta que, inegavelmente, a Constituição de 1988 ampliou os direitos, cuja finalidade é assegurar a justiça social. Destaca, 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 ato 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).

Nesse 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 expreso) 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”.

### **3.1.2 O princípio da intervenção mínima como instrumento de política social**

Tendo dito isso, é necessário partir para uma análise de tais preceitos em uma perspectiva de inserção social e de como se dá a atuação do Estado em sua efetivação.

Para Callegari (1999, p. 456-457), por exemplo, é válido perceber que, à primeira vista, há uma coerência existente entre o princípio da intervenção mínima do Direito Penal com uma colocação liberal ou neoliberal do Estado. Entretanto, dessa assunção questiona o autor se seria possível compatibilizar o referido princípio com um Estado social intervencionista, pois, embora se considere positiva uma intervenção assistencial do Estado, uma atividade repressiva deste se demonstra negativa.

A conclusão a que chega, acertadamente, é que não existe a referida contradição, uma vez que a admissão de um Estado social – que intervém para procurar bem-estar aos cidadãos – não obriga postular como desejável um intervencionismo penal que restrinja a liberdade além do

que o necessário para sua proteção; ao contrário, em um Estado social a serviço do indivíduo, a intervenção penal somente se justifica quando é absolutamente necessária para a proteção dos cidadãos.

Por outro lado, importa ressaltar que desde a alegação de Ulrich Beck de que se vive em uma “sociedade de risco”, que se origina da “[...] produção, definição e divisão dos próprios riscos produzidos de maneira técnico-científica” (BECK, 1992 apud SANCHEZ, 2002), o legislador penal tem se voltado para a criminalização de condutas que atinjam bens jurídicos transindividuais, tais como a ordem econômica, o meio ambiente, a ordem tributária. Roxin (2009, p. 33) também percebeu a impossibilidade de se limitar os bens jurídicos a aspectos individuais, entendendo que “bens da comunidade” são merecedores da proteção penal.

Callegari (1999, p. 457), contudo, aduz que a dinâmica própria do intervencionismo de um Estado social carrega o perigo de comprometer a realização efetiva do princípio da intervenção mínima no Direito Penal:

[...] por uma parte, um Estado intervencionista pode acabar se utilizando do Direito Penal como apoio de determinada política de governo, de forma a maximizar o poder público; por outra parte, o Estado social pode confundir a necessidade de favorecer determinados interesses coletivos, difundidos entre amplas camadas da população, com a conveniência de uma intervenção penal para prevenir seu ataque.

Para o autor, “a bondade de uma ação do governo para a coletividade não justifica, sem mais, que busque o apoio em uma arma tão lesiva como o Direito Penal” (CALLEGARI, 1999, p. 457).

Valendo-se de contexto específico e próximo à realidade brasileira, Zaffaroni (2009, p. 74-75) acha pertinente pontuar, ao falar do princípio da intervenção mínima na América Latina, que o contexto latino-americano apresenta um argumento de reforço em favor da aplicação de tal princípio, qual seja a agressão que toda a América tem sofrido aos Direitos Humanos (a que o autor chama de “injusto jushumanista”), o que afetou o direito ao desenvolvimento que se encontra consagrado no artigo 22 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, reconhecido pela Organização dos Estados Americanos (OEA), de modo que tais alegações, segundo o autor, não se tratam de uma afirmação ética, mas de uma afirmação jurídica.

Para o referido autor, se a intervenção do sistema penal é, efetivamente, violenta, e sua intervenção pouco apresenta de racional e resulta ainda mais violenta, o sistema penal nada mais faria que acrescentar violência àquela que, perigosamente, já produz o injusto

jushumanista a que a América Latina e o povo latino-americano continuamente é submetido. Para Zaffaroni (2009), o sistema penal estaria mais acentuando os efeitos gravíssimos que a agressão produz mediante o injusto jushumanista, o que resulta num suicídio.

Conclui o autor que o sistema penal deve corresponder ao princípio da intervenção mínima na América Latina, não somente pelas razões que se apresentam como válidas nos países centrais, mas, até, em face das características de países periféricos, que sofrem os efeitos do injusto jushumanista de violação do direito ao desenvolvimento.

Tal princípio, como é possível perceber, revela-se não só como um princípio político-criminal limitador do poder punitivo do Estado, e, sim, também, como pressuposto político democrático e social.

### 3.1.3 Princípio ou postulado?

Há de se levar em conta, antes de prosseguir este estudo, a diferença entre **princípio** e **postulado**, denominações frequentemente utilizadas por diversos autores como sinônimas, e, aqui, obedecerá aos contornos conceituais estabelecidos por Ávila (2012).

Ávila (2012) impõe, em sua obra, uma graduação: enquanto princípios e regras consistiriam em normas de primeiro grau, postulados hermenêuticos seriam normas de segundo grau. Para o referido autor, a diferenciação se dá em razão da falta de clareza conceitual na manipulação das espécies normativas, utilizando-se categorias, a rigor, diferentes, como sinônimos. É o caso da referência a princípios confundidos com regras, axiomas, postulados, ideias, medidas, máximas e critérios. Ávila (2012) argumenta que o uso desmedido de categorias não só se contrapõe à exigência científica de clareza, como também compromete a clareza e a previsibilidade do Direito, elementos indispensáveis ao princípio do Estado Democrático de Direito (ÁVILA, 2012, p. 28).

Dispensa-se, aqui, discorrer sobre as diferenças entre princípios e regras. Já se sabe que esses, como bem põe Ávila (2012, p. 30), “viraram lugar-comum afirmações, feitas em tom categórico”. Importante é verificar a conceituação que o referido autor dá aos postulados, também chamados de “metanormas”.

Ensina o autor que os postulados normativos aplicativos são normas imediatamente metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto da aplicação. Em outras palavras, os postulados se qualificam como normas sobre a aplicação de outras normas, daí serem chamados de metanormas (ÁVILA, 2012, p. 143). Dessa forma, Ávila (2012) aduz que sempre que se está diante de um postulado normativo, há uma diretriz metódica que se dirige ao intérprete relativamente à interpretação de outras normas. E acrescenta:

Os postulados funcionam diferentemente dos princípios e das regras. A uma, porque não se situam no mesmo nível: os princípios e as regras são normas objeto da aplicação; os postulados são normas que orientam a aplicação de outras. A duas, porque não possuem os mesmos destinatários: os princípios e as regras são primariamente dirigidos ao Poder Público e aos contribuintes; os postulados são frontalmente dirigidos ao intérprete e aplicador do Direito. A três, porque não se relacionam da mesma forma com outras normas: os princípios e as regras, até porque se situam no mesmo nível do objeto, implicam-se reciprocamente, quer de modo preliminarmente complementar (princípios), quer de modo preliminarmente decisivo (regras); os postulados, justamente porque se situam num metanível, orientam a aplicação dos princípios e das regras sem conflituosidade necessária com outras normas (ÁVILA, 2012, p. 143).

Percebe-se, assim, que princípios e postulados não podem ser confundidos, pois estes funcionam de forma diferente, sendo suficiente para tratá-los de forma separada. Existe certa celeuma doutrinária quanto à natureza jurídica da insignificância, corolário da intervenção mínima, que será tratado mais adiante.

Chamon Júnior (2006, p. 157) infere que determinados argumentos assumidos como supostos princípios jurídicos não são mais do que diretrizes políticas pragmaticamente, visto que são orientadas a determinados fins assumidos como mais interessantes, ou preferíveis, em face de outros.

[...] a insignificância haveria de ser interpretada em conexão com outros postulados que pretensamente também se fariam centrais na compreensão do Direito Penal moderno, quais sejam o seu caráter de fragmentariedade e de intervenção mínima. Isso porque, desde que compreendido o Direito Penal nesses termos, a incidência de referido “princípio” da insignificância teria por consequência o afastamento da tipicidade penal encarada em seu aspecto “material” (CHAMON JÚNIOR, 2006, p. 150).

Nesse sentido, Miguel (2008, p. 180) pontua que quando os princípios são analisados *a priori*, sem que existam ainda os dispositivos estruturados em forma de tipo, está-se falando de um discurso de justificação, seja doutrinário, seja na fase do processo legislativo, falando-se, ainda, de política criminal. Assim, o autor posiciona-se de encontro à concepção funcionalista e sua pregação da inserção de análises e finalidades político-criminais quando da aplicação da norma jurídica. Defende, destarte, que a política-criminal deve ser considerada durante o processo

político de justificação da elaboração de um dispositivo jurídico, mas não durante a aplicação da norma jurídica criada a partir daquele veículo normativo à luz do caso concreto, sob pena de transformar a atividade de interpretação/aplicação em “um processo de juízos pragmatistas e eticizantes”.

Dessa forma, no momento de interpretação/aplicação das normas jurídicas (momento em que incidiria a insignificância) o que se preza é a juridicidade, e não uma consideração das finalidades políticas que levaram à redação de um dado dispositivo no bojo do processo legislativo (MIGUEL, 2008, p. 181).

Ademais, partindo da premissa que a fragmentariedade, na verdade, constitui um postulado, Miguel (2008, p. 181) afirma que não busca manifestar uma oposição a tais artifícios hermenêuticos, pois o problema reside na adoção de tais postulados como pautados em considerações éticas, notadamente extrajurídicas.

Ao contrário dos supramencionados autores, alguns categorizam a insignificância como autêntico princípio (LOPES, 1997; MAÑAS, 1994; ACKEL FILHO, 1988; SANGUINÉ, 1990). Lopes (1997, p. 34), especificamente, defende a insignificância como princípio sob o argumento de que se trata de um meio qualificador dos valores da estrutura típica do Direito Penal, posto que face à sua adoção não mais se contenta o preenchimento da figura penal com mera acomodação formal de seus termos. O autor atribui um juízo transcendental a essa estrutura primária do tipo penal.

Acrescenta que a insignificância é princípio também porque determina, inspirado nos valores maiores do Estado Democrático (proteção da vida e da liberdade humanas), a validade da lei penal diante de seus métodos de aplicação ordinários, como que exigindo uma extraordinariedade fática para a incidência da lei penal em sentido concreto, qual seja, um significado juridicamente relevante para legitimá-la.

Lopes (1997) conclui que, apesar de muitos se oporem ao reconhecimento da insignificância e à produção de seus efeitos no Direito Penal, no campo principiológico, ao menos, o apego à construção de um sistema penal fundado nas concepções de um Estado Democrático de Direito Material, assentado na tríplice condição de sua validade, faz considerá-la como autêntico princípio (LOPES, 1997, p. 35).

### 3.2 INTERVENÇÃO MÍNIMA: CONCEITO, ORIGEM, REGRAMENTO E FUNÇÃO DO PRINCÍPIO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A conceituação do princípio da intervenção mínima, bem como de princípios que a ele se relacionam (fragmentariedade, lesividade/ofensividade, proporcionalidade e insignificância), demonstra salutar importância para a compreensão da configuração do Direito Penal enquanto ciência e enquanto realidade social, tanto no decorrer da história quanto nos ordenamentos jurídicos contemporâneos.

Inicialmente, Semer (2014, p. 53) observa que, se por um lado a legalidade, culpabilidade, lesividade podem ser descritos como princípios “de construção” – pois informam os limites intrínsecos do punível –, o da intervenção mínima deve ser compreendido, por outro lado, como um princípio “de caráter”, isto é, um princípio que indica a feição do Direito Penal.

Dessa forma, o princípio da intervenção mínima – também chamado de princípio da necessidade ou *ultima ratio* – nada mais é senão um princípio orientador e limitador do poder criativo de tipificação penal de condutas. Tal princípio preconiza que só se legitima a criminalização de um fato se esta constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico (LUISI, 2003). Em outras palavras, é dizer que se outras formas de sanção se revelarem suficientes para a tutela do bem jurídico, a criminalização é incorreta e não recomendável.

Na mesma perspectiva, Callegari (1999, p. 456) afirma que a compreensão e aplicação do referido princípio deve partir da ideia de que a intervenção penal supõe uma intromissão do Estado na esfera de liberdade do cidadão, intromissão esta que somente resulta tolerável quando é estritamente necessária – leia-se inevitável – para a proteção desse mesmo cidadão. Para o autor, depois da proteção pontual resultante da intromissão, encontra-se a convicção de que é preciso defender o cidadão do poder coativo do Estado.

Da mesma forma entendeu Roxin (1981, p. 23) ao falar que a pena é “a intervenção mais radical na liberdade do indivíduo que o ordenamento jurídico permite ao Estado”, o que revelava, desde então, a sua preocupação com a inflação penal e com a intervenção estatal penal que se demonstrar desnecessária.

É justamente diante da preocupação com a excessiva intromissão estatal com intuito punitivo que o princípio da intervenção mínima busca assegurar a *ultima ratio* do Direito Penal,

atribuindo-lhe caráter subsidiário, de forma que, como instrui Bitencourt (2012, p. 52), “se o restabelecimento da ordem jurídica violada se demonstrar suficiente por medidas civis ou administrativas, estas é que deverão ser empregadas, e não as penais”.

Tal autor assevera, assim, que antes de se recorrer ao Direito Penal, deve-se esgotar todos os meios extrapenais de controle social, e somente quando tais meios se mostrarem inadequados à tutela de determinado bem jurídico, em virtude da gravidade da agressão e da importância daquele para a convivência social, é que se justifica a utilização dos meios repressivos de controle social (BITENCOURT, 2012, p. 52).

Nessa mesma linha, Nucci (2014, p. 25) afirma que há outros ramos do Direito preparados para solucionar as desavenças e lides surgidas na comunidade, compondo-as sem maiores traumas, fazendo com que o Direito Penal seja considerado *ultima ratio*, isto é, a última cartada do sistema legislativo, quando se entende que outra situação não pode haver senão a criação da lei penal incriminadora, impondo sanção penal ao infrator.

Por fim, Semer (2014, p. 54-55) assinala que o princípio da intervenção mínima se projeta em duas dimensões: a fragmentariedade e a subsidiariedade. O autor afirma que a ideia da fragmentação nasce da própria legalidade: nem tudo o que é ilícito, imoral ou antissocial é crime, apenas as condutas selecionadas previamente pelo legislador; a subsidiariedade, a seu turno, parte do reconhecimento de que o Direito Penal não é a única forma de controle social.

Realizando reflexão histórica, Lopes (1997, p. 74) rememora que, assim como o princípio da legalidade, o princípio da intervenção mínima também foi produzido por ocasião do grande movimento social de ascensão da burguesia, fruto de reação contra o sistema penal do absolutismo, que mantivera o espírito minunciosamente abrangente das legislações medievais.

Ferrajoli (2010, p. 363) adiciona que tal princípio constitui a principal resposta dada pelo pensamento iluminista à pergunta “como punir”. Segundo o autor, a tese que une Montesquieu, Beccaria, Romagnosi, Bentham e Carmignani determina que a pena deve ser a necessária e a mínima dentre as possíveis em relação ao objetivo da prevenção de novos delitos.

O referido autor atesta que tal afirmação é revolucionária, embora pudesse parecer banal, tendo sido recepcionada pelas primeiras cartas constitucionais como freio às penas inutilmente excessivas. Adiciona ainda que, mais do que as específicas técnicas garantistas, o objetivo da

mitigação e minimização das penas inspirado numa ética racional de tipo utilitarista é, talvez, o traço mais característico do movimento penal reformador ocorrido no Iluminismo.

Semer (2014, p. 55) analisa, de forma precisa, que no Estado Democrático o Direito Penal deve estar necessariamente em segundo plano, havendo na dinâmica democrática diversas outras formas de solução de conflitos, como a política, mediada pela liberdade de expressão pelos partidos, a vida sindical etc. No absolutismo, percebe o autor, o Direito Penal está em primeiro plano, porque a intimidação é essencial à legitimidade do poder de vida e morte sobre os súditos, dentro de um regime de terror; no totalitarismo, o Direito Penal tem posição de relevo, porque a sociedade, refém do Estado, deve atender a um único comando, e toda forma de contrariedade é uma forma de oposição ao povo e, conseqüentemente, de agir inimigo.

Todas as ditaduras, conclui o autor, dependem do Direito Penal para sufocar o pluralismo e as formas de oposição ao exercício do poder, de modo que na democracia tais considerações não são cabíveis, vez que nem a legitimidade pelo terror, nem a ideia da sociedade como um ente unitário indissolúvel, nem a expressão da política sem confronto fazem parte de sua estrutura. Por esse motivo, o referido autor compreende que o Direito Penal não tem motivos para ser o controle prioritário, senão o subsidiário, quando se fala em Estado Democrático de Direito (SEMER, 2014, p. 55-56).

Foi entendendo a importância do princípio em questão e a necessidade e urgência de limitar o poder punitivo estatal (colocando o Direito Penal em um segundo plano) que dele tratou a *Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão* (1789), elaborada no apogeu do Iluminismo, em seu artigo 8º, de modo a determinar que “a lei apenas deve estabelecer penas **estricta e evidentemente necessárias** e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada” (FRANÇA, 2014 [1789], grifo nosso). Tal disposição pretendia reduzir a legislação em geral, especialmente a penal, de forma a tornar as leis poucas, mais simples e claras (LUISI, 2003).

Apesar da relevância trazida pela Declaração de 1789, Luisi (2003) verifica que as legislações constitucionais e penais contemporâneas, o que inclui a Constituição Federal Brasileira de 1988, não trazem explicitamente o princípio em causa. É possível, no entanto, nas palavras do autor,

extraí-lo, em razão da sua imanência e de seus vínculos, de outros “postulados”<sup>4</sup> explícitos e dos fundamentos do Estado de Direito que são impostos ao legislador e ao hermenêuta. E conclui que, mesmo que não esteja explícito no texto constitucional, o princípio da intervenção mínima se deduz de normas expressas da nossa Constituição, tratando-se, portanto, de um postulado nela inequivocamente implícito.

É o que se percebe, de fato, na Constituição Federal Brasileira de 1988, ao analisar o seu artigo 5º, *caput*, que leciona: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes” (BRASIL, 1988).

Também se extrai o princípio da intervenção mínima da Constituição Federal Brasileira, do artigo 1º, *caput* e inciso III, que promove o Estado Democrático de Direito e o princípio da dignidade da pessoa humana: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III – a dignidade da pessoa humana” (BRASIL, 1988).

Sobre esse último dispositivo constitucional, explica Nucci (2014, p. 25-26) que tal extração principiológica se dá pelo fato de que o “postulado” assegura direitos invioláveis, como a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade, bem como colocando como fundamento do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana, o que revela, indubitavelmente, o princípio implícito.

Lessa (2005, p. 28) assegura que o ordenamento jurídico-penal brasileiro espelha um “Direito Penal Mínimo”, tratando-se de princípio implícito na Constituição que tutela as liberdades dos cidadãos contra o arbítrio punitivo, com conotação de racionalidade, segurança e certeza. Aduz o autor que o Direito Penal Mínimo é voltado para a tutela dos direitos contra a violência do mais forte e, sob esse prisma, possui dupla finalidade, quais sejam a prevenção de delitos e de penas arbitrárias. Assim, compreende o autor que o Direito Penal Mínimo corresponde a um

---

<sup>4</sup> É importante alertar que Luisi (2003) e Nucci (2014) utilizam “postulado” como sinônimo de princípio, definição que não é acatada neste trabalho. Aqui se utilizará a expressão “postulado” nos termos definidos por Ávila (2012), de modo que *postulado* e *princípio* possuem conceituações diferentes.

modelo garantista que tutela o ofendido pelo delito e também o delinquente contra reações informais públicas ou privadas.

Pontifica, ainda, que com o minimalismo penal fortalece-se o princípio da intervenção mínima, pelo qual o direito à liberdade é garantia primordial do Estado de Direito. Segundo o autor, o minimalismo penal é compatível com a ideia de liberdade postulada pelos iluministas, fundamentando-se na humanização do Direito Penal, partindo da premissa de que a intervenção penal se constitui em “funesta intromissão na esfera de liberdade do cidadão, sendo apenas tolerável quando absolutamente necessária para a proteção desse cidadão” (LESSA, 2005, p. 28).

Semer (2014, p. 57) é preciso ao concluir que a hipercriminalização vem, sobretudo, num âmbito de uma pretensa legitimação direta, servindo o Direito Penal para satisfazer os anseios de uma consciência popular aturdida com o crescimento da criminalidade, e como uma resposta simbólica na falta de respostas mais efetivas do sistema político.

O que se preleciona, pois, é que o princípio da intervenção mínima está atrelado ao minimalismo penal, e que a adoção de um, para o sistema jurídico brasileiro, sem a observância do outro, é contraditória e acientífica. Já que se extrai do sistema jurídico brasileiro o princípio da intervenção mínima por meio da proteção de bens jurídicos importantes e da proteção do Estado Democrático de Direito, nada mais lógico do que se perceber o reflexo do minimalismo penal neste mesmo sistema. Buscar a concretização desses ditames é atribuir validade e eficiência ao ordenamento jurídico, bem como observar a sua cientificidade, atribuindo-lhe, ainda, objetivos sociais e humanistas.

Ante o exposto, percebe-se que, apesar de não se revelar explicitamente no texto constitucional brasileiro, o princípio da intervenção mínima é essencial para o direcionamento das políticas sociais do Estado, impactando diretamente na vida da sociedade, o que justifica o uso de tal princípio como parâmetro na elaboração de leis penais, de forma a não se permitir a elaboração indiscriminada de leis penais incriminadoras e de alicerçar o Estado Democrático de Direito.

### 3.3 A IMPORTÂNCIA DO BEM JURÍDICO NA CONSOLIDAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

Para que haja a efetiva consolidação do princípio da intervenção mínima, juntamente com os princípios que dele decorrem, ratificando as bases do Direito Penal Mínimo, é preciso investigar não só os princípios que lastreiam a criminalização das condutas, mas também o modo como o Direito Penal escolhe as condutas a serem criminalizadas. 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 a ótica da intervenção mínima, adotou como tal. Para o referido autor, é a análise do bem jurídico que guiará o legislador penal, à luz do princípio da intervenção mínima, na feitura da norma penal incriminadora.

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. 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. Segundo o autor, 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, uma vez que, como bem preleciona o princípio da intervenção mínima, o Direito Penal só será chamado a atuar quando os outros ramos do Direito forem incapazes de proteger o bem jurídico em questão.

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 (1999, 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 culposo, 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 importante a noção de que o princípio da insignificância funcione como instrumento de restrição do alcance potencial de todos os tipos penais.

Nucci (2014, p. 6), de forma complementar e corroborativa à ressalva de Santos (2008), aduz que quando o ordenamento jurídico opta pela tutela de um determinado bem não necessariamente a proteção deve dar-se no âmbito penal. A este, segundo o princípio da intervenção mínima, são reservados os mais relevantes bens jurídicos, focando-se as mais arriscadas condutas que possam, efetivamente, gerar dano ou perda ao bem tutelado.

O Sistema Penal, preleciona o supracitado autor, 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. Conclui, ainda, que 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.

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. A escolha do bem jurídico a ser protegido pelo legislador penal é que refletirá a obediência ou não do ordenamento jurídico penal ao princípio da intervenção mínima.

### 3.4 PRINCÍPIOS COROLÁRIOS

Tratar do princípio da intervenção mínima é tratar, inevitavelmente, do princípio da fragmentariedade, da lesividade, da proporcionalidade e da insignificância, seus principais

corolários. O princípio da intervenção mínima não pode ser suficientemente compreendido em seus diversos aspectos e extensões se não se tratar de tais princípios afins.

### **3.4.1 Fragmentariedade**

Antes de tratar da fragmentariedade em si, é importante registrar que alguns autores a tratam como princípio, mas outros argumentam no sentido de que se trata, na verdade, juntamente com a subsidiariedade, de um desdobramento do princípio da intervenção mínima, consistindo em postulado. Essa investigação será feita mais à frente, quando se tratar de insignificância, que recai sobre as mesmas controvérsias.

Conforme Nucci (2014, p. 26), falar de fragmentariedade significa compreender que nem todas as lesões a bens jurídicos protegidos devem ser tuteladas e punidas pelo Direito Penal, que, por sua vez, constitui somente parcela do ordenamento jurídico. Fragmento é apenas parte de um todo, razão pela qual o Direito deve ser visto no campo dos atos ilícitos como fragmentário, ou seja, deve ocupar-se das condutas mais graves, verdadeiramente lesivas à vida em sociedade, passíveis de causar distúrbios de monta à segurança pública e à liberdade individual.

Roxin (2000, p. 47) acrescenta que, pela natureza fragmentária do Direito Penal, é preciso que mantenha íntegro somente o campo da punibilidade indispensável para proteção do bem jurídico. Para tanto, o autor entende serem necessários princípios regulativos, como a adequação social, introduzida por Welzel, que não é elementar do tipo, mas certamente um auxílio de interpretação para restringir formulações literais que também abranjam comportamentos socialmente suportáveis. Aqui, Roxin (2000) inclui o princípio da insignificância, que permite excluir logo de plano lesões de bagatela da maioria dos tipos.

Ademais, resta acrescentar que a fragmentariedade decorre, ainda, da taxatividade penal, de modo que esta delimita as condutas ilícitas, provendo-lhes de interpretação restritiva dentro do universo das condutas ilícitas.

### 3.4.2 Lesividade/ofensividade

O princípio da lesividade/ofensividade, por sua vez, proíbe a criminalização de condutas que não se demonstrem efetivamente lesivas a bem jurídico (*nullum crimen sine iniuria*). Afirma Nucci (2014, p. 27) que o princípio da ofensividade (ou lesividade), sendo outro consectário da intervenção mínima, demonstra ser indispensável à criação de tipos penais incriminadores, cujo objetivo seja eficiente e realístico, visando à punição de condutas autenticamente lesivas aos bens jurídicos tutelados.

Santos (2008, p. 26), por conseguinte, vai mais além ao falar em uma dupla dimensão do princípio em tela, defendendo que para criminalização de condutas há de se analisar não somente a lesão em sentido lato, mas a natureza jurídica e a extensão da lesão ao bem jurídico. Consoante o autor, o princípio da lesividade proíbe a cominação, a aplicação e a execução de penas e de medidas de segurança em hipóteses de lesões irrelevantes, consumadas ou tentadas, contra bens jurídicos protegidos em tipos legais de crime.

Em outras palavras, Santos (2008) preleciona que o princípio da lesividade tem por objeto o bem jurídico determinante da criminalização, em dupla dimensão: do ponto de vista qualitativo, tem por objeto a natureza do bem jurídico lesionado; do ponto de vista quantitativo, tem por objeto a extensão da lesão do bem jurídico.

Não entende diferente Ferrajoli (1995, p. 479), pois para este o princípio da lesividade tem valor de critério polivalente de minimização das proibições legais, correspondendo a um princípio de tolerância tendencial da desviação, idôneo para reduzir a intervenção penal ao mínimo necessário e, com isso, reforçar a sua legitimidade e fiabilidade, pois, se o Direito Penal é um remédio extremo, devem ficar privados de qualquer relevância jurídica os delitos de mera desobediência, degradados à categoria de dano civil os prejuízos reparáveis e à de ilícito administrativo a grande maioria das violações de normas administrativas; os fatos, enfim, que não lesionem bens não essenciais ou os que são, só em abstrato, presumidamente perigosos.

Na mesma linha ideológica, expõe Queiroz (1998, p. 105) que a exigência de ser lesivo o comportamento para poder assumir significação penal segue-se à separação de Direito e moral, porquanto não perseguindo o Direito o infundir de valores morais aos seus destinatários, mas a só proteção subsidiária de bens jurídicos fundamentais, por meio da cominação e execução de penas, cabe-lhe, por consequência, exclusivamente, a disciplina das ações humanas exteriores

ofensivas desses bens, sempre que delas resultem ou possam resultar, concretamente, danos a terceiros.

Semer (2014, p. 44-45) diz que a lesividade representa o mínimo exigido de objetividade para evitar a punição de um Direito Penal do ânimo. A punição do agente pelo que pensa ou é, segundo o autor, e não pelo que fez, o que causa a outrem, é incompatível com as limitações inerentes ao Estado Democrático de Direito e, mais ainda, com o respeito à dignidade da pessoa humana. O mesmo se pode dizer com a confusão entre o Direito e moral, que o princípio da lesividade visa a evitar. Semer (2014) compreende, portanto, que a lesividade consagra o conceito de secularização, de onde deflui, necessariamente, a separação entre Direito e moral.

### **3.4.3 Proporcionalidade**

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 e, posteriormente, pela doutrina do Direito Administrativo.

Embora se remonte à Antiguidade, em que o Princípio de Talião foi a primeira manifestação da proporcionalidade – e sobrevive na modernidade, sobretudo no pensamento de Kant – Ferrajoli (2010, p. 366) confirma 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 só 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 pena<sup>5</sup>.

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.

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.

Tais excessos legislativos são questionados, no ordenamento jurídico brasileiro, por meio do controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, passando pela observação da necessidade e adequação da providência legislativa, numa espécie do que Bitencourt (2012) chama de “custo-benefício para o cidadão e para a própria ordem jurídica”. Pela necessidade, ensina o referido autor, confronta-se a possibilidade de atingir a mesma eficácia por meios menos gravosos, e pela adequação, analisa-se a aptidão suficiente para atingir os objetivos que se quer.

Nessa linha, Mendes (2004, p. 50) coloca:

[...] 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).

Assim, como bem sintetiza Hassemer (1984, 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,

---

<sup>5</sup> 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.

constituindo parte do postulado de Justiça que determina que ninguém pode ser incomodado ou lesionado em seus direitos com medidas jurídicas desproporcionadas.

A título de conclusão, Bitencourt (2012, p. 67) preleciona que é com base no princípio da proporcionalidade que se pode afirmar 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 estes indisponíveis e intocáveis, afastados da livre disposição do Estado, que, além de respeitá-los, deve garanti-los.

### 3.5 O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA COMO CONCRETIZADOR DO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

A despeito de ser corolário do princípio da intervenção mínima (em verdade, seu concretizador), o princípio da insignificância merece análise mais detida, não só em razão de sua complexidade enquanto princípio limitador do poder punitivo do Estado, mas também em razão dos deslindes e peculiaridades que lhes são próprios.

Inicialmente, cumpre saber que o princípio da insignificância, como bem lembra Mañas (1994, p. 58), é uma criação doutrinária, não havendo menção expressa a este princípio no ordenamento jurídico brasileiro. Foi elaborado pela primeira vez por Roxin, em 1964, a partir do adágio *mínima non curat praetor*, chamado posteriormente de “princípio de bagatela” por Klaus Tiedemann, e busca impedir, por meio do afastamento da tipicidade, a criminalização de condutas que não tenham relevância material.

Lopes (1997, p. 20) infere que a insignificância (ou bagatela) representa ideias desprestigiadoras de algum objeto (no caso, objeto jurídico, ou seja, por alguma forma amparado, protegido pelo Direito dentro de seu sistema). O autor diz que tal desprestígio manifesta-se sobre a consideração de desimportância da coisa, isto é, sobre a inexistência de significado jurídico para o objeto que, teoricamente, estaria amparado pelo sistema de proteção naturalmente desenvolvido pelo Direito positivo. Para Lopes (1997), “considerar algo insignificante é abrandar-lhe em tal proporção o seu valor que a justificativa teórica que embasava o funcionamento do aparelho estatal para garanti-lo não mais subsiste e ele é excluído do sistema jurídico”.

Consoante Bottini et al. (2012, p. 118), a construção dogmática e jurisprudencial do princípio da insignificância revela a força da influência das diretrizes político-criminais na elaboração dos conceitos jurídicos, e sua colaboração explícita ou implícita na consolidação de parâmetros que orientam a aplicação da norma penal.

Ao sistematizar o princípio da insignificância, Roxin (2009, p. 18) nota que a construção iluminista, que estrutura a política criminal, impõe que reste garantida a todos os cidadãos a proteção aos seus direitos fundamentais, assim como a manutenção de uma sociedade pacífica, função do Estado, como legitimado a isto.

Daí Lopes (1997, p. 25) considerar o princípio da insignificância o instrumento de maior força do Direito Penal contemporâneo, não interrompendo a trajetória da legalidade, para correção dos desvios havidos na aplicação das leis penais ao longo do tempo, de modo que tal princípio, para o referido autor, compõe a base de sustentação, juntamente com outros princípios – como o da intervenção mínima, lesividade, taxatividade, culpabilidade e humanidade – do chamado Direito Penal democrático.

De acordo com Dib e Guaragni (2012, p. 380), o referido princípio indica que a reação estatal exige mínima magnitude de lesão ou perigo de lesão a bem jurídico, e seu emprego implica a atipicidade material da conduta, justamente em função da falta de lesão ao bem jurídico tutelado, porquanto intocado ou tocado de maneira ínfima, de forma que, se é ausente a ofensa ao bem jurídico, não há que se falar em injusto jurídico-penal.

Em outras palavras, os autores inferem que se o crime é constituído pelo substrato conduta humana, a que são agregados tipicidade, ilicitude e culpabilidade como juízo de desvalor, o princípio da insignificância opera no primeiro desses juízos, vez que para existir tipicidade há que existir lesão ao bem jurídico tutelado. Demonstra-se necessário, portanto, para compreender de fato o princípio da insignificância em sua totalidade, visualizar o conceito de tipicidade material.

Impossível, nesta questão, não recorrer a Zaffaroni (2009). Este afirma que as normas devem guardar uma ordem mínima entre si, impedindo que uma proíba o que a outra ordena ou fomenta. O autor alerta que pode ocorrer que o tipo legal pareça incluir casos de tipicidade, mas numa análise mais detida do alcance da norma que está anteposta ao tipo pode-se perceber que se tal norma for interpretada de modo global (isto é, como parte de uma ordem normativa), a

conduta que se adéqua ao tipo não poderia estar proibida, uma vez que a própria ordem normativa, em outro plano, a ordena ou a incentiva (ZAFFARONI, 2009, p. 396).

Nessas bases, o mencionado autor ensina que a tipicidade penal é formada pela tipicidade legal mais a tipicidade conglobante, de forma que o juízo de tipicidade não é um mero juízo de tipicidade legal (isto é, não é um mero encaixe de uma conduta a um tipo normativo descrito), exigindo um outro passo, que é a comprovação da tipicidade conglobante. Esta tipicidade conglobante consiste na averiguação da proibição através da indagação do alcance proibitivo da norma – em outras palavras, a tipicidade conglobante determina que a norma não seja considerada isoladamente, mas conglobada na ordem normativa. Assim, o autor afirma que a tipicidade conglobante é um corretivo da tipicidade legal, posto que pode excluir do âmbito do típico aquelas condutas que apenas aparentemente estão proibidas.

Nesta mesma linha, Bottini et al. (2012, p. 120) corroboram que nem sempre a ação adequada ao tipo penal será materialmente típica, vez que é necessário integrá-la com elementos valorativos que revelem seu prejuízo social. Para os autores, a integração do conceito de tipicidade material com a ideia de que a missão última da repressão estatal é a proteção de bens jurídicos, e não meros comportamentos imorais, é que permite o desenvolvimento do princípio da insignificância.

Bitencourt (2012, p. 58), em análise material do princípio em tela, aduz que são abarcadas por este as condutas que se amoldam a determinado tipo penal, sob o ponto de vista formal, mas que não apresentam nenhuma relevância material. Nessas circunstâncias, compreende o autor que, sob o crivo de tal princípio, pode-se afastar liminarmente a tipicidade penal porque, em verdade, o bem jurídico não chegou a ser lesado. Assevera, ainda, que a irrelevância ou insignificância de determinada conduta deve ser aferida não apenas em relação à importância do bem juridicamente atingido, mas especialmente em relação ao grau de sua intensidade, isto é, pela extensão da lesão produzida. Exemplifica Roxin (2000, p. 48):

Maus-tratos são uma lesão grave ao bem-estar corporal, e não qualquer lesão; da mesma forma, é libidinosa no sentido do código penal só uma ação sexual de alguma relevância e só uma violenta lesão à pretensão de respeito social será criminalmente injuriosa. Por “violência” não se pode entender uma agressão mínima, mas somente de certa intensidade, assim como uma ameaça deve ser “sensível” para adentrar no marco da criminalidade.

Também Toledo (1994, p. 133), ilustrando, adverte que o artigo 163 do Código Penal não trata de qualquer lesão à coisa alheia, mas, sim, aquela que possa representar prejuízo de alguma

significação para o proprietário da coisa. Segue essa mesma lógica o descaminho do artigo 334, §1º, d, pois não será a posse de pequena quantidade de produto estrangeiro, de valor reduzido, que se revelará relevante para o alcance da pena, e, sim, a mercadoria, cuja quantidade ou cujo valor indique lesão tributária para o Fisco. Para o autor, na mesma linha seguem a injúria, a difamação e a calúnia dos artigos 140, 139 e 138, que devem igualmente restringir-se a fatos que realmente possam afetar significativamente a dignidade, a reputação, a honra, o que exclui ofensas tartamudeadas e sem consequências palpáveis.

Dá dizer Queiroz (1998, p. 123-124), reiteradamente, que qualquer lesão jurídica admite, em tese, que se afaste a tipicidade pela aplicação do princípio da insignificância, posto que pode o bem jurídico fundamental protegido pela norma não ter sido atingido, ou ser atingido, perifericamente, apenas em mínima intensidade, grau e extensão. Para o autor, tendo sido diminuto, efetivamente, o dano produzido, isto é, tal seja o desvalor do resultado, que não assuma efetiva significação penal, sendo, de fato, desnecessário e desproporcional o extremo castigo penal.

Nesse diapasão, Lopes (1997, p. 20) afirma, certo, que “o princípio da insignificância é a válvula de resgate da legitimidade do Direito Penal, com o adensamento de seu significado axiológico proporcional à qualidade de fatos que visa abstrata e concretamente reprimir”. Alerta o autor que tal princípio não visa a diminuir a importância do Direito Penal no meio social, substituindo-o por outra espécie de Direito sancionador, mormente o Administrativo. E conceitua:

O princípio da insignificância decorre da concepção utilitarista que se vislumbra modernamente nas estruturas típicas do Direito Penal. No exato momento que a doutrina evoluiu de um conceito formal a outro material de crime, adjetivando de significado lesivo a conduta humana necessária a fazer incidir a pena criminal pela ofensa concreta a um determinado bem jurídico, fez nascer a ideia da indispensabilidade da gravidade do resultado concretamente obtido ou que se pretendia alcançar. O princípio da insignificância, assim, vem a luz em decorrência de uma especial maneira de se exigir a composição do tipo penal, a ser preenchido, doravante, não apenas por aspectos formais, mas também, e essencialmente, por elementos objetivos que levem à percepção da utilidade e da justiça de imposição de pena criminal ao agente (LOPES, 1997, p. 20).

Saguiné (1990, p. 46) sintetiza o conteúdo da tipicidade material ao dispor que a tipicidade não se esgota na concordância lógico-formal (subsunção) do fato no tipo, isto é, a ação descrita há de ser geralmente ofensiva ou perigosa a um bem jurídico.

O que se percebe, portanto, é que, de modo geral, há anuência doutrinária acerca do princípio da insignificância, tanto quanto à sua conceituação, quanto à sua importância enquanto regulador e delimitador do poder punitivo do Estado e como consagração de garantias básicas do Estado Democrático de Direito.

Ademais, vale considerar que, a despeito de sua correlação íntima com o princípio da intervenção mínima, o princípio da insignificância não se confunde com aquele, guardando, ambos os princípios, sua independência semântica. Tal confusão se revela costumeira pela doutrina – tanto nacional quanto estrangeira –, o que acaba por criar um problema conceitual grave.

Por essa razão é que Lopes (1997, p. 78) demonstra com clareza a diferença entre eles ao afirmar que o princípio da intervenção mínima opera uma transformação nos valores abstratamente selecionados para compor o sistema penal, importando um maior rigor na eleição das condutas, observando o seu grau de gravidade no ambiente social para determinar a valorização do bem jurídico objeto de seu conteúdo. O princípio da insignificância, por sua vez, é que dirige uma hermenêutica dinâmica projetada sobre o Direito Penal já construído, buscando atualizar e materializar a tipicidade e a ilicitude em função do resultado concreto da ação ou do móvel inspirador do comportamento.

Percebe-se, então, que enquanto o princípio da intervenção mínima busca interferência direta no processo legislativo na elaboração de leis penais – e, portanto, antes da criminalização da conduta –, o princípio da insignificância age de forma judicial imediata – e, portanto, aplicado à lei penal já criada –, às vistas de determinar a existência do crime em face da tipicidade material e da ilicitude concreta.

Tal diferença revela-se salutar para compreender com inteireza o processo de descriminalização e limitação do excessivo poder punitivo do Estado, seja o referido processo anterior à norma penal incriminadora, seja posterior.

### 3.5.1 Origem histórica

A compreensão do princípio em análise necessita, ainda, de uma abordagem histórica, de forma a investigar, buscando sua origem, a sua importância e o seu uso no decorrer do tempo e das sociedades.

Inicialmente, Ackel Filho (1988, p. 73) afirma que o princípio da insignificância já vigorava no Direito romano, no qual o pretor não cuidava, de modo geral, de causas ou delitos ínfimos, de bagatela, como demonstra a máxima do brocardo *mínima non curat pretor*.

Lopes (1997, p. 37-38), no entanto, diverge de tal posicionamento, alegando ausência de especificidade em tal afirmação, vez que compreende o referido brocardo como menos do que um princípio, mas um mero aforismo. Argumenta que o princípio da insignificância é sistêmico, isto é, decorrente da própria natureza fragmentária do Direito Penal, de modo que, sendo princípio específico do Direito Penal, o referido autor não consegue relacioná-lo com a máxima *minimis non curat pretor*, que pode servir de referência, mas não como via de reconhecimento do princípio.

Entende o autor que o princípio da insignificância, ou criminalidade de bagatela (*Bagatelledelikte*), como é mais conhecido, tem sua origem fática na patrimonialidade, tendo surgido na Europa como problema de índole geral que foi progressivamente crescendo a partir da Primeira Guerra Mundial.

Observa Lopes (1997) que, ao fim da Segunda Guerra, em virtude de circunstâncias socioeconômicas, produziu-se um notável aumento de delitos de caráter patrimonial e econômico, quase todos eles marcados pela característica singular de consistirem em subtrações de pequena relevância, daí a nomenclatura doutrinária de “criminalidade de bagatela”. Assim, não resta dúvida ao autor que o princípio em questão nasceu ungido pelo caráter da patrimonialidade.

### 3.5.2 Análise de jurisprudência brasileira

A exegese do princípio da insignificância se demonstra confusa no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente quando se contempla a sua aplicação pela Suprema Corte e os

parâmetros que são usados por tal Tribunal para reconhecer um fato como insignificante, bem como o funcionamento do aparato jurisdicional voltado para a correção de eventuais desvios de proporcionalidade da norma, ao punir delitos de bagatela.

Aduz Semer (2014, p. 101) que, embora venha sendo aplicado na jurisprudência dos tribunais superiores, há forte resistência ao reconhecimento deste princípio nas instâncias inferiores, sendo corriqueira sua negativa em tribunais, sob o argumento de que não faz parte do Direito brasileiro. Para o autor, essa interpretação possui um estreito viés positivista, esgotando a noção de Direito na lei e desprezando a arquitetura e a supremacia dos princípios, de modo que, ao fundo, a condenação não esconde uma certa confusão com a tutela moral.

Dito isso, a primeira menção ao princípio da insignificância pelo Supremo Tribunal Federal (STF), considerando jurisprudência digitalizada, foi em 1988 no Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* (RHC) 66.869/PR, cuja tipicidade foi afastada pelo então relator Ministro Aldir Passarinho, em caso de lesão corporal decorrente de acidente de trânsito.

ACIDENTE DE TRÂNSITO. LESÃO CORPORAL. INEXPRESSIVIDADE DA LESÃO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CRIME NÃO CONFIGURADO. SE A LESÃO CORPORAL (PEQUENA EQUIMOSE) DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRÂNSITO E DE ABSOLUTA INSIGNIFICÂNCIA, COMO RESULTA DOS ELEMENTOS DOS AUTOS – E OUTRA PROVA NÃO SERIA POSSÍVEL FAZER-SE TEMPOS DEPOIS – HÁ DE IMPEDIR-SE QUE SE INSTAURE AÇÃO PENAL QUE A NADA CHEGARIA, INUTILMENTE SOBRECARRREGANDO-SE AS VARAS CRIMINAIS, GERALMENTE TÃO ONERADAS.

(RHC 66869, Relator(a): Min. ALDIR PASSARINHO, Segunda Turma, julgado em 06/12/1988, DJ 28-04-1989 PP-06295 EMENT VOL-01539-02 PP-00187).

Após dez anos, em 1998, o STF voltou a aplicar o princípio da insignificância, dessa vez em crime contra a administração pública – HC 77.003/PE –, em que o então Ministro Marco Aurélio reconheceu a insignificância da contratação de servidor sem concurso público por curto período de tempo.

COMPETÊNCIA – HABEAS CORPUS – ATO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Compreende-se, no âmbito da competência do Supremo Tribunal Federal, julgar habeas corpus impetrado contra ato de tribunal superior. JUSTA CAUSA – INSIGNIFICÂNCIA DO ATO APONTADO COMO DELITUOSO. Uma vez verificada a insignificância jurídica do ato apontado como delituoso, impõe-se o trancamento da ação penal por falta de justa causa. A isto direcionam os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Consubstancia ato insignificante a contratação isolada de mão-de-obra, visando à atividade de gari, por município, considerado período diminuto, vindo o pedido formulado em reclamação trabalhista a ser julgado improcedente, ante a nulidade da relação jurídica por ausência do concurso público.

(HC 77003, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 16/06/1998, DJ 11-09-1998 PP-00005 EMENT VOL-01922-02 PP-00380).

A despeito desses entendimentos pelo STF, o princípio da insignificância não estava consolidado na Corte. Consoante Bottini et al. (2012, p. 125-126), até 2002, o STF ainda tinha dificuldades de adotar a ideia de afastar a tipicidade por insignificância em razão da inexistência de procedimento legislativo sobre o tema. Segundo os autores, a Corte Suprema claudicava na aplicação do princípio por entender que, além da ausência de definição legislativa, lhe faltava precisão metodológica.

No entanto, o Ministro Celso de Mello, em julgado de 2004 do HC 84.412/SP, j., discorreu, em seu voto, sobre as lições doutrinárias do Direito Penal mínimo e a razoabilidade. Foram, então, estabelecidos critérios para a verificação de bagatela, quais sejam: (i) mínima ofensividade do agente; (ii) nenhuma periculosidade social da ação; (iii) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; (iv) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Só a partir de então, asseveram Bottini et al. (2012, p. 126), que o STF, na esteira de precedentes de outros Tribunais, passou a aplicar a insignificância aos crimes patrimoniais e similares com base nos parâmetros fixados. Assinalam, também, que os critérios são pouco precisos, vagos, abrangentes, que buscam abrigar toda uma gama de casos concretos heterogêneos, seja quanto ao bem protegido, seja quanto ao modo de agir. Em seu entendimento, a ausência de parâmetros mais definidos resultou na aplicação díspar do princípio, que ora se alarga, ora se comprime, em uma sequência aleatória de decisões que reflete a dificuldade de trabalhar com um instituto ainda em construção.

### **3.5.3 Incoerências na aplicação do princípio para crimes patrimoniais e crimes tributários**

No que diz respeito ao crime de furto, já se tratou inicialmente da aplicação do princípio da insignificância ao falar da necessidade da análise material da lesão ao bem jurídico (não bastando a análise formal), e também ao falar dos critérios utilizados pelos Tribunais para aplicá-lo.

Assim, os critérios adotados pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e pelo Supremo Tribunal Federal (STF) para a concessão do princípio da insignificância no crime de furto são: (i) quando a conduta do agente atingir um grau mínimo de ofensividade; (ii) quando

ocorrer a ausência da periculosidade social da sua ação; (iii) quando o seu comportamento atingir um grau insignificante de reprovabilidade; (iv) e quando houver inexpressividade da lesão jurídica.

A título de exemplo, veja-se um julgamento que causou polêmica na Sexta Turma do STJ de um *habeas corpus* (HC 250.122) em favor de uma mulher que tentou furtar de um mercado onze latas de leite em pó, avaliadas em R\$ 76,89. A Defensoria Pública não conseguiu trancar a ação penal no Tribunal de Justiça de Minas Gerais e, por isso, buscou o STJ pedindo a aplicação do princípio da insignificância (SUPERIOR..., 2013).

A publicação no *site* oficial do Tribunal diz que, embora aparentemente simples, o caso foi muito discutido e o julgamento foi concluído por maioria de votos. A ministra Maria Thereza de Assis Moura e o ministro Sebastião Reis Júnior acompanharam o relator, ministro Og Fernandes, na aplicação do princípio da insignificância. A ministra Assusete Magalhães e a desembargadora convocada Alderita Ramos ficaram vencidas. A divergência se revela nas particularidades de cada processo. Nesse, a mulher tinha maus antecedentes e era reincidente contumaz, além de haver indícios de que ela sofria de esquizofrenia.

Ainda segundo a mencionada publicação, o ministro Og Fernandes reconheceu “a mínima ofensividade da conduta, nenhuma periculosidade social da ação, reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada” (SUPERIOR..., 2013). Afirmou ainda que, de acordo com a jurisprudência do STJ e do STF, a existência de condições pessoais desfavoráveis, como maus antecedentes, reincidência ou ações penais em curso, não impede a aplicação do princípio da insignificância. A verdade, porém, é que essa questão é bastante controvertida nos tribunais superiores, de modo que quando a conduta delitiva do agente se demonstra reiterada afasta-se a insignificância.

Na mesma sessão de julgamento que analisou o caso acima relatado, a Turma não considerou insignificante o furto de uma colher de pedreiro avaliada em R\$ 4,00, condenando o autor a dois anos e oito meses de prisão, em regime inicial fechado (HC 253.360).

Segundo os ministros, o afastamento da bagatela não aconteceu em razão do “modo ousado” que o furto foi praticado, tendo o réu pulado uma grade de 1,7 metro de altura e um muro de 2,5 metros e só não levando mais objetos porque foi descoberto. Além disso, possuía maus

anteriores, é reincidente específico e já havia sido beneficiado anteriormente com a aplicação do princípio da insignificância (SUPERIOR..., 2013).

Para o ministro Sebastião Reis Júnior, a aplicabilidade do princípio da insignificância deve ser avaliada com cautela, observando-se as peculiaridades do caso concreto, para auferir o potencial grau de reprovabilidade da conduta e a necessidade ou não de utilização do Direito Penal. Ele alerta que a aplicação irrestrita desse princípio pode estimular a prática de furtos de pequeno valor, afirmando em seu voto:

Entendo que o princípio da insignificância não foi concebido para resguardar ou legitimar constantes condutas desvirtuadas, sob pena de se criar um verdadeiro incentivo ao descumprimento da norma legal ou de se estimular a prática reiterada de furtos de pequeno valor, mormente aqueles que fazem da criminalidade um meio de vida. (SUPERIOR... 2013).

Por outro lado, Gomes e Donati (2009) instruem que o critério central que governa o reconhecimento da insignificância no âmbito do Direito Penal Tributário, assim como na esfera das contribuições sociais (ou seja, nos crimes previdenciários), reside no valor mínimo exigido para que se proceda o ajuizamento da execução fiscal, como se verifica no REsp 573.398, cujo relator foi o Ministro Felix Fischer, julgado em 02/09/04. Entende-se que o valor do crédito tributário deve ser computado em sua totalidade, inclusive a multa ou multas, de modo que se o total não ultrapassar o valor aceito para o ajuizamento da execução fiscal, deve ter incidência o princípio da insignificância.

Nesse sentido, a publicação no *site* do STJ confirma, afirmando que:

Em julgamento de recurso especial repetitivo (REsp 1.112.748), a Terceira Seção seguiu decisão do STF e firmou o entendimento de que é possível aplicar o princípio da insignificância aos crimes tributários cujo valor não ultrapasse o limite de R\$ 10 mil. De acordo com a Lei 10.522/02, a Fazenda Pública não executa créditos tributários inferiores a esse valor (SUPERIOR..., 2013).

Os autores advertem que esse critério foi aceito pela jurisprudência, sem rupturas retrocessivas, até 2005, quando houve uma verdadeira reviravolta que só se arrefeceu no final de 2008, ocasião em que se retornou ao critério anterior. A validade desse critério, segundo os referidos, seria justificada pelo fato de que, se até esse valor mínimo não vale a pena propor a execução fiscal, com muito maior razão não tem sentido impor um castigo penal. No mesmo sentido, são pertinentes as palavras de Semer (2014):

[...] no campo penal tributário, todavia, a jurisprudência é pacífica e admite a insignificância quando o limite do descaminho, por exemplo, é inferior ao valor que

a própria união condiciona para sua ação fiscal – em outra demonstração típica da seletividade do direito penal. O entendimento do STF significa, contudo, um reconhecimento apenas parcial da insignificância, como exclusão da tipicidade, pois submete-a, inclusive, a questões ligadas à culpabilidade (como a ideia do “reduzido grau de reprovabilidade”). O mesmo se diga quando o motivo justificado para obstar a aplicação do princípio é a reincidência – uma manifesta imersão no direito penal do autor (SEMER, 2014, p. 102).

De pronto, entretanto, observam Gomes e Donati (2009) que o critério válido para os crimes tributários não é um critério geral do Direito Penal, utilizável em todas as modalidades de crime, sendo o crime tributário muito peculiar, regido, portanto, por uma solução também muito particular. Os autores sintetizam que o valor do ajuizamento da execução fiscal não é um parâmetro válido para outros delitos.

Bitencourt (2012, p. 96) aduz que:

Se o Estado não possui interesse em ajuizar execuções fiscais contra devedores, cujo débito seja igual ou inferior a R\$ 10.000,00, muito menos o terá para instauração de um processo penal, como instrumento de coerção para o pagamento. Com efeito, uma vez que o Direito Penal é concebido como *ultima ratio* do sistema, não se pode admitir uma hipotética inversão de prioridades, isto é, não cabe exercer o direito de punir quando o próprio Estado dispensa a priori o uso de outras formas menos gravosas para garantir a satisfação de seus interesses.

O que se deve questionar, no que tange aos crimes patrimoniais, é se a aplicação do princípio da insignificância se satisfaz com os critérios gerais estabelecidos pelo Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, e se não há de se ter em conta a capacidade econômica da vítima do delito na análise da inexpressividade da lesão sofrida, ou, ainda, se se deve estabelecer um critério objetivo monetário para a sua aplicação.

Ademais, nos crimes tributários, é preciso analisar se o critério objetivo estabelecido pela Lei 10.522/02 para a aplicação do princípio em questão aos tributos federais atende à realidade dos municípios brasileiros, visto que esses possuem, por óbvio, uma receita significativamente inferior.

Semer (2013) adiciona à discussão a incoerência existente na extinção de punibilidade para um crime de sonegação fiscal diante do pagamento do tributo, mas não para o pequeno furto. Questiona o autor: “Porque o patrimônio público malferido pelo burguês pode ser menos tutelado que o patrimônio do burguês malferido por um despossuído?”. Não se pretende, no entanto, desenvolver esta discussão no presente trabalho monográfico.

O que se conclui, portanto, é que diante da insegurança jurídica que se percebe na aplicação do princípio da insignificância, seja no que diz respeito aos crimes patrimoniais seja nos crimes tributários, mostra-se necessário que Ministros, Juízes e aplicadores do direito em geral devam ter em conta que o princípio em questão é um relevante instrumento de correção social da norma penal.

## 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, os princípios penais da intervenção mínima e seus corolários – suas características, bases teóricas e conceituais e sua aplicação –, parte-se, daqui, para a análise de tais princípios na obra selecionada, qual seja *Os miseráveis*, do francês Victor Hugo, e de que modo a sua não aplicação impacta nas classes mais desfavorecidas, contribuindo para a criminalização da miséria.

### 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 deslancha 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 (1996, 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 (1996, 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 (1996, 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 INTERVENÇÃO MÍNIMA (E SEUS COROLÁRIOS) NA OBRA

Já se sabe que o princípio da intervenção mínima foi consagrado pelas ideias iluministas no artigo 8º da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, editada no contexto da Revolução Francesa. Tal consagração, é importante observar, 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 intervenção mínima 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 ressalta 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 faisão 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.

#### 4.2.2 O crime e a pena de Jean Valjean e seus paralelos com a realidade

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 intervenção mínima 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 famélico<sup>6</sup>. 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.

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 justificção 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 Santos<sup>7</sup> (2008, p. 236), a teoria adotada pelo Código Penal brasileiro é a que define o estado de necessidade exclusivamente como justificção, 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. Frago (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.

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,

---

<sup>6</sup> Alerta-se que tratar de modo mais detido da disciplina do furto famélico não é objetivo deste estudo.

<sup>7</sup> Neste sentido, confira, também, Frago (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.

Nessa perspectiva, é interessante fazer um paralelo da história ficcional de Jean Valjean com a história real do electricista desempregado Márcio Ferreira Lima, que virou manchete nos principais jornais do país em razão da tentativa de furto de sete quilos de carne que, segundo ele, serviria para alimentar seu filho de 12 anos. Em matéria publicada no *Portal G1* (MORAIS, 2015), em 14/05/2015, narra Márcio que tendo ido ao mercado fazer compras – banana, pão e carne! –, percebeu que o dinheiro que possuía era insuficiente para pagar, o que o motivou a esconder os quilos de carne na bolsa, todavia foi flagrado pelo proprietário do estabelecimento, que chamou a polícia.

“A pior coisa que existe na vida da gente é não poder alimentar o próprio filho”, disse Márcio Ferreira Lima depois de ser preso, arrependido do crime, e classificando sua situação como “de desespero”. A história de Márcio se assemelha em muito com a narrativa que Victor Hugo construiu para Jean Valjean, e em verdade, teria tudo para que seus desdobramentos fossem igualmente trágicos: prisão, marginalização, miséria.

O arrependimento do crime também 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).

Diferentemente de Jean Valjean, Márcio Ferreira Lima não teve a pena como destino. Os policiais que realizaram a prisão de Márcio Ferreira Lima, sensibilizados, pagaram sua fiança e fizeram-lhe compras. Posteriormente, e em razão da proporção que sua história tomou, o *Portal R7* (PORTAL, 2015) noticiou que Márcio fora contratado por uma Construtora para trabalhar como electricista predial em uma obra em Valparaíso (GO). No entanto, não é o que comumente acontece. Muitos que passam pela mesma situação de desespero de Jean Valjean e Márcio Ferreira Lima não encontram sensibilização e amparo, nem do Estado, indiferente, nem da sociedade excludente.

Outro exemplo de desamparo é o Claudinéia Freitas Santos, que furtou bermudas e sapatos para os dez filhos. “Errei e estou arrependida. Fiquei presa da tarde de sexta até a noite de sábado. Fui tratada que nem um cachorro. Até parecia que eu era chefe da [facção criminosa] PCC”, disse (FOLHA, 2010).

A alegação de Claudinéia de que seu tratamento foi igual ao de um “cão” demonstra uma correspondência curiosa com uma cena de *Os miseráveis*: Victor Hugo narra certa passagem, utilizando-se de uma alegoria, em que se percebe o mesmo sentimento na personagem Jean Valjean, demonstrando, assim, a acuracidade com que o autor retratou o sentimento dos marginalizados, dos miseráveis. Na passagem, 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 conseqüências, 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 o princípio da intervenção mínima, 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.

Hassemer (1993, 47-48), ao tratar da moderna criminalidade, percebe que, nestas áreas, espera-se a intervenção imediata do Direito Penal, não apenas depois que se tenha verificado a inadequação de outros meios de controle não penais. Observa o autor que o venerável princípio da subsidiariedade ou da *ultima ratio* do Direito Penal é simplesmente cancelado para dar lugar a um Direito Penal visto como *sola ratio* ou *prima ratio* na solução social de conflitos: a resposta surge para as pessoas responsáveis por estas áreas cada vez mais frequentemente como a primeira, senão a única saída para controlar os problemas.

Acrescenta Callegari (1999, p. 458):

O princípio da intervenção mínima do Direito Penal choca, por outra parte, com a tendência que se adverte na atualidade a uma atualização do Direito Penal como instrumento meramente sancionador, de apoio a normas não penais. É que hoje em dia o Direito Penal tende a insinuar-se por qualquer lugar, a converter-se cada vez mais em simples sancionador da violação de normas de outra natureza: civil, mercantil, administrativa. Esta tendência se traduz na proliferação do Direito Penal – alguns dizem em sua “prostituição”.

O que se pode acrescentar a essas críticas é que a banalização do Direito Penal mencionado por Callegari (1999) não se dá apenas em razão do grande número de condutas que são tipificadas como crimes, mas, também, o fato de haver uma abstenção por parte do Estado em compreender o crime enquanto um fato inserido em um contexto social específico, abarcando todas as suas complexidades e motivações.

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 manjava 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 personagem<sup>8</sup>.

[...] 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 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, 1830).

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

---

<sup>8</sup> 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.

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”.

Semer (2013) insta que, “o sofrimento absurdo de uma condenação ignora o estado de necessidade (furto famélico) e, ademais, o princípio da insignificância”. Segundo o aludido autor, o estado de necessidade é quase uma figura de fantasia na prática forense contemporânea, pois a exigência do ônus da prova a torna processualmente dificultosa.

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”<sup>9</sup> cometido sem violência contra as pessoas, mas cometido com rupturas pelo ladrão ou seu cúmplice, será apenado com oito anos de trabalhos forçados<sup>10</sup>.

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)<sup>11</sup>.

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 intervenção mínima 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.

<sup>9</sup> A palavra *vol*, em francês, significa “roubo”. Trata-se de uma atecnia do legislador alertado por Guzman (2009).

<sup>10</sup> 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.

<sup>11</sup> 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;

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).

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. Por fim, tampouco 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. 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).

Cabe, além disso, adicionar que o princípio da insignificância como se conhece hoje, embora seja oriundo do brocardo do Direito Romano *minimis non curat praetor* e ecoe na máxima de Beccaria (2012), que diz que “a exata medida dos crimes é o prejuízo causado à sociedade”, não alcançou o legislador francês pós-Revolução, sendo este uma construção dogmática de Roxin no século XX, como já visto anteriormente.

Semer (2013) infere que o teor das decisões dos tribunais que seguem negando o princípio da insignificância demonstra o quanto a figura da personagem Javert é atual, visto que este se atém à lei e seu cumprimento.

Semer (2013) conclui que:

Encaixotando-se o direito na lei, ignorando-se princípios constitucionais e evitando a realidade quando ilumina a injustiça, a despeito do mantra da “busca da verdade real”, não estranha que o sistema penal continue ao longo dos anos reproduzindo a desigualdade, a seletividade, a crueza e ainda assim a mesma ineficiência de sempre no tão propalado “combate à criminalidade”.

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, na época e no contexto em que estavam inseridos, não possuíam os parâmetros e as medidas que lhes são atribuídas nos ordenamentos jurídicos contemporâneos.

### 4.3 A CRIMINALIZAÇÃO DA MISÉRIA E O ESTIGMA DA PENA COMO CONSEQUÊNCIA DA INTROMISSÃO ESTATAL PENAL EXACERBADA

É curioso perceber que a pena funcionou como fator de confirmação de desigualdade social, pois não bastou que Jean Valjean cumprisse sua pena, mas teve ainda de se submeter à marcação, à identificação como apenado, como “grilheta”, portando um passaporte amarelo. A resposta da personagem ao questionamento do Bispo de Digne sobre seu cotidiano demonstra o modo como a pena sofrida lhe estigmatizou.

[...] o macacão vermelho, os pesos amarrados aos pés, uma tábua como leito, o calor, o frio, o trabalho, a turba dos forçados, as bordoadas, as algemas por nada, a prisão por uma palavra, e sempre, estando doente ou não, preso pelas correntes. Os cães, os cães são muito mais felizes!<sup>12</sup> Dezenove anos! Estou agora com quarenta e seis. **E o que tenho? Um passaporte amarelo. Eis tudo** (HUGO 2012 [1862], p. 135-136, grifo nosso).

Esse documento, repara Semer (2013), traz não somente a menção de que seu portador cumpriu pena, mas, ainda, de que se tratava de “sujeito perigoso”, o que lhe impedia de conseguir abrigo, comida e emprego. Veja-se:

O senhor compreendeu? Sou um grilheta. Um forçado. Venho das galés. – E tirou do bolso uma grande folha de papel amarelo, desdobrando-a. – **Aqui está o meu passaporte. Amarelo, como podem ver. É quanto basta para me expulsarem de qualquer lugar para onde eu vá.** [...] Veja aqui; olhe o que escreveram: **Jean Valjean, forçado liberto, natural de...** não importa de onde... **esteve nas galés dezenove anos. Cinco anos por roubo e arrombamento.** Catorze anos por haver tentado fugir quatro vezes. É homem muito perigoso. Olhe! Todos me expulsaram e o senhor vai me receber? (HUGO, 2012 [1862], p. 132, grifo nosso).

Semer (2013) observa, ainda, que justamente por conta do passaporte amarelo que Jean Valjean não conseguiu emprego e sentiu-se compelido a iniciar outra vida com outro nome. O passaporte amarelo, percebe-se, é um meio de perpetuar a pena do sujeito, o que leva Jean Valjean a concluir que nunca seria verdadeiramente livre:

Quando chegou a hora de sair das galés, quando Jean Valjean ouviu estas estranhas palavras: – Está livre! – o momento inaudito pareceu-lhe mentira, e um raio de luz, da verdadeira luz dos vivos, penetrou-lhe a alma. Este não tardou, porém, a perder a intensidade. Acreditou numa vida nova. Mas bem depressa compreendeu em que consiste a liberdade a quem davam um passaporte amarelo. [...] **Liberdade não é estar solto. Sai-se das galés, mas a condenação continua** (HUGO, 2012 [1862], p. 160-161, grifo nosso).

---

<sup>12</sup> Novamente, Victor Hugo faz referência aos cães para simbolizar o modo como o apenado era tratado.

O que Victor Hugo deixa claro no enredo de *Os miseráveis* é que a pena aplicada a Jean Valjean lhe propiciou mais malefícios que trouxe benefícios à sociedade. A fala aflitiva da personagem também demonstra o estigma da pena que o persegue após o cumprimento desta:

Chamo-me Jean Valjean. Sou um grilheta. Passei dezenove anos nas galés. Há quatro dias estou em liberdade, a caminho de Pontalier, que é o meu destino. Há quatro dias que ando a pé, desde Toulon. Hoje mesmo caminhei doze léguas. À tarde, chegando a este lugar, fui a uma hospedaria: **expulsaram-me de lá por causa do passaporte amarelo que apresentei na delegacia.** Não podia ser de outra forma. Fui, então, a um albergue. E tanto num lugar como no outro me disseram: – Vá-se embora daqui! – Ninguém quis me receber. **Fui à prisão e não me quiseram abri-la. Deitei-me numa casinha de cachorro e este me mordeu e expulsou como se também ele fosse homem. Pareceu-me que até ele sabia quem eu era.** Fui então para os campos, para dormir à luz das estrelas, mas não havia estrelas. Pensei que iria chover e não haveria Deus algum que pudesse impedir a chuva, e reentrei na cidade para ajeitar-me na soleira de alguma porta. Lá, na praça, ia-me deitar sobre uma pedra, quando uma boa senhora me mostrou esta casa dizendo: – Bata àquela porta. – Bati. O que é isto aqui? Um albergue? Dinheiro eu tenho; todo o meu salário. Cento e nove francos e quinze soldos, ganhos nas galés pelo meu trabalho em dezenove anos. Que me importa? Tenho dinheiro. Estou muito cansado... doze léguas a pé... estou morto de fome. Posso ficar aqui? (HUGO, 2012 [1862], p. 131, grifo nosso).

Fica evidente, na passagem, as profundas marcas que a pena lhe infligiu, não só à sua condição de cidadão, mas à própria condição de ser humano, lesionando a sua dignidade.

Ao tratar do Direito Penal e da desigualdade social, Santos (2008, p. 10-11) faz análise que cabe perfeitamente à penalização da personagem em questão quanto ao bem jurídico relativo ao crime de furto. Alude o autor que, através das definições legais de crimes e de penas, o legislador protege interesses e necessidades das classes e categorias sociais hegemônicas, incriminando condutas lesivas das relações de produção e de circulação da riqueza material, concentradas na área da criminalidade patrimonial comum, características das classes e categorias sociais subalternas, privadas de meios materiais de subsistência animal. Dessa forma, os tipos legais de crimes fundados em bens jurídicos próprios das elites econômicas e políticas da formação social garantem os interesses e as condições necessárias à existência e à reprodução dessas classes sociais.

Wacquant (1999, p. 4), nesse sentido, observa que a penalidade neoliberal apresenta o paradoxo de pretender remediar com um Estado policial e penitenciário mais incisivo a insegurança generalizada dos países do primeiro e do segundo mundo em razão da adoção de um Estado econômico e social que não se faz suficientemente presente. Para o autor, isso é dizer que

[...] a alternativa entre o tratamento social da miséria e de seus correlatos ancorado numa visão de longo prazo guiada pelos valores de justiça social e de solidariedade e seu tratamento penal – que visa às parcelas mais refratárias do sub proletariado e se

concentra no curto prazo dos ciclos eleitorais e dos pânicos orquestrados por uma máquina midiática fora de controle, diante da qual a Europa se vê atualmente na esteira dos Estados Unidos –, coloca-se em termos particularmente cruciais nos países recentemente industrializados da América do Sul, tais como o Brasil e seus principais vizinhos, Argentina, Chile, Paraguai e Peru (WACQUANT, 1999, p. 4).

A condenação a cinco anos de trabalho forçado nas galés diante do furto de um pão, percebe-se, nada mais objetivou senão a proteção patrimonial de um sujeito de categoria social mais abastada personificado na personagem do padeiro Maubert Isabeau, ignorando completamente a posição social de Jean Valjean e as motivações de seu crime. Além disso, percebe-se que o “Estado policial e penitenciário” de que fala Wacquant (1999) alcançou Jean Valjean quando este, vendo-se em necessidade em razão do “Estado econômico e social” falho, recorreu ao crime.

A partir dessa perspectiva, Victor Hugo realiza profundos questionamentos, utilizando-se de reflexão feita por Jean Valjean:

Nessa história toda, o erro era só dele? Era igualmente grave o fato de ele, trabalhador, não ter trabalho; ele, trabalhador, não ter pão. Depois de a falta ter sido cometida e confessada, o castigo não foi por demais feroz e excessivo? Onde havia mais abuso: da parte da lei, na pena, ou da parte do culpado, no crime? Não haveria excesso de peso em um dos pratos da balança, justamente naquele em que está a expiação? Será que o exagero da pena não apagava completamente o crime, quase que invertendo a situação, fazendo do culpado vítima, do devedor credor, pondo definitivamente o direito do lado de quem cometeu o furto? Essa pena, aumentada e agravada pelas sucessivas tentativas de fuga, não era, por acaso, uma espécie de atentado do mais forte contra o mais fraco, um crime da sociedade contra o indivíduo, um crime que todos os dias se renovava, um crime que se estendeu por dezenove anos?

Pode a sociedade humana ter o direito de sacrificar seus membros, ora pela sua incompreensível imprevidência, ora pela sua impiedosa previdência, acorrentado indefinidamente um homem, entre essa falta e excesso, falta de trabalho e excesso de castigo? Não seria, talvez, exagero da sociedade tratar desse modo precisamente seus membros mais maldotados na partilha dos bens de fortuna e, conseqüentemente, os mais dignos de atenção?

Assim, propondo essas questões e resolvendo-as, ele julgou a sociedade e a condenou. Condenou-a ao seu ódio.

Tornou-a responsável pela sua desgraça e jurou com ela acertar contas um dia. Convenceu-se de que não havia nenhum equilíbrio entre o prejuízo que havia causado e o prejuízo que sofrera; concluiu, enfim, que seu castigo não era, na verdade, uma injustiça, mas sem dúvida alguma, uma iniquidade (HUGO, 2012 [1862], p. 150-151).

Nota-se que Victor Hugo pretende demonstrar o revanchismo que se cria no apenado, funcionando de fato antirressocializador, pois o coloca em posição de pária de toda a sociedade.

É o que se percebe nas reflexões de Jean Valjean:

[...] a sociedade só lhe havia causado males, e só lhe havia mostrado esse olhar carrancudo que chama de Justiça e que mostra àqueles a quem castiga. Os homens só o haviam tocado para fazê-lo sofrer. Cada contato tinha sido um golpe. Jamais, depois de sua infância, de sua mãe, de sua irmã, havia encontrado uma palavra amiga, um olhar de bondade. De sofrimento em sofrimento, chegara à convicção de que a vida

era uma guerra, e que nessa guerra ele era o vencido. **Ele não tinha outra arma além do ódio. Tratou, portanto, de aguçá-lo nas galés e de leva-lo consigo quando fosse posto em liberdade** (HUGO, 2012 [1862], p. 151, grifo nosso).

Nessa perspectiva, Santos (2008, p. 10 e 14) coloca que o Direito Penal tem, além das funções declaradas – isto é, aquelas que declara oficialmente –, as funções reais ou não oficiais. Para Santos (2008), o significado político do controle social realizado pelo Direito Penal e pelo sistema de justiça criminal aparece nas funções reais/não oficiais desse setor do Direito e são encobertas pelas funções declaradas do discurso oficial.

O autor assevera que a criminalização primária realizada pelo Direito Penal – definição legal de crimes e penas – e a criminalização secundária realizada pelo sistema de justiça criminal constituído pela polícia, justiça e prisão – aplicação e execução das penas criminais – garantem a existência e a reprodução da realidade social desigual das sociedades contemporâneas.

Santos (2008) afirma, ainda, que o discurso crítico da teoria criminológica da pena demonstra que a prisão não é explicada pelos objetivos declarados de correção do criminoso e de prevenção da criminalidade, mas, sim, pelos objetivos reais do sistema penal, da gestão diferencial da criminalidade e de garantia das relações sociais desiguais da contradição capital/trabalho assalariado das sociedades contemporâneas.

Tais observações de Santos (2008) sobre criminalização secundária cabem na análise que Llosa (2012, p. 124) faz da obra em tela. Este aduz que, embora Victor Hugo não deixe claro as repercussões que as divisões econômicas, a distribuição de renda e as condições de trabalho têm na miséria e no sofrimento na sociedade fictícia de *Os miseráveis*, há um aspecto, porém, que o romance é claro: quando aponta como causa maior de injustiça e infelicidade a lei e os sistemas encarregados de aplicá-la e de castigar seus infratores – quer-se dizer os tribunais e as prisões.

De acordo com o supracitado autor, *Os miseráveis* deixa o leitor com a impressão de que o poder judicial e o sistema penitenciário são o “calcanhar de Aquiles da civilização”, sendo os principais responsáveis pelas iniquidades sociais. Passa-se a ideia de que o homem nasce bom e a sociedade se encarrega de piorá-lo com suas instituições desumanas e sujeitas a erros, obedecendo à perspectiva rousseauiana que perpassa a obra de Victor Hugo. É como se sente Jean Valjean, amedrontado e ameaçado na sociedade:

Na penumbra escura e lívida pela qual se arrastava, toda vez que virava o pescoço e tentava erguer os olhos via, com um terror permeado de raiva, aquecer-se, deslocar-se e crescer até perder de vista sobre sua cabeça, com perfis horríveis, **um amontoado atroz de coisas, leis, preconceitos, de homens e de fatos, cujos contornos lhe escapavam, cuja massa o espantava, e que não é outra coisa senão a prodigiosa pirâmide que chamamos de civilização** (HUGO, 2012 [1862], p. 155-156, grifo nosso).

Llosa (2012, p. 125) abstrai de *Os miseráveis* que a lei é uma coisa humana e diverge mais que coincide com a justiça, que, na perspectiva de Victor Hugo, homem religioso, é divina.

Ainda no que tange às funções não declaradas do Direito Penal, cabe destacar o controle social realizado pelas forças policiais, retornando à análise da lógica de impor menos Estado social e mais Estado policial. Wacquant (1999, p. 5), voltando sua análise ao Brasil, infere que a insegurança criminal no país tem a particularidade de não ser atenuada, mas nitidamente agravada pela intervenção das forças da ordem.

Segundo o autor, o uso rotineiro da violência letal pela polícia militar e o recurso habitual à tortura por parte da polícia civil, as execuções sumárias e os "desaparecimentos" sem explicações geram um clima de terror entre as classes populares, que são o alvo, e banalizam a brutalidade no Estado.

Wacquant (1999) assevera, ainda, que essa violência policial é de tradição nacional vinda de séculos de controle dos miseráveis pela força, uma tradição que tem sua origem na escravidão e nos conflitos agrários, e que se viu fortalecida por duas décadas de ditadura militar, quando a luta contra a "subversão interna" se disfarçou em repressão aos delinquentes. Essa violência, insta o autor, é apoiada numa concepção hierárquica e paternalista da cidadania, fundada na "oposição cultural entre feras e doutores, os 'selvagens' e os 'cultos', que tende a assimilar marginais, trabalhadores e criminosos, de modo que a manutenção da ordem de classe e a manutenção da ordem pública se confundem" (WACQUANT, 1999, p. 5). Conclui o autor que

[...] desenvolver o Estado penal para responder às desordens suscitadas pela desregulamentação da economia, pela dessocialização do trabalho assalariado e pela pauperização relativa e absoluta de amplos contingentes do proletariado urbano, aumentando os meios, a amplitude e a intensidade da intervenção do aparelho policial e judiciário, equivale a (r)estabelecer uma verdadeira ditadura sobre os pobres (WACQUANT, 1999, p. 6).

A realidade da violência policial – fruto da criminalização secundária do Direito Penal trazida por Wacquant (1999) acerca da sociedade brasileira e de outras contemporâneas – é tão fortemente reproduzida na obra de Victor Hugo quanto a criminalização primária.

Primeiramente, o que se constata da obra de Victor Hugo é que os erros da lei são múltiplos, e as penas desproporcionais aos crimes – como condenar um homem a cinco anos de prisão por ter roubado um pão, ou castigar a reincidência no delito de um ex-forçado com a prisão perpétua ou a pena capital. As penas, de caráter abstrato, não levam em conta o contexto social do delito, como a fome e a necessidade que deveriam ser consideradas atenuantes do furto (LLOSA, 2012, p. 125).

Além disso, todavia, as leis da sociedade de *Os miseráveis* são infectadas de preconceitos de sexo e moral, como a possibilidade de condenar uma prostituta a seis meses de prisão por levantar a mão contra um burguês, apesar de tê-lo feito em defesa própria.

O tratamento dado à personagem Fantine, ao detê-la e leva-la à delegacia, demonstra de modo representativo a violência da instituição, personalizada na figura da personagem Javert.

Nesse instante, ele bem o sentia, **seu escabelo de Agente de Polícia era um tribunal. Ele era o Juiz. Julgava e condenava.** Concentrava todas as ideias que pudesse ter em mente ao redor do grande ato que estava cumprindo. Quanto mais examinava o comportamento daquela mulher, mais se sentia revoltado. **Era evidente que acabava de presenciar um crime. Havia poucos instantes, na rua, a sociedade, representada por um proprietário eleitor, fora insultada e atacada por uma criatura desclassificada. Uma prostituta havia ofendido um burguês.** E ele, Javert, havia presenciado tudo. Javert escrevia em silêncio. Quando terminou, assinou, dobrou o papel e disse ao Sargento: – Chame três homens e leve essa mulher para a cadeia. – Depois, voltando-se para Fantine: – Por seis meses você estará satisfeita (HUGO, 2012 [1862], p. 294-295, grifo nosso).

A passagem acima transcrita é perfeita para ilustrar a concepção hierárquica e paternalista de sociedade de que fala Wacquant (1999). Ademais, Llosa (2012, p. 125) observa que, se na sociedade fictícia de Victor Hugo as leis são injustas e os tribunais se enganam ou excedem, ainda mais grave é o sistema penitenciário, que exercita impunemente a crueldade e fomenta o delito adestrando o delinquente. É o que se percebe na fala de Jean Valjean na ocasião em que confessa sua identidade no tribunal de Arras, em que se julgava um sujeito chamado Chapmatieu como se se tratasse dele: “Antes de ser forçado, eu era um pobre camponês, muito pouco inteligente, uma espécie de idiota; a prisão modificou-me o caráter. Eu era estúpido, tornei-me mal; era lenha, transformei-me em tição” (HUGO, 2012 [1862], p. 411).

Em *Os miseráveis*, nota Llosa (2012), Victor Hugo retrata o tratamento do preso: como uma fera predadora, sem piedade, transformado em alvo da abominação pública, como se vê no terrível espetáculo que Jean Valjean e Cosette contemplam na barreira de Maine – passava ali uma barreira de presos que, acorrentados e com grilhões nos pés, são transportados a Toulon,

em meio a insultos e chicotadas dos carcereiros. Llosa (2012) conclui, pela sua leitura, que se algum daqueles apenados sair da prisão, ou sobreviver aos trabalhos forçados, não sairá transformado em um homem honesto, mas, sim, em um delinquente mais hábil e inescrupuloso que quando entrou. E se, como ocorre com Jean Valjean, sair com a intenção de ser um cidadão honesto, a sociedade o impedirá porque seu passaporte amarelo “[...] lhe fechará todas as portas e atrairá contra ele a vingança e o ódio dos cidadãos” (LLOSA, 2012, p. 125).

Wacquant (1999, p. 7) suscita a questão ao tratar do estado das prisões brasileiras. Segundo o autor, tal realidade é um recurso acrescido ao sistema carcerário em desfavor da contenção da escalada da miséria e dos distúrbios urbanos no Brasil. Para ele, o estado das prisões do país faz com que estas se pareçam mais com “campos de concentração para pobres, ou com empresas públicas de depósito industrial dos dejetos sociais, do que com instituições judiciárias servindo para alguma função penalógica – dissuasão, neutralização ou reinserção”.

Dito isso, o que se aduz é que sem a observância do princípio da intervenção mínima na criação da norma penal incriminadora, isto é, sem a devida preocupação em não buscar o Direito Penal para punir condutas que sejam materialmente irrelevantes, efetivamente não ofensivas e que possam ser cuidadas por outros ramos do Direito, a função penal recairá no reforço de uma realidade social desigual, em que a pena não servirá para os objetivos declarados do Direito Penal, qual seja o de proteger valores essenciais da existência do indivíduo e da sociedade organizada, mas para a manutenção do *status quo* das classes abastadas e da desigualdade social.

## 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 intervenção penal mínima, suas bases teóricas, seu conceito, sua origem, seu regramento e sua aplicação, não sem antes investigar a sua conformação com o Estado Democrático de Direito, que se traduz em conhecer a essência do Direito Penal para preservá-lo e, ao mesmo tempo, aprofundar o sentido de sua redução (SEMER, 2014). Mostrou-se necessário, ainda, tratar dos princípios corolários à intervenção mínima (fragmentariedade, lesividade, proporcionalidade e insignificância), que o confirmam e auxiliam na estruturação de um Direito Penal pautado no minimalismo e na subsidiariedade.

Apesar de o século XVIII ser um período de grandes reformas jurídico-penais, e a despeito de o princípio da intervenção mínima ter sido consagrado no artigo 8 da *Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão* de 1789, o que se verificou ao analisar a obra *Os miseráveis* foi a não figuração de tal princípio nos parâmetros em que se configura no Direito Penal moderno. Prova disso é ter sido Jean Valjean condenado pelo furto do pão, tendo sido movido por situação de extrema necessidade. Verificou-se, do mesmo modo, que a pena aplicada à personagem não foi

proporcional, nem observou à mínima lesividade da conduta na aplicação da pena. Constatou-se que tampouco foi aplicado o princípio da insignificância, visto que tal princípio não havia ainda sido sistematizado na época, já que este se trata de uma sistematização doutrinária do século XX.

Diante de tudo o quanto analisado no estudo da obra *Os miseráveis* e sua relação com a criminalização da miséria, demonstrou-se, a despeito dos avanços verificados em termos de direitos humanos, que o Direito Penal ainda não superou o modo medieval com que trata os miseráveis que figuram na sociedade, de modo que a não observação do princípio da intervenção mínima e seus corolários, para evitar a criminalização e punição de condutas materialmente relevantes ou que tenham ofendido minimamente o bem jurídico tutelado, só servirá para reforçar uma sociedade desigual e para a manter do *status quo* das classes mais abastadas (SANTOS, 2008), obedecendo à lógica da penalidade neoliberal (WACQUANT, 1999).

O estudo do princípio da intervenção penal mínima na obra demonstrou salutar relevância não só para compreender o fenômeno da criminalização da miséria, como também para a reflexão do Direito Penal e como ele se insere em um Estado Democrático de Direito. Buscou-se agregar, por meio de um estudo de Direito e Literatura, a experiência das personagens miseráveis de Victor Hugo com a vivência dos miseráveis reais da contemporaneidade, sobretudo no que diz respeito à realidade brasileira, que sofrem pela indiferença do Estado em seu aspecto social, mas veem-se acuados pelo Estado policial.

## REFERÊNCIAS

- ACKEL FILHO, Diomar. O princípio da insignificância no direito penal. **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo**. São Paulo: TJSP, v. 94, abr./jun. 1988, p. 72-77.
- AMADO, Garcia. **Breve introducción sobre derecho y literaturaa**: Ensayos de filosofía jurídica. Bogotá: Temis, 2003.
- 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.
- BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico. **Revista Brasileira de Ciências criminais**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 2, n. 5, p. 16-32, jan. – mar. 1994.
- BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. 2. ed. São Paulo: CL EDIJUR, 2012. 128 p.
- BECK, Ulrich. **Risk society**: Towards a new modernity. Londres: Sage Publications, 1992 apud SANCHEZ, Jesus Maria Silva. **A expansão do Direito Penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: RT, 2002.
- 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. **Falência da pena de prisão**: Causas e Alternativas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.
- BITENCOURT, César Roberto. A falência da pena de prisão. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. ano 80, v. 670, ago. 1991.
- BOTTINI, Pierpaolo; OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de; PAPA, Douglas de Barros Ibarra; RIBEIRO, Thaísa Bernhardt. A confusão exegese do princípio da insignificância e sua aplicação pelo STF: análise estatística de julgados. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 98, set. - out. 2012, p. 117-148.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Código criminal do Império do Brasil**. 16 de dezembro de 1830. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm](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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 2 jun. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus Nº 250.122 - MG (2012/0158779-8). Sexta Turma. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=27290434&num\\_registro=201201587798&data=20130801&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=27290434&num_registro=201201587798&data=20130801&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 13 fev. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus Nº 253.360 - SP (2012/0187340-8). Sexta turma. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=27615553&num\\_registro=201201873408&data=20130801&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=27615553&num_registro=201201873408&data=20130801&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 13 fev. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 77003. Paciente: Valéria Cardoso Teles de Carvalho. Impetrante: Délio Lins e Silva. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Marco Aurélio Melo. Pernambuco, **Diário da Justiça**, 11 set. 1998. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=77031>>. Acesso em: 18 fev. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso de Habeas Corpus n. 66869. Recorrente: Vera Maria Nunes Deutscher. Recorrido: Tribunal de Alçada do Estado do Paraná. Relator: Min. Aldir Passarinho. Paraná, **Diário da Justiça**, 28 abr. 1989. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102215>>. Acesso em: 11 fev. 2015

CALLEGARI, André Luís. O princípio da intervenção mínima no direito penal. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 769, nov. 1999, p. 456-460.

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

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

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.

CHUERI, Vera Karam de. Direito e Literatura. In: BARRETO, Vicente de Paulo (org.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 233-235.

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

CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. **Derecho Penal**: Parte general. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

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.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. e rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoria del garantismo penal. Traducción de Perfecto Ibáñez et al. Madrid, Espanha: Trotta, 1995.

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.

FOLHA DE SÃO PAULO. Juíza manda prender desempregada, mãe de 10 filhos, por calote de fiança: Mulher foi detida por tentativa de furto; libertada, agora ela tem de pagar R\$ 300. In: **Folha de São Paulo**. 2010. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff0908201006.htm>>. Acesso em: 29 maio 2015.

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/lng/pt/declaration\\_droits\\_homme.html](http://www.senat.fr/lng/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](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](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, Luiz Flávio; DONATI, Patricia. A questão da insignificância nos crimes tributários e descaminho. **JusBrasil**, 2009. Disponível em

<<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1006106/a-questao-da-insignificancia-nos-crimes-tributarios-e-descaminho>>. Acesso em: 08 maio 2015.

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

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

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

HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del Derecho Penal**. traducción de Francisco Muñoz Conde e Luis Arroyo Sapatero. Barcelona: Bosh, 1984.

Hobsbawm, 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 Miserables**: 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.

KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winifred (Orgs.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

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.

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.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípio da insignificância no direito penal: análise à luz da Lei 9.099/95 – Juizados especiais penais e da jurisprudência atual**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, v. 2.

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.

MIGUEL, Daniel Oitaven Pamponet. Fragmentariedade, insignificância da lesão ou ameaça ao bem jurídico e o esvaziamento da juridicidade do discurso de aplicação. **Revista do CEPEJ**, n. 9, jul/dez 2008.

MONCADA, Luís Cabral de. **Lições de Direito Civil: Parte Geral**. 4. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1995.

MORAIS, Raquel. **“Pior coisa é não poder alimentar filho”, diz ladrão que comoveu policiais**: Eletricista desempregado foi preso ao tentar furtar 7 kg de carne para o filho. Ele teve fiança e compras pagas por policiais que atenderam a ocorrência. In: **Portal G1**. 2015. Disponível: < <http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2015/05/pior-coisa-e-nao-poder-alimentar-filho-diz-ladrao-que-comoveu-policiais.html> >. Acesso em: 7 jun. 2015.

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](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.

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

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.

PORTAL R7. Homem que roubou carne para alimentar o filho começa a trabalhar com a carteira assinada no Entorno do DF: Ele disse que com o primeiro salário vai quitar dívidas e dar vida digna ao garoto. In: **Portal R7**. 2015. Disponível em: <  
<http://noticias.r7.com/distrito-federal/homem-que-roubou-carne-para-alimentar-o-filho-comeca-a-trabalhar-com-a-carteira-assinada-no-entorno-do-df-18052015>>. Acesso em: 31 maio 2015.

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

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do direito penal**: lineamentos para um direito penal mínimo. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

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.

RICOEUR, Paul. **Tempo e narrativa**. v. 1. Campinas: Papyrus, 1994.

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

ROXIN, Claus. **Política Criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ROXIN, Claus. **Iniciación al derecho penal de hoy**. Sevilla: Editorial Universidad de Sevilla, 1981.

SAGUINÉ, Odone. Observações sobre o princípio da insignificância. **Fascículos de Ciências Penais**. Porto Alegre: Fabris, v. 3, n. 1, p. 36-59, jan-mar. 1990.

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

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.

SILVA, Joana Aguiar e. Direito e literatura: potencial pedagógico de um estudo interdisciplinar. **Revista do CEJ**. Lisboa, n. 1, 2004.

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).

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Aplicação do princípio da insignificância ainda desafia ministros do STJ. **STJ**, 2013. Disponível em: <[http://stj.jus.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=109585](http://stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=109585)>. Acesso em: 08 maio 2015. Publicado em 12 maio 2013.

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

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

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.

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

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

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.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Tradução de André Telles. Paris: Raisons d'Agir, 1999.

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.

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.