



**SOCIEDADE METROPOLITANA DE EDUCAÇÃO, CULTURA E  
TECNOLOGIA SÃO CARLOS  
FACULDADE METROPOLITANA SÃO CARLOS - FAMESC  
CURSO DE GRADUAÇÃO DIREITO**

**MOYSÉS DA CRUZ NETTO**

**DIREITO PENAL DO INIMIGO NO STF?  
UMA ANÁLISE CONTRAPOSTA ENTRE A ADOÇÃO DE DIREITO  
PENAL DO INIMIGO E O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NA  
JURISPRUDÊNCIA DO STF, NO PERÍODO DE 2016-2017**

Bom Jesus do Itabapoana/RJ  
2018

**MOYSÉS DA CRUZ NETTO**

**DIREITO PENAL DO INIMIGO NO STF?  
UMA ANÁLISE CONTRAPOSTA ENTRE A ADOÇÃO DE DIREITO  
PENAL DO INIMIGO E O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NA  
JURISPRUDÊNCIA DO STF, NO PERÍODO DE 2016-2017**

Monografia apresentada como parte dos requisitos necessários para a conclusão do Curso de Graduação em Direito, sob orientação do Professor Dr. Tauã Lima Verdán Rangel, da Faculdade Metropolitana São Carlos – FAMESC.

Bom Jesus do Itabapoana/RJ  
2018/2º

## FICHA CATALOGRÁFICA

Faculdade Metropolitana São Carlos – FAMESC  
Preparada pela Biblioteca Marlene Henriques Alves  
45/2018

N476d Netto, Moyses da Cruz

Direito penal do inimigo no STF? Uma análise contraproposta entre a adoção de direito penal do inimigo e o princípio da insignificância na jurisprudência do STF, no período de 2016-2017 / Moyses da Cruz Netto. – Bom Jesus do Itabapoana, RJ, 2018.

141 f.

Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade Metropolitana São Carlos. Bom Jesus do Itabapoana, 2018.

Orientador: Tauã Lima Verdan Rangel.

Bibliografia: f. 114-127.

1. DIREITO PENAL - BRASIL 2. INSIGNIFICÂNCIA (DIREITO) 3. DIREITO PENAL DO INIMIGO 4. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL  
I. Faculdade Metropolitana São Carlos II. Título

CDD 345.81

**DIREITO PENAL DO INIMIGO NO STF?**  
**UMA ANÁLISE CONTRAPOSTA ENTRE A ADOÇÃO DE DIREITO**  
**PENAL DO INIMIGO E O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NA**  
**JURISPRUDÊNCIA DO STF, NO PERÍODO DE 2016-2017**

Monografia aprovada em \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_ para obtenção do título de Bacharelado em  
Graduação de Direito.

Monografia avaliada em \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

Formatação: ( ) \_\_\_\_\_

Nota final: ( ) \_\_\_\_\_

**Comissão Examinadora**

---

**Prof. XXXXXX**

Orientador

---

**Prof. XXXXX**

Coorientador ou Avaliador de Metodologia

---

**Prof. XXXXX**

Avaliador de Conteúdo

---

**Prof. XXXXX**

Avaliador de Conteúdo

Bom Jesus do Itabapoana, XX (dia) de XXX (mês) de XXX (ano).

## **DEDICATÓRIA**

Aos meu pais, Manoel e Edite,

Às minhas queridas irmãs, Mariane, Mirella e Michelli,

Aos meus avós paternos, Manoel Cristino e Catharina, *in memoriam*,

Aos meus avós maternos, Moisés e Edite,

À minha amada noiva, Brenda, e ao meu querido enteado, Enzo,

Essa vitória também é de vocês.

## **AGRADECIMENTOS**

Sou grato a Deus, Autor e Consumador da minha fé, minha rocha e refúgio, pois me fortaleceu durante toda a caminhada acadêmica, e me mostrou que era possível realizar esse sonho.

Muitíssimo grato ao meu professor e orientador Dr. Tauã Lima Verdan Rangel, por sua incansável dedicação e esforço para extrair sempre o melhor dos seus alunos, fazendo despertar em nós o desejo pela leitura e pesquisa acadêmicas.

A todos os familiares e amigos, por compreenderem nos momentos em que precisei me ausentar para estudar.

“São as nossas escolhas que revelam o que realmente somos, muito mais do que nossas qualidades”.  
Alvo Dumbledore

CRUZ NETTO, Moysés da. **Direito Penal do Inimigo no STF?** Uma análise contraposta entre a adoção de Direito Penal do Inimigo e o Princípio da Insignificância na jurisprudência do STF, no período de 2016-2017. 141p. Trabalho de Conclusão de Curso. Bacharelado em Direito. Faculdade Metropolitana São Carlos - FAMESC, 2018.

## RESUMO

O objetivo do presente pauta-se em analisar, tendo como recorte o entendimento pretoriano do Supremo Tribunal Federal, as hermenêuticas constitucionais acerca do princípio da insignificância em contraposição ao direito penal do inimigo. Em um contexto social de constantes mudanças, o desafio do Direito tem sido se manter em aperfeiçoamento e renovação para atender às necessidades sociais. Nesse sentido, percebe-se que algumas condutas de pequena expressividade, como por exemplo o furto de objetos com valor insignificante, tem sido levados aos tribunais superiores para decisão. Por outro lado, a criminalidade de forma geral é notória, e a sociedade clama por respostas estatais mais efetivas no momento de aplicação e execução da pena. Dessa forma, tem-se por escopo trabalhar os nuances das teorias de Direito Penal Mínimo e Direito Penal Máximo, no intuito de perceber quais contribuições cada uma delas tem trazido para o Direito Penal como um todo, e ainda, tratando de perceber a forma como o STF tem entendido esses institutos. A metodologia estabelecida para o presente pautou-se no método dedutivo, auxiliado de revisão bibliográfica e microcomparação jurisprudencial como técnicas de pesquisa.

**Palavras-Chaves:** Direito Penal. Princípio da Insignificância. Direito Penal do Inimigo. Supremo Tribunal Federal.

CRUZ NETTO, Moysés da. **Criminal Law of the Enemy in the Supreme Court?** An analysis contrasted between the adoption of Criminal Law of the Enemy and the Principle of Insignificance in the jurisprudence of the Supreme Court in the period 2016-2017. 141p. Completion of course work. Bachelor's degree in law. São Carlos Metropolitan College - FAMESC, 2018.

### **ABSTRACT**

The purpose of this article is to analyze the constitutional hermeneutics about the principle of insignificance as opposed to the criminal law of the enemy, as a cut of the Praetorian understanding of the Federal Supreme Court. In a social context of constant changes, the challenge of the Law has been to remain in improvement and renovation to meet social needs. In this sense, it can be seen that some behaviors of small expressiveness, such as the theft of insignificant objects, have been brought to the higher courts for decision. On the other hand, crime in general is notorious, and society cries out for more effective state responses at the moment of enforcement and execution of the sentence. In this way, it is possible to work on the nuances of theories of Minimum Criminal Law and Maximum Criminal Law, in order to perceive what contributions each of them has brought to the Criminal Law as a whole, and also, trying to understand how the STF has understood these institutes. The methodology established for the present was based on the deductive method, aided by bibliographic review and jurisprudential micro-comparison as research techniques.

**Keywords:** Criminal Law. Principle of Insignificance. Criminal Law of the Enemy. Federal Court of Justice.

# SUMÁRIO

Resumo	
Abstract	
<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>11</b>
<b>1 DA EVOLUÇÃO DA PENA</b>	<b>14</b>
1.1 A pena como vingança na Idade Antiga: vingança privado, divina e pública	16
1.2 A pena como manifestação do Estado: Idade Média à Moderna	26
1.3 A pena na Contemporaneidade	41
<b>2 HISTÓRICO DO PODER PUNITIVO DO ESTADO BRASILEIRO</b>	<b>45</b>
2.1 A evolução do Estado: do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito	53
2.2 A figura do Estado objetivo como garantia do cidadão	63
2.3 O monopólio da jurisdição e do poder punitivo do Estado no contexto jurídico nacional	70
<b>3 O DIREITO PENAL MÍNIMO: O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA</b>	<b>78</b>
3.1 A construção histórica do princípio da insignificância: insignificância e distinção dos crimes bagatelares próprios e impróprios	82
3.2 Os critérios da insignificância estabelecidos pelo STF	87
<b>4 DIREITO PENAL DO INIMIGO NO STF: UMA POLÍTICA NACIONAL EM PROL DO ENCARCERAMENTO</b>	<b>95</b>
4.1 A Teoria do Direito Penal do Inimigo	98
4.2 Estado Penal Máximo <i>versus</i> Estado Penal Mínimo	101
4.3 Repercussões jurisprudenciais sobre o Direito Penal do Inimigo no STF	106
<b>CONCLUSÃO</b>	<b>110</b>
<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>114</b>
<b>ANEXO</b>	<b>128</b>
Anexo I – Ementa dos Julgados Citados	128

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo abordar o seguinte tema: 'Direito Penal do Inimigo no STF? Uma análise contraposta entre a adoção de Direito Penal do Inimigo e o Princípio da Insignificância na jurisprudência do STF, no período de 2016-2017'. No período atual, quando a criminalidade exagerada é uma realidade, como no caso Brasil, percebe-se necessária uma análise entre os conceitos e características do Direito Penal Máximo e do Direito Penal Mínimo, como forma de auxiliar o operador do Direito na interpretação do momento em que se vive e de quais formas o Direito pode se posicionar para atender sua função precípua, que é trazer ordem à vida em comunidade.

A problemática posta logo no início dessa pesquisa foi: como se dá a aplicação dos critérios do princípio da insignificância no âmbito do Direito Penal no STF no período de 2016-2017? As hipóteses suscitadas *a priori* foram: a aplicação do princípio da insignificância no âmbito do STF não revela o bom exercício da jurisdição, mas gera diferenciação de pessoas, evidenciando ou facilitando a impunidade para um grupo em detrimento da segregação de outro. Nesse sentido, para a grande maioria que não preenche o perfil do 'cidadão de bem', suporta o peso da jurisdição como em Estados onde há a aplicação do Direito Penal Máximo. A segunda hipótese levantada foi, a aplicação do princípio da insignificância no âmbito do STF evidencia o bom exercício da jurisdição, não há que se falar em aplicação do Direito Penal Máximo em âmbito nacional, nem mesmo de forma velada.

Como objetivo geral, busca-se analisar a jurisprudência do STF a fim de verificar a aplicação do princípio da insignificância estabelecendo um paralelo com a teoria de Direito Penal do Inimigo. Os objetivos específicos são abordar a evolução histórica da pena e os fundamentos do direito de punir; examinar a bibliografia em Direito Penal sobre o princípio da insignificância; revisar a bibliografia sobre a teoria de Direito penal do Inimigo; e coletar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

No capítulo introdutório busca-se abordar a evolução histórica da pena. Para tanto, é feita uma pesquisa bibliográfica no sentido de averiguar o próprio conceito de pena e como esta era tratada nos primeiros agrupamentos de

peças, assim que o homem começou a viver em grupos. Percebeu-se que a pena era trabalhada como forma de vingança pelo mal praticado. Assim, tem-se as três fases da vingança, quais sejam, a vingança privada, a divina e a pública. Mais adiante busca-se entender a pena como manifestação do Estado fazendo um recorte histórico que vai desde a Idade Média até a Moderna.

Estuda-se o desenvolvimento do Direito Penal durante a Idade Média, como ele cresceu e se desenvolveu à sombra do Direito Canônico, e dos princípios e moral religiosa que até os dias atuais tem influência na sociedade, para então se dissociar e, finalmente, ser tido como ciência independente. Por fim, o estudo do Direito Penal na contemporaneidade é relevante para entender as escolas penais e as correntes ideológicas que influenciaram cada uma delas.

No segundo capítulo, a discussão acerca do Direito Penal se produz na análise do Direito brasileiro, fazendo, contudo, uma digressão ao momento de formação dos Estados no mundo. Assim, a discussão perpassa o modelo de Estado Liberal e suas características mais relevantes, como a não intervenção na economia. Depois, comenta-se a respeito do Estado Social, a obra de Marx e Engels, o Manifesto Comunista, e é esboçada a proposta desse modelo de Estado de lutar por uma realidade mais justa e igualitária, já que até então haviam presenciado toda a distância social que o modelo Liberal proporcionou.

Não menos importante são as experiências totalitaristas do século XX, dentre elas o nacional-socialismo e o comunismo, que foram, inclusive, mola propulsora na busca por um Estado mais humano, período no qual se concebeu o Estado Democrático de Direito. No concernente ao Estado Democrático de Direito busca-se, através dos princípios, a compreensão do papel do Estado na luta pela preservação da dignidade humana e das garantias constitucionais.

Avançando para a discussão do tema, no terceiro capítulo o enfoque é no princípio da insignificância. De plano é trabalhada a concepção de princípios e seu sentido no campo da axiologia e da dogmática. Também é feita a diferenciação entre os conceitos de bagatela própria e imprópria. Apesar do Supremo Tribunal Federal ter definido alguns vetores que indicassem o caminho para a aplicação do princípio da insignificância, busca-se por meio deste averiguar se, efetivamente, esses vetores são critérios objetivos, que podem ser utilizados na maioria das situações para indicar ao julgador como agir, ou se o Ministro Relator se ocupou somente de reproduzir a doutrina, sem ter ficado clara

a posição do Tribunal sobre o princípio em comento. Ainda, levanta-se a questão da utilização de critérios subjetivos na valoração da insignificância, e seus desdobramentos.

De forma derradeira, no quarto e último capítulo faz-se uma análise sobre a teoria do Direito Penal do Inimigo. Percebe-se que o alto nível de criminalidade tem causado grande insegurança social, motivo pelo qual há um certo clamor da população para que o Estado aja de forma a proporcionar a proteção esperada. Nesse sentido, a partir do final da década de 1960 surgiram ao redor do mundo diversas manifestações e correntes penais mais rigorosas na persecução e execução penal, tais como o movimento Lei e Ordem, a teoria das janelas quebradas, tolerância zero e, o enfoque desta pesquisa, o Direito Penal do Inimigo, proposto por Günther Jakobs.

Após traçar a base conceitual da teoria em comento, faz-se um contraponto entre o direito penal máximo e mínimo, e também aborda-se o princípio da dignidade da pessoa humana. Alfim, trabalha-se o papel do Supremo Tribunal Federal na promoção dos direitos humanos, além do debate a respeito das prisões em segunda instância e uma possível relação desse assunto com o Direito Penal do Inimigo.

A metodologia empregada na construção do presente pautou-se na utilização do método dedutivo de pesquisa. Para tanto, estabeleceu-se o recorte do campo o entendimento pretoriano do Supremo Tribunal Federal, no período de 2016-2017. Como técnicas de pesquisa, optou-se pela revisão bibliográfica sob o formato sistemático e a análise microcomparativa de entendimento jurisprudencial da Corte Constitucional.

## 1 DA EVOLUÇÃO DA PENA

O homem habituou-se à vida em agrupamentos desde muito cedo. Já nas sociedades primitivas mostrou-se dependente de um grupo de pessoas, para que se sentisse seguro e pudesse se desenvolver. Esses primeiros grupos eram compostos por pessoas que compartilhavam ligação de sangue, e permaneciam juntos, sobretudo nesse primeiro momento, para que pudessem garantir a subsistência. Outro fator que corroborava para a vida nos grupos, seja qual denominação tenham, a saber, os clãs, tribos ou demos, era a segurança. Sim, no interior de seu grupo o ser humano considerava-se pertencente e protegido, o que tornava a sobrevivência menos traumática do que por conta própria.

Desde muito cedo foi diagnosticada a necessidade de algumas regras básicas para a convivência em comunidade. Vale dizer que as primeiras regras foram estabelecidas em decorrência de situações que as impulsionaram; o chefe da família viu-se pressionado a tomar uma decisão quando ocorre, por exemplo, o primeiro homicídio; o que haveria de ser feito com aquele que rompeu com a paz que dantes reinava entre eles? E assim surgiram as medidas de expulsão de paz, a vingança de sangue e outras, implementadas futuramente.

Da necessidade de reestabelecer a ordem é que surge a pena; com o intuito primeiro de vingança, de desforra, contra uma ação anterior que violou algum bem jurídico. Possivelmente as primeiras normas criadas foram as de envergadura penal, que definiam quais atos eram proibidos e as possíveis respostas àqueles que os cometessem, a efetiva punição dos infratores. Nesse período de nascedouro da sociedade, as penas estavam envoltas por certo misticismo e sacralidade, sendo comumente associadas a um tabu ou totem. Pimentel anota que o homem primitivo, na impossibilidade de explicar acontecimentos extravagantes como tempestades, raios, secas, etc., atribuíam-lhes a seres sobrenaturais e divindades representados por totens. Também existiam os tabus, que eram as proibições que transmitiam a ideia de algo sagrado ao grupo, ao mesmo tempo que comunicavam a proibição da conduta (PIMENTEL, 1993, p. 118-119 *apud* TEIXEIRA, 2008, p. 20-21).

Como ensina Brandão (2010), a pena, em primeira análise, é um mal, pois deduz a perda de bens jurídicos. Consoante os ensinamentos de Teixeira o desrespeito

aos totens ou violações aos tabus prescindiam uns castigos de ordem coletiva, pois de fato os infratores eram trazidos perante a tribo e à presença dos anciãos, momento no qual era reafirmado que aquele ilícito atrairia a ira dos deuses sobre todo o grupo se não fosse punido. A pena constitui-se, então, como vingança entre as primeiras manifestações jurídicas (TEIXEIRA, 2008). O vocábulo “pena”, para alguns, deriva do latim *poena*, que tem a conotação de sofrimento. Há quem defenda, que a pena provém do grego *ponos*, que seria dor. A palavra pena também poderia ter origem no sânscrito *punya*, que o sentido de purificação de um mal (BRANDÃO, 2010).

Ao longo da história a pena percorre diversos estágios, existindo uma classificação básica dos estágios da pena formulada pelos estudiosos da História do Direito. Como abordado de forma sucinta anteriormente, o primeiro estágio ou classificação da pena é denominado de período da vingança, sendo subdividido em vingança privada, divina e pública. É corriqueiro anotar que os estágios da vingança não se realizaram sucessivamente, mas de forma simultânea na comunidade que se analisa.

Depois de alguns séculos, com o desenvolvimento da vida em sociedade, a pena passou a ser estudada como manifestação do Estado, estando envolvidas questões como desenvolvimento, fortalecimento e enfraquecimento do Estado e a pena durante cada um desses estágios. A essa altura, são icônicos os exemplos das cidades-estados gregas e o grande desenvolvimento atingido pelo Império Romano em matéria de Direito. Não obstante algumas condutas fossem punidas ainda de forma privada, o Estado era o titular do *ius puniendi* nos delitos de ordem pública.

Após a Idade Média quando houve um período de retomada do Direito Romano e a elaboração do Direito Comum, fruto da junção do Direito Romano, Germânico e Canônico. Durante a Modernidade e, principalmente, após Revolução Francesa, marco da Contemporaneidade, houve grande produção científica na área penal, sendo um dos grandes precursores o Marques de Beccaria, teve início o período humanitário da pena. O objetivo dos estudos desse período era fazer com que se abandonassem as práticas penais cruéis que ainda eram aplicadas. O Período Humanitário foi sucedido pelo Científico, momento no qual houve maior preocupação com o agente e as circunstâncias

que circundavam o fato criminoso. Cada um desses estágios da pena será abordado a seguir.

### **1.1 A PENA COMO VINGANÇA NA IDADE ANTIGA: VINGANÇA PRIVADA, DIVINA E PÚBLICA**

O estudo da pena e da própria história do Direito Penal foi dividido em períodos, quais sejam: vingança privada, vingança divina, vingança pública (LIBERATTI, s.d., s.p.). Lopes, Borghi e Oliveira (s.d., s.p.) ainda adicionam a essa lista os períodos humanitário e científico. Embora cada uma dessas fases não tivesse se sucedido temporalmente, como aponta Liberatti (s.d., s.p.), priorizou-se nessa classificação a didática no ensino.

A Idade Antiga estende-se desde o desenvolvimento da escrita entre 4.000 a 3.500 a.C. até decadência do Império Romano do Ocidente e sua consequente queda, em 476 d.C. (CALDEIRA, 2009, p. 259). No alvorecer da civilização não havia qualquer administração relacionada à Justiça. Em caso de ofensa a um semelhante, a resposta não costumava ser proporcional à agressão sofrida. Não havia senso do que era justo (FADEL, 2012, p. 61).

Machado e Borges (s.d.), por seu turno, indicam que a sociedade primitiva era baseada na colaboração e na propriedade coletiva. Pode-se vislumbrar o impacto nefasto que uma conduta contrária tem num corpo social tão singular como esse; aquele que violava algum preceito não ofendia somente uma pessoa, mas a um grupo, o seu grupo, seu próprio clã (MACHADO; BORGES, s.d., s.p.).

Ao estudar as sociedades primeiras Caldeira denomina a punição como uma reação coletiva contra ações antissociais, as condutas reprováveis. Por meio da punição tinha início o período que ele denomina de reação social (CALDEIRA, 2009, p. 260). Machado e Borges (s.d., s.p.) observam que “para ser possível a convivência harmônica da sociedade civil da época foi necessária à criação de normas e regras de convivência social” e, conseqüentemente, para os infratores haveria a pena. O Direito Penal era a tradução das necessidades de defesa social, em verdade, era o próprio instrumento de defesa social

moldado conforme as exigências do ideário de justiça do grupo (CALDEIRA, 2009, p. 260).

Caldeira (2009) entende o período da reação social como um antecessor da vingança privada. E é no período da vingança que o corpo social começa e se estratificar, ramificando-se em grupos menores e secundários. A ideia de vingança privada surge como desdobramento da agressão do membro de um grupo a algum integrante de um grupo distinto, e à medida que essa ação gera no grupo ofendido uma reação vingativa, porém uma vingança coletiva (CALDEIRA, 2009, p. 261).

Mesmo com uma estrutura de organização social rudimentar e pouco estratificada, já havia regras mínimas de conduta (JACOB, 2016, p. 13). Ao comentar esse período, Masson indica que “era uma vingança entre grupos, eis que encaravam a infração como uma ofensa não relacionada diretamente à vítima, mas, sobretudo ao grupo que pertencia” (MASSON, 2009, p. 45 *apud* JACOB, 2016, p. 13). É interessante notar que a vingança não tinha um caráter de retribuição pessoal, mas era, por vezes, uma desforra contra o grupo que o ofensor pertencia.

Quando algum membro do corpo social rompia com essas regras, praticava alguma “infração” contra alguém de sua própria tribo, a punição era o banimento, a expulsão do convívio social. Esse ator ficava a mercê de outras tribos (FADEL, 2012, p. 61). A punição de banimento também era chamada de expulsão de paz. Doutra sorte, também havia a vingança de sangue, que pode ser definida como situação em que ofensor era proveniente de uma tribo diferente do ofendido. Nesse recorte, tinha início uma verdadeira guerra, como retribuição ao mal sofrido, o que resultava em tremendas baixas para os dois núcleos sociais (MIRABETE, 2004, p. 36 *apud* JACOB, 2016, p. 14). Nessa vertente, Caldeira (2009, p. 261) assevera que “o duelo é a forma primitiva do Direito Penal; a ideia de sanção e de reprovação era completamente estranha”.

Indubitavelmente, era no corpo social que o homem se sentia seguro. A relação de um indivíduo com seu grupo era parental, visto que descendiam de um tronco comum; havia vínculo sanguíneo. Nesse sentido, Marques citado por Machado e Borges aduz que,

[...] O homem primitivo encontrava-se muito ligado a sua comunidade, pois fora dela sentia-se desprotegido, à mercê dos perigos imaginários. Essa ligação refletia-se na organização jurídica primitiva, baseada no chamado vínculo de sangue, representado pela recíproca tutela daqueles que possuíam descendência comum. Dele originava-se a chamada vingança do sangue (MARQUES, 2008, p. 9-10 *apud* MACHADO; BORGES, s.d., s.p.).

Nesse cenário, em que a pena possuía um papel reparatório, Dias (2010), citado por Lopes, Borghi e Oliveira (s.d.), menciona a autocomposição, nesse recorte histórico também denominada vingança de cunho pessoal. Era uma faculdade do ofendido que, em busca de sanar a lide, utilizava de sua força própria, ou do grupo ou família que se originava, e a exercia contra o criminoso. A pena infringida não se atava ao princípio da proporcionalidade (LOPES; BORGHI; OLIVEIRA, s.d., s.p.).

Como resultado do convívio social e da evolução do homem surge um preceito que tinha por escopo limitar o direito de vingança: o Talião. O preceito ou Lei de Talião pode ser traduzido como uma ideia de compatibilidade entre a agressão e a resposta cabível, “olho por olho, dente por dente”. A aplicação desse preceito veio a romper paulatinamente com a atual vivência penal, visto que a falta de proporcionalidade, humanidade e personalidade da pena era tangível (FADEL, 2012).

Meister (2007, p. 58) afirma que “a expressão [Lei de Talião] vem do latim *Lex Talionis* (*lex* = “lei” e *talis* = “tal, de tal tipo”) e consiste na justa reciprocidade do crime e da pena”. É imperativo ressaltar o valor da Lei de Talião na aplicação do Direito Penal na Antiguidade. Enquanto preceito que buscava limitar a aplicação da pena, restringindo-a a uma relação autor e vítima, trazendo para essa relação o mínimo de proporcionalidade e pessoalidade, evitou-se a continuidade no extermínio de famílias e grupos, que dantes se digladiavam por uma vingança que ganhava contornos de brutalidade (JACOB, 2016).

Noronha (1995), citado por Jacob (2016), identifica a presença da Lei de Talião nas primeiras codificações da Antiguidade, tais como o Código de Hamurabi, o Pentateuco, o Código de Manu. O Código de Hamurabi, Rei da Babilônia, esculpido em uma estela, e em escrita cuneiforme, previa que “se alguém tira um olho a outrem, perderá também um olho” (NORONHA, 1995, p.

21 *apud* JACOB, 2016, p. 14). Meister cita outros dispositivos do Código de Hamurabi, tais como

197º - Se ele quebra o osso a um outro, se lhe deverá quebrar o osso. [*omissis*]

200º - Se alguém parte os dentes de um outro, de igual condição, deverá ter partidos os dentes. [*omissis*]

202º - Se alguém espancar outro mais elevado que ele, deverá ser espancado em público sessenta vezes, com o chicote de couro de boi. [*omissis*]

206º - Se alguém golpeia outro em uma rixa e lhe faz uma ferida, ele deverá jurar “eu não o golpeei de propósito”, e pagar o médico. [*omissis*]

209º - Se alguém atinge uma mulher livre e a faz abortar, deverá pagar dez siclos pelo feto.

210º - Se essa mulher morre, se deverá matar o filho dele (MEISTER, 2007, p. 58-59).

Além dos dispositivos citados, é valioso destacar que a pena era aplicada segundo a condição daquele que sofria a ofensa, variando de acordo com sua classe social, se livre ou escravo, conforme redação do artigo 209, “se alguém atinge uma *mulher livre...*”. Também já estava previsto nesse código a punição por erro no exercício profissional, como exemplo dos médicos, artigo 218-220, e dos arquitetos ou engenheiros, artigo 229. No último exemplo, tratando-se de erro de arquitetos ou engenheiros que ocasionasse desabamento da edificação e conseqüente morte do proprietário, era aplicada pena capital (CAVALCANTE, s.d., s.p.).

No Pentateuco, também chamado de Leis Mosaicas, que seria o conjunto dos cinco primeiros livros da Bíblia Sagrada, pode-se perceber a presença da Lei de Talião, aqui ilustrada com uma passagem do livro de Números, capítulo 35, versículos 16 a 21:

Todavia, se alguém ferir a outrem com instrumento de ferro, e este morrer, é homicida; o homicida será morto. Ou se alguém ferir a outrem, com pedra na mão, que possa causar a morte, e este morrer, é homicida; o homicida será morto. Ou se alguém ferir a outrem com instrumento de pau que tiver na mão, que possa causar a morte, e este morrer, é homicida; o homicida será morto. O vingador do sangue, ao encontrar o homicida, matá-lo-á. Se alguém empurrar a outrem com ódio ou com mau intento lançar contra ele alguma coisa, e ele morrer, ou, por inimizade, o ferir com a mão, e este morrer, será morto aquele

que o feriu; é homicida; o vingador do sangue, ao encontrar o homicida, matá-lo-á (BÍBLIA, Números, cap. 35, vers.16-21).

Outra passagem emblemática e que traduz com precisão a latência da Lei de Talião nas Escrituras é o texto de Êxodo 21.23-25: “Mas, se houver dano grave, então, darás vida por vida, olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé, queimadura por queimadura, ferimento por ferimento, golpe por golpe” (BÍBLIA SAGRADA, Êxodo, cap. 21, vers. 23-25).

A despeito do nítido rigor da lei hebraica, expresso pelos excertos acima, Cavalcante (s.d., s.p.) afirma que “talvez fosse o povo que mais tivesse respeito pela vida e pela liberdade do semelhante, ainda de delinquente”. Característica marcante da legislação penal hebraica é a igualdade entre os culpados por delitos, não se fazia distinção de classe social, política ou mesmo religiosa; prezava-se pelas garantias mais essenciais do réu, evitava-se o falso testemunho e a denúncia caluniosa (CAVALCANTE, s.d., s.p.).

Destaque-se a suavização que a legislação dos israelitas sofreu no período pós-mosaico, sendo que ainda perdurava considerável rigor nos crimes contra a Divindade e à moral e os costumes. A Lei de Talião foi sucedida pela pena de multa, a de prisão e as aflitivas. Apesar de Moisés ter procurado suavizar a barbaridade dos flagelos e das penas, foram os criadores do Talmud, livro que contém leis e tradições do povo judeu, os que se esforçaram em buscar abolir as penas capitais (CAVALCANTE, s.d., s.p.).

O Pentateuco data de 1500-1400 a.C., e o Código de Hamurabi de cerca de 1700 a.C. No entanto, há fortes indícios para se acreditar que a Lei de Talião seja anterior a ambos, visto que era praticada pelos povos do mundo antigos antes dos períodos acima citados. No contexto do Antigo Oriente Próximo a primeira codificação que se tem registro e que tem uma cópia preservada até os dias presentes é o Código de Shulgi, da terceira dinastia de Ur, que data de 2097-2047 a.C. (MEISTER, 2007).

Merece destaque entre os dispositivos da Lei de Talião a chamada *compositio*. Por intermédio da *compositio* ou composição o acusado poderia oferecer algo em troca de sua soltura. Ele poderia, literalmente, comprar sua liberdade oferecendo seus bens. Segundo Bittencourt citado por Rosa a *compositio* “constitui um dos antecedentes da moderna reparação do Direito Civil

e das penas pecuniárias do Direito Penal”, o princípio da ação *ex delicto* (BITTENCOURT, 2008, p. 29 *apud* ROSA, s.d., s.p.).

É imprescindível ressaltar que o Código de Hamurabi adota a Lei de Talião e também trouxe a composição como reparação do dano. É um código que tem dispositivos que tratam da família, da propriedade, do trabalho e da vida humana, mas também se encontra nele uma evocação aos deuses, apesar de essa não ser a única temática na qual se baseia a punição (CAVALCANTE, s.d., s.p.).

Pode-se perceber uma característica comum à todas as civilizações do Antigo Oriente: sua legislação penal, e suas leis de forma geral, eram marcadas por terem natureza religiosa. A religiosidade do povo era tão presente nas normas, que se acreditava que as leis deviam servir para satisfazer a vontade dos deuses. Alguns povos ainda criam que a lei originava-se da própria divindade. Dessa forma, aquele que praticava algum ilícito precisava ser castigado para que assim o furor dos deuses fosse aplacado, e a tribo estivesse novamente em paz com suas deidades (SHECAIRA; CORRÊA JUNIOR, 2002, p. 28 *apud* LOSPES; BORGHI; OLIVEIRA, s.d., s.p.). Ao comentar esse quesito em particular Lopes, Borghi e Oliveira indicam que a execução da pena sobre a pessoa do infrator servia de escudo contra a ira dos deuses, de fato tomando aquele por ser expiatório (LOSPES; BORGHI; OLIVEIRA, s.d., s.p.).

No contexto anteriormente citado a pena ganha dois contornos distintos: o de eliminar um inimigo da sociedade, dos deuses e das forças místicas, e o de afastar o contágio pelo mesmo estigma de que se impregnou o agente, e assim evitar as reações vingadoras dos seres sobrenaturais (CALDEIRA, 2009, p. 260). Numa era de misticismo a aplicação das penas, não raro, cabia aos sacerdotes, que impingiam penalidades cruéis e desumanas. Nesse sentido, tinha-se o Direito Penal religioso, por meio do qual se buscava a purificação da alma do malfeitor (JOLO, 2013, s.p.). Esse período da Antiguidade foi chamado de vingança divina, e esse tipo de vingança foi adotada principalmente pelo código indiano, o Código de Manu. Todavia, os princípios da vingança divina são encontrados na Babilônia, no Egito (nos Cinco Livros), na China (Livro das Cinco Penas), na Pérsia (Avesta), e no Povo hebreu (Pentateuco) (CAVALCANTE, s.d., s.p.).

Como estabelecido logo no início desse capítulo, o período da vingança divina não sucedeu, exatamente, o período da vingança privada. Pode-se dizer que por muito tempo eles ocorreram simultaneamente. O misticismo e a religiosidade foram característicos que marcaram a Antiguidade. Como indicado anteriormente, várias das codificações tinham o condão de vingança privada, mas também estavam eivadas de preceitos religiosos. Como parte integrante de todo o contexto da vingança divina estavam os *totens* e *tabus*. Jacob explica estes dois elementos afirmando que

Os *totens* poderiam ser animais, vegetais ou algum outro objeto considerado símbolo de proteção do grupo, assim, sendo objeto de *tabus* e obrigações dos indivíduos. O *tabu* era a proibição de ir a determinado local, se alimentar de certos alimentos. Sua violação acarretava ao culpado ou ao seu grupo o castigo divino (JACOB, 2016, p. 15).

Como indicado pelo trecho acima, a repressão dos ilícitos tinha por finalidade a satisfação do deus ofendido. A violação dos *tabus* significava negligência e deliberado desrespeito aos preceitos religiosos e místicos. A punição no corpo do infrator evocava sobre todo grupo o perdão do crime.

No tocante ao Código de Manu, compete dizer preliminarmente que esta era uma legislação que estabelecia normas do convívio social, em verdade, a primeira regra geral de convívio social indiano, marcada por forte motivação religiosa e política. Por ser um país em que 75% da população é adepta da religião Hindu, a Índia tem a sociedade dividida em castas (COSTA; RIBEIRO; BRASIL, 2014). Acredita-se que referido código tenha sido promulgado entre 1300-800 a.C., sendo manual que trata de Religião, Moral e Leis civis. O Código de Manu não é, na literalidade da palavra, um “código”, posto que abrange diversos assuntos e preceitos, mas é uma coletânea de normas (ARAÚJO; PINTO, 2011, p. 17 *apud* COSTA; RIBEIRO; BRASIL, 2014, p. 89).

Na aplicação da lei penal, o Código em comento segue os princípios da Lei de Talião, inclusive extrapolando a medida de Talião em alguns casos, como visto nos artigos que seguem,

Art. 277º Se ele levantou a mão ou um bastão sobre o superior, deve ter a mão cortada; se em um movimento de cólera lhe deu um pontapé, que seu pé seja cortado. [*omissis*]

Art. 280º Se ele o pega pelos cabelos, pelos pés, pela barba, pelo pescoço, ou pelos testículos, que o rei lhe faça cortar as duas mãos sem hesitar. (COSTA; RIBEIRO; BRASIL, 2014, p. 93).

Tomando por exemplo o tratamento da pena em Grécia e Roma, também pôde perceber um caráter sacro enraizado na aplicação das penas, podendo ser ilustrado, sobretudo, por meio das grandes tragédias gregas (SHECAIRA; CORRÊA JUNIOR, 2002, p. 28 *apud* LOSPES; BORGHI; OLIVEIRA, s.d., s.p.). Rosa (s.d.) ao discorrer sobre os gregos e os romanos, aponta que não existia diferença entre direito e religião nessas sociedades nos períodos primitivos. Destaca, ainda, o autor supramencionado que “toda organização político-social da época manifesta o seu claro governo em nome de um deus soberano” (ROSA, s.d., s.p.). No entanto, a sacralidade não subsistiu por muito tempo na legislação dos gregos e romanos. Apesar de serem ambos politeístas, ouve uma evolução na forma de se pensar a pena, e ela logo toma característica pública, tendo, inclusive, gradação quanto à severidade de acordo com o tipo de delito (SHECAIRA; CORRÊA JUNIOR, 2002, p. 28 *apud* LOSPES; BORGHI; OLIVEIRA, s.d., s.p.).

Quanto ao Direito grego, especificamente, o que se tem hoje não passa de fragmentos de legislação. Isso porque cada uma das cidades-estados gregas tinha legislação própria. Dentre elas, porém, destaca-se a legislação ateniense, que não se pautava de forma total em preceitos religiosos, mas afirmava, sobretudo, o conceito de Estado (CAVALCANTE, s.d., s.p.).

Os gregos foram um povo de extrema influência na cultura ocidental em todas as áreas do conhecimento. Tendo experimentado uma evolução intelectual, destacam-se os notórios pensadores gregos por sua massiva contribuição no campo da Filosofia, a qual é pedra fundante de diversos saberes, inclusive do Direito. Dentre os filósofos destacam-se Sócrates, Aristóteles e Platão, esses dois últimos defendiam ideias relativas ao livre arbítrio e às leis, respectivamente. No entanto, em todo esse processo de produção intelectual, a escrita teve papel central (ROSA, s.d., s.p.). Segundo Wolkmer *et al*,

Antes do século VII a.C., os gregos não tinham leis escritas porque a arte da escrita se perdera (escrita linear B) com o término do período Micênico. A escrita, conforme visto

anteriormente, somente foi reaprendida pelos gregos no século VIII a.C. e um dos usos dessa nova arte foi a inscrição pública de leis (WOLKMER et al, 2006, p. 46).

Esse resgate da escrita na Grécia significou uma verdadeira revolução tecnológica, e possibilitou positivamente as prerrogativas previstas em leis, que até então eram só faladas, o que corroborou para evitar o uso exacerbado da força e decisões arbitrárias. Todos esses fatores foram sentidos como tremendo avanço para a democracia (ROSA, s.d., s.p.).

Leal (1998) indica que com o desenvolvimento da Filosofia, o que abarcou também o Direito, esse último passou a raízes na moral e em princípios filosóficos. Ele conclui que a grande contribuição dos gregos no tocante à evolução do Direito Penal seria a laicização desse ramo do Direito, desenvolvendo uma justiça criminal operada por leigos. “Com os gregos, o Direito Penal libertou-se do manto divino para se transformar num instrumento operado por homens desvinculados da vida sacerdotal” (LEAL, 1998, p. 64).

A respeito da legislação ateniense, propriamente dita, dois nomes destacam-se: Drácon e Sólon. Apesar de não ser o primeiro legislador ateniense, Drácon foi o primeiro a produzir um código para a referida cidade-estado, produzindo, inclusive, uma divisão no conceito de homicídio, que poderia ser voluntário, involuntário e em legítima defesa (WOLKMER, 2006, p. 50). Cavalcante (s.d., s.p.) indica que a lei draconiana era severa, e “até pequenos furtos florestais eram reprimidos com a pena capital”. Wolkmer et al (2006, p. 47) observa que “devem-se a Sólon (594 a.C.) as primeiras iniciativas de democratização das leis”.

A última fase da vingança é o período denominado de vingança pública, que tem início com o surgimento da figura do Estado enquanto detentor do direito punir (*jus puniendi*), aquele que chama para si a responsabilidade de prestar jurisdição, e designa a seus representantes a autoridade para punir (JACOB, 2016, p. 15). De acordo com Masson (2009, p. 47), citado por Jacob (2016, p. 15-16), “cabia a uma terceira pessoa, no caso o Estado – em tese sem interesse no conflito existente, decidir impessoalmente a questão posta a sua análise, ainda que de demanda arbitrária”. Esse período seria, em tese, a transição entre o homem em seu estado natural, assim como viria a sugerir Hobbes séculos depois, para o estado pós-contrato social.

Embora se estivesse numa fase em que, finalmente, surgira a figura estatal, Noronha citado por Jacob leciona que

Não obstante, inda não se saíra da fase da vingança pública. A preocupação era a defesa do soberano e dos favorecidos. Predominava o arbítrio judicial, a desigualdade de classes perante a punição, a desumanidade das penas (a de morte profusamente distribuída, com entre nós vemos nas ordenações do livro V, e dada por meios cruéis, tais qual a fogueira, a roda, o arrastamento, o esquartejamento, a estrangulação, o sepultamento em vida etc.), o sigilo dos processos, os meios inquisitoriais, tudo isso aliado a leis imprecisas, lacunosas e imperfeitas, favorecendo o absolutismo monárquico e postergando os direitos da criatura humana (NORONHA, 1995, p. 24 *apud* JACOB, 2016, p. 16).

Embora fosse uma justiça pública, ela servia a interesses pessoais, como a “defesa do soberano e dos favorecidos”. A jurisdição era flagrantemente arbitrária, a balança da justiça pendia de forma diferente de acordo com a classe social do acusado e, mesmo nesse período ainda vigoravam os suplícios e penas degradantes. Some-se a todo o mais, a diminuta possibilidade de defesa da parte ré, nem mesmo havia garantia do devido processo legal (JACOB, 2016, p. 16).

Quanto ao Direito Penal romano, observa-se que para assegurar o domínio desse povo sobre as várias regiões dominadas foi elaborado um sistema jurídico complexo que contribuía para a manutenção da ordem. A preservação da ordem sob a égide desse sistema jurídico foi denominada *pax romana* (LEAL, 1998, p. 64).

Após a fase em que o crime era atentado contra os deuses, este passou a ser uma agressão cometida por uma tribo contra outra; seguindo-se à fase em que o *crimen* era a transgressão da ordem estabelecida pelo Estado por um cidadão, conforme será demonstrado a seguir. Já o *delictum*, era as ações que transgrediam a ordem privada. Até a época de Justiniano, era necessária a distinção entre crime e delito para que pudesse ser determinado o titular do *ius puniendi* (LIBERATTI, s.d., s.p.).

Relevante questão circunda a diferença entre os termos *crimen* e *delictum*. Na Antiguidade havia substancial diferença entre esses dois vocábulos. Ao se falar em *crimen* implicava dizer, assim como aponta Liberatti, que as ações daquela pessoa implicavam prejuízo à ordem pública. Contrário

*sensu, delictum* pressupunha violação de uma norma de ordem privada. Mas muito mais que apenas distinção etimológica e vocabular, essas palavras marcavam a titularidade do direito de punir, que seria de prerrogativa do Estado ou do particular. Nesse sentido, Leal também trata de crimes de ordem pública e privada sob as alcunhas de *crimina publica* e *delicta privata*. Leal aduz

Os primeiros constituíam atos atentatórios à segurança interna ou externa do Estado Romano (*perduellio, parricidium, proditor hostem concitare*, etc.) e, por isso, cabia a este exercer a repressão contra o delinqüente. Os *delicta privata* ficavam sujeitos à repressão do ofendido ou de seus familiares e eram julgados pela justiça civil, que, na maioria dos casos, impunha às partes a composição (LEAL, 1998, p. 64).

É notória a influência de alguns produtos jurídicos romanos tais como a Lei das XII Tábuas e o *Corpus Juris Civilis*, também conhecido como Código de Justiniano, nas sociedades que os sucederam e no próprio modelo jurídico ocidental (WOLKMER, 2006). Pode-se inferir que houve considerável evolução do Direito romano através dos séculos, alcançando o patamar de distinção entre dolo e culpa, elemento subjetivo da conduta delituosa e fato puramente material (LEAL, 1998, p. 65).

## **1.2 A PENA COMO MANIFESTAÇÃO DO ESTADO: IDADE MÉDIA À MODERNA**

O período histórico que sucedeu a Antiguidade é denominado Idade Média, que teve início com a queda do Império Romano do Ocidente no ano de 476 d.C., e se estende até a queda de Constantinopla em 1453 (ROSSETTO, 2014, p. 11). Caldeira (2009, p. 263) indica que esse período pode ser dividido em três fases menores: Alta Idade Média, entre o século V e X, Idade Média Plena ou Clássica, do século XI ao XIII, e Baixa Idade Média ou Idade Média Tardia, que corresponde aos séculos XIV e XV. Rossetto, porém, traz uma classificação mais popular do período em questão, subdividindo-o em “Alta Idade Média, que vai do século V até os séculos IX e XII (período de consolidação do

feudalismo), e Baixa Idade Média, que vai até o século XV” (ROSSETTO, 2014, p. 12).

O início da Alta Idade Média é marcado pelo fim da centralização política, proporcionada pela estrutura do Império Romano, e também marcado por demasiada insegurança, fruto das constantes invasões dos bárbaros. Essas circunstâncias figuram nas causas que inviabilizaram a continuidade da administração institucional de justiça (CHIAVERINI, 2009). Ao discutir essas questões, Chiaverini (2009, p. 12) indica que “a administração da justiça é uma fonte de renda e um instrumento de controle social, por isso jamais é desprezada pelo poder constituído”. Diga-se que, com a ausência do Império Romano enquanto instituição reguladora da vida social, qualquer sujeito que dispusesse de meios para substabelecer em seu lugar teria as rédeas e considerável controle sobre a vida do homem medieval.

O Império Romano se expandiu até alcançar diversas localidades da Europa, África e também da Ásia, mas, após o século III, sua área ocidental passou a sofrer ataques e invasões dos povos germanos. É curioso notar que, em razão dos desmandos e das arbitrariedades cometidas no período de forte presença dos romanos, muitos povos conquistados por eles acabaram se unindo aos invasores bárbaros, apesar da gigantesca distância cultural. A despeito dessa particularidade, a migração dos povos germanos pelo continente foi violenta e trouxe terror à sociedade. Os bárbaros se regozijavam nos perigos e na guerra. Matar ou morrer em batalha era maior das honrarias (CHIAVERINI, 2009). Le Goff comenta que “o mais glorioso troféu é a cabeleira de um inimigo escalpado, a qual é usada de enfeite nos cavalos de guerra” (LE GOFF, 2005, p. 27 *apud* CHIAVERINI, 2009, p. 13).

Ao tratar do direito dos povos germânicos, Madeira (s.d.) afirma que seu aparato jurídico era baseado na oralidade e nos costumes. Ao se espalharem pela Europa, os germanos prezaram pela pessoalidade das leis, o que significa dizer que eles mantiveram seu sistema jurídico e não o impuseram aos povos conquistados (MADEIRA, s.d., p. 5). Para Bitencourt, “o Direito era concebido como uma ordem de paz e sua transgressão como uma ruptura da paz, pública ou privada, segundo a natureza do crime, privado ou público” (BITENCOURT, 2012, p. 64). Apesar de se tratar no direito germânico muito sobre a vingança privada, a questão da vingança pública também ganhou espaço. Sempre que um

delito de ordem pública era praticado, perda da paz pública, a conduta do agente atingia a toda coletividade e, por isso, era passível de punição, sendo possível que qualquer pessoa matasse o agressor.

De acordo com Rusche e Kirchheimer, no início da Idade Média, “a principal dissuasão para o crime era o medo da vingança pessoal da parte injuriada. O crime era visto como uma ação de guerra” (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 24 *apud* CHIAVERINI, 2009, 19). O direito penal tinha uma prioridade nesse momento: a preservação da paz. Felizmente, o direito penal germânico proporcionou a solução desse problema por meio da arbitragem privada e da imposição de fiança (CHIAVERINI, 2009). Nesse sentido, Marques assinala

Não se pode, contudo, deixar de mencionar a prática da composição pecuniária (*Verhgeld*) trazida pelos germanos, que substituíam, com melhores resultados, a vingança privada, evitando a mortandade entre os grupos ou as famílias em conflito. O *Verhgeld* pode, sem dúvida, ser considerado a origem do instituto da reparação do dano. (...). Nesse procedimento do direito germânico um dos dois adversários resgata o direito de ter a paz, de escapar à possível vingança de seu adversário. Ele resgata a sua própria vida e não o sangue que derramou, pondo assim fim à guerra (MARQUES, 2008, p. 46 *apud* CHIAVERINI, 2009, p. 19).

A composição era uma possibilidade inovadora de elidir a retaliação de um adversário e evitar a vingança de sangue. De fato, constituiu-se como um caminho promissor para o alcance da paz. Há de ser informado, contudo, que a composição foi paulatinamente substituída pelas penas corporais e pela pena capital, que guardavam relação íntima com os diferentes momentos de desenvolvimento econômico e social durante a Idade Média. Retomando a questão da composição, é central afirmar, como indicado por Marques, que o pagamento era realizado visando o resgate da vida do infrator, sua liberdade e incolumidade física, não pagava objetivamente pelo prejuízo causado a alguém. Chiaverini, ao interpretar Le Goff, diz “o agressor compensava a vítima pela renúncia ao seu direito de vingança” (LE GOFF, 2005, p. 39 *apud* CHIAVERINI, 2009, p. 20).

No contexto de transação, acordo, entre ofensor e ofendido, não existiam somente esses dois atores; havia uma terceira pessoa, o árbitro; alguém

escolhido por ambos para determinar o valor a ser regatado. Foucault (2005) ensina que num litígio entre dois indivíduos vigia o sistema de prova (*épreuve*). Esse sistema se baseava numa série de provas aceitas por ambos os litigantes e às quais eram submetidos. Foucault ainda anota que “esse sistema era uma maneira de provar não a verdade, mas a força, o peso, a importância de quem dizia” (FOUCAULT, 2005, p. 59).

Entre os sistemas de prova, citam-se as provas sociais, a prova verbal, as provas mágico-religiosas do juramento, e os ordálios. Na prova social ficava provada a inocência do acusado se existisse um número bastante de pessoas dispostas a jurar por ela. Em segundo lugar, a prova oral consistia em responder à acusação de determinada maneira. Aqui, era exigida certa tecnicidade na resposta do réu, podendo ser entendida como espcio para atuação de um advogado, alguém que estudaria a forma correta para tentar livrar o réu das acusações. A utilização da fórmula errada determinava o fracasso do réu no processo. Nas provas mágico-religiosas o acusado deveria fazer um juramento e, se recusasse perdia a demanda. O sistema dos ordálios, por fim, buscava atestar a inocência ou culpa pela resistência do corpo a os mais variados martírios (CHIAVERINI, 2009).

Bitencourt (2012) ensina que a evolução da vingança para a composição foi gradual, tendo se intensificado com o fortalecimento da monarquia. Todavia, um fator vem colidir com todos os propósitos da composição: o valor da fiança era estipulado de acordo com a classe social do infrator e do ofendido. Por vezes, a capacidade financeira diminuta dos infratores mais pobres foi barreira à transação. Assim sendo, por consequência, houve a substituição da fiança pelos flagelos e castigos corporais (CHIAVERINI, 2009).

O direito germânico ia muito além de estipular fiança entre os abastados e os miseráveis, havia um mecanismo detalhado contendo, formas, tarifas e locais específicos de pagamento, além de considerarem qualidades da pessoa, como idade, sexo, e ainda o tipo da infração ou lesão. Embora o direito dos bárbaros fosse consuetudinário, havia uma série de leis que o formalizavam, sendo algumas delas: *Lex Salica* (séc. VI), *Lex Rupiaria* (séc. VI), *Pactus* (séc. VII), *Lex Alamannorum* (séc. VIII) (BITENCOURT, 2012).

Após a queda Império Romano do ocidente houve o fim da centralização política. Os ataques dos povos bárbaros por toda Europa forçaram um êxodo

urbano, a vida nas cidades se tornara impraticável, ocorria um processo de ruralização da sociedade, o que daria início ao feudalismo. As cidades já não tinham o esplendor e destaque de outrora (CHIAVERINI, 2009). Le Goff ensina

Essa fuga de cidadãos era uma consequência da fuga de mercadorias, que não alimentavam mais o mercado urbano. Sua população composta por consumidores que se alimentavam de produtos vindos de fora. Quando a evasão de numerário deixa os moradores das cidades sem poder de compra, quando rotas comerciais deixam de irrigar os centros urbanos, os cidadãos são obrigados a se refugiar perto dos locais de produção. É a necessidade de se alimentar que explica a fuga dos ricos para suas terras e o êxodo dos pobres para os domínios dos ricos. Aqui ainda as invasões bárbaras, ao desorganizar a rede econômica, ao deslocar as rotas comerciais, precipitam a ruralização das populações – mas não as cria (LE GOFF, 2005, p. 34 *apud* CHIAVERINI, 2009, p. 14).

Além disso, segundo menciona Le Goff (2005 *apud* CHIAVERINI, 2009), as invasões dos germânicos acabam por desestruturar o comércio, gerando insegurança nos comerciantes, que para de circular as mercadorias. A consequência obviamente foi a escassez de produtos e alimentos nas cidades, e assim a fome. A subsistência da população estava nos campos, e a eles a população se dirigiu. Os ricos se refugiaram em suas terras, e os pobres partiram a viver à sombra daqueles. É válido notar que as invasões antecipam e pressionam o processo de ruralização, mas não o cria efetivamente. Esse sentimento de insegurança levou os nobres a construir castelos e fortalezas para se refugiar, e em torno deles vivia a maioria da sociedade medieval (CHIAVERINI, 2009).

Chiaverini (2009) entende que esse é o marco histórico do feudalismo. Lyon (1990) vem advertir, porém, que seu início teria sido por volta do século IX e X, na França setentrional. Adotando um posicionamento ou outro, algumas características são marcantes desse período, como a supremacia dos guerreiros, trazida pela implementação da cavalaria pesada em guerra pelos francos no século VIII, que criaria uma nova elite militar e social, que viriam a ser a nova nobreza feudal; a relação de suserania e vassalagem; e a agricultura de subsistência, mantida pelo campesinato em sujeição (LYON, 1990).

Os feudos eram unidades autossuficientes economicamente, e tinham de ser já que as estradas já não eram mais confiáveis. Dentro dos feudos a nobreza

dominava os locais por meio do campesinato: os homens eram servos da gleba e gozavam de posse das terras destinadas à agricultura. O excedente produzido pertencia aos nobres, de forma que os camponeses, os servos, tinham direito à uma pequena porção de terra para cultivar para si. Além de cultivar a terra os camponeses eram obrigados a prestar alguns serviços e pagar taxas os senhores feudais (CHIAVERINI, 2009).

Nesse contexto o poder real ficava cada vez mais enfraquecido, sendo o rei mais um senhor feudal, ou como prefere Lyon (1990), o maior dos suseranos. A ausência de um poder central que tivesse força para todos regular implicava em ausência de legislação unificada em cada reino, ainda mais se levado em conta o que afirma Leal “nesse período, os povos europeus conviveram com três sistemas punitivos: o Direito Romano, o Direito Canônico e o Direito Germânico” (LEAL, 1998, 67), e ainda considerando que o direito germânico era consuetudinário, em cada localidade se punia de maneira distinta, cada feudo poderia ter seu costume em matéria penal, afinal o senhor era autoridade ali e respondia, apenas àquele que lhe outorgou a posse do feudo.

Durante a Idade Média diversos tipos de punição foram empregados. O empalhamento, uma dessas técnicas, é associado a uma figura histórica em especial: Vlad III, Vlad Tepes, ou Vlad o empalador, ou ainda, como ficou conhecido pelo romance de Bram Stoker, o Conde Drácula. Vlad era um príncipe que nasceu durante o exílio de seu pai, Vlad II, em Sighisoara (Transilvânia, Hungria) no inverno de 1431. Seu pai pertencia à Ordem do Dragão, sendo chamado de Vlad Drácul, que deriva do latim dragão, daí o apelido de Vlad III posteriormente, *Draculea*, que quer dizer filho do dragão. A história desse príncipe foi marcada de tremendas batalhas, um período de aproximação com os turcos, com quem aprendeu sua língua e costumes (MARTÍN, 2015). Martín ao comentar essa figura icônica indica que ele era

Desmesurado, violento, cruel e impío, un tirano sanguinario, alejado de la fe cristiana, que goza con la muerte indiscriminada y que siente predilección por empalar a sus víctimas, lo que le valdrá posteriormente el apelativo de ‘Empalador’ (Tepes) y lo convertirá en ‘Dracula’ (MARTÍN, 2015, p. 153).

Foi, justamente, esse temperamento e sanguinário que rendeu a Vlad a fama de empalador, porque esse era seu meio preferido de punir seus

adversários. Em verdade, Martín tenciona que ele matava indiscriminadamente. A técnica do empalhamento consistia “na introdução de uma estaca pontiaguda pelo ânus de alguém, fazendo com que ela atravessasse suas entranhas” (DICIO, s.d., s.p.). Deve-se assinalar que essa era apenas uma das muitas práticas de punição cruéis da Idade Média.

Durante a Baixa Idade Média, um movimento capitaneado por duas escolas jurídicas foi responsável pela retomada e evolução das ciências jurídicas. A escola dos Glossadores (1100-1250) buscou restaurar o Direito Romano utilizando um método chamado *trivium*, que unia gramática, retórica e dialética. A segunda escola, os Comentaristas (1250-1400), inova ao trazer o Direito comum, produto do entrelace entre Direito Romano e Canônico (BRANDÃO, 2010, p. 31).

Em contraste com as muitas arbitrariedades cometidas por príncipes, governantes e senhores feudais, em 1215 foi promulgada a *Magna Charta*, assinada pelo rei inglês João sem Terra, que previa em seu artigo terceiro “nenhum homem livre poderia ser condenado senão em virtude de um processo legal efetuado pelos seus pares, segundo a lei da terra” (BRANDÃO, 2010, p. 31). Esse dispositivo já propunha, mesmo que de forma tímida, o início de uma discussão sobre o princípio da legalidade. Ainda não se podia falar, de forma objetiva, da anterioridade da lei que tipificasse a conduta, mas de certo, se apresentava como um freio ao poder penal do rei.

Pode-se destacar uma série de acontecimentos políticos que acabaram por influenciar na estrutura penal da Idade Média, tais como o Édito de Milão, 313 d.C., por meio do qual a prática do cristianismo deixa de ser motivo de perseguição e punição; em 391 d.C. o Édito de Tessalônica, instrumento utilizado por Teodósio I para tornar o cristianismo a religião oficial do Império Romano (CALDEIRA, 2009).

O Direito Canônico em sua gênese era voltado à regulação das infrações cometidas pelos membros do clero, mas em decorrência da grande associação entre a Eclésia e o Estado, passou a ser aplicado à população em geral (FADEL, 2012). Fadel observa que “privilegiando a responsabilização subjetiva através da aplicação de sanções, buscou corrigir o delinqüente, consagrando o princípio da igualdade entre os homens perante Deus” (FADEL, 2012, p. 67). A pena possuía um caráter sobretudo sacral, de base retribucionista. Todavia já começava a se

desenvolver a preocupação de corrigir o infrator, “além de consolidar a punição pública como a única justa e correta” (CALDEIRA, 2009, p. 264). A lição de Wieacker é no mesmo sentido

A cristandade fixou desde o início o conceito do direito. Na medida em que a fonte de todo o direito não escrito – que arrancava da consciência vital espontânea – continuou a ser a ética social, e na medida em que toda a ética européia continuou a ser, até bem tarde na época moderna, a ética cristã, a doutrina cristã influenciou o pensamento jurídico, mesmo quando legislador e juristas estavam pouco conscientes dessa relação. Através do cristianismo, todo o direito positivo entrou numa relação ancilar com os valores sobrenaturais, perante os quais ele tinha sempre que se legitimar (WIEACKER, 1967, p. 17 *apud* MADEIRA, s.d., p. 6).

É notória, ao menos durante um período, a simbiose entre Igreja e Estado, valores morais-sociais e valores religiosos, ética social e ética cristã, que já não eram mais coisas distintas, mas uma só. Dessa união entre quesitos de fé e do pensamento tem-se a filosofia cristã, que veio influenciar o Direito Penal, e que logo no nascedouro da Idade Média, século IV, revelou um de seus maiores expoentes: Santo Agostinho (ROSSETTO, 2014).

Torna-se relevante salientar que a filosofia cristã não é um produto originário da Idade Média, mas durante esse período foi lapidada, sendo Agostinho um desses artesãos. Conforme Amaral, Souza e Pereira (2012, p. 9) “Agostinho foi o principal filósofo da teologia Patrística, amadurecendo o pensamento dos padres gregos sobre a filosofia cristã, com isto, desenvolveu seu trabalho com a união entre fé e razão”. Rossetto observa que

Em a *Cidade de Deus* e a *Cidade Terrena* de Santo Agostinho (354-430 d. C.) há dois reinos; na *Cidade Terrena* a justiça é representada como uma retribuição. A “punição terrena significava para ele uma espécie de penitência para conduzir o pecador ao arrependimento, antes de submeter-se ao juízo final”. Há três tipos de penas: a *condenação* a partir do pecado original, a *purgação* em vida e após a morte e a *correção*, que tinha como objetivo a emenda do transgressor. A retribuição penal deveria ser proporcional ao mal praticado pelo infrator, essa proporção deveria estar baseada na intensidade do crime (“é preciso que o mal da ação seja expiado pelo mal da pena” – Livro Vigésimo Primeiro, Cap. XII) (ROSSETTO, 2014, p. 13).

Segundo Rossetto, a justiça é representada como retribuição, em a *Cidade Terrena*, a punição terrena trazia a conotação de penitência, com vistas a direcionar o pecador ao arrependimento. Mais à frente se verá que o delinquente será repetidas vezes tomado por pecador nos séculos seguintes, sobretudo no período da Santa Inquisição. Ainda no que se refere ao fragmento acima, nele aponta-se três tipos de penas, a saber, a condenação, a purgação e a correção, sendo essa última com o fim de corrigir o infrator. Rossetto comunica que, de certa forma, foi o pensamento agostiniano que justificou, posteriormente, a atuação da Inquisição na caça aos hereges, sob o pretexto de que a punição deles expurgaria o mal (ROSSETTO, 2014).

Os mais ávidos podem inquirir: durante a Idade Média a pena era aplicada com base na vingança privada ou o período da justiça pública já havia se deflagrado? Qual era o mecanismo de resolução de conflitos à essa época? Para solver esses questionamentos de forma própria é necessário considerar o exposto por Le Goff e Schmitt

A sociedade medieval permanece, entretanto, durante mil anos, uma sociedade em que a vingança foi um meio fundamental para resolver conflitos, simplesmente porque, além das necessidades inerentes ao aparelho do Estado, o laço social repousa em valores que legitimam de fato a prática da vingança. A sociedade medieval fundamenta-se no respeito às leis da honra (LE GOFF; SCHMITT, 2006, p. 56).

Ao tratar dos valores que legitimaram a vingança durante vários séculos os autores elegem a honra como força motriz capaz de instigar a vingança privada, e até mesmo ser o estopim para guerras. Embora pareça ser algo primitivo, e que já deveria ter sido abandonado, a vingança privada subsistiu até fins da Idade Média. Em tese, à medida que se buscava correspondência no direito romano, e as decisões pareciam clamar por uma justiça mais elevada, particularmente no que concerne aos crimes de sangue, não seria tolerável abrir brecha a transações, como ocorria na “trégua” [ato solene e comercial, produto da vingança privada].

Efetivamente não se tinha um cânone que indicasse quais delitos seriam abarcados pela vingança privada e quais pela justiça pública. Le Goff e Schmitt (2006, p. 59) asseveram que “os modelos de resoluções privadas para todos os

tipos de crimes, inclusive os de sangue, subsistem pelo menos até o século XVI”. O termo *subsistir* indica que, de fato, os dois sistemas coexistiram, a vingança não foi apenas “o prelúdio ao desenvolvimento de uma justiça oficial de Estado de que seria oriunda” (LE GOFF; SCHMITT, 2006, p. 59), ela, na verdade, ombreava a justiça oficial do Estado.

A ideia geral que se tem é que a Idade Média é um período no qual reinou a violência. Essa opinião deve-se à forma como a historiografia nos apresenta os costumes medievais. Mas, como a história é uma narrativa, e o destino de qualquer narrativa repousa nas mãos daqueles que a contam, o discurso medieval de que a violência era notável tem uma razão de ser, como várias outras situações naquela época, foi algo incutido e trabalhado no imaginário social para justificar determinadas ações. Le Goff e Schmitt, em seu magistério, lecionam

De fato, esse discurso tem um longo passado que extrai suas raízes dos escritos daqueles que, desde a Idade Média, condenam a violência, quer se trate da Igreja ou do Estado. Desde a época carolíngia, a administração judiciária nas mãos dos condes e dos *missi dominici*, sob o pretexto de fazer respeitar a ordem pública, se apraz em descrever os crimes horríveis cometidos pelos ladrões. Depois, no entender dos clérigos que no século XI defendem o movimento da “paz de Deus”, em todas as partes do Ocidente só ocorrem incêndios, sacrilégios, estupros, raptos de virgens ou de mulheres casadas, roubos de gado e assaltos a mercadores, assassinios e homicídios. [...] Da mesma maneira que Jesus expulsa os mercadores do Templo, a civilização cristã deve fazer desaparecer a “caverna dos ladrões” onde a barbárie se deleita. No final da Idade Média, os imperativos do Estado nascente enriquecem essa imagem com uma nota coercitiva (LE GOFF; SCHMITT, 2006, p. 605).

Como indicado acima, a violência existente foi utilizada para legitimar o combate a delitos como furto de gado e bens. Por outro lado, o discurso eclesiástico que referendou a ação da Igreja em tantos lugares quanto ela poderia alcançar foi a busca pela “paz de Deus”, o que a concedeu poderio sobre quase todo o Ocidente conhecido, em determinado período. Não é difícil notar como o discurso da Igreja e dos nascentes Estados Nacionais (no fim da Idade Média) são uma arma política que tem o condão de ocultar a verdade. Esse discurso de violência crescente e de que todo o mal deveria ser combatido e

expurgado foi o que legitimou, em grande parte, a Inquisição. Porém, Le Goff e Schmitt advertem

Para compreender o lugar ocupado pela violência na Idade Média, convém desfazer todos os lugares comuns. Afirmar que na Idade Média existe uma agressividade latente ou uma violência deliberada testemunhadas pelas guerras incessantes ou pelo fragor dos suplícios, e que tais impulsos exacerbam-se em tempos de crise, é, enfim, formular um julgamento perfeitamente anacrônico (LE GOFF; SCHMITT, 2006, p. 606).

Para entender a violência na Idade Média não basta levar em conta os relatos de guerra, perseguição, dos diversos castigos corporais empregados, pois, por mais cruéis que possam parecer, eles tomam seu lugar na sociedade em comento, sendo, por mais alarmante que isso possa parecer, “compatíveis” com a realidade da época. Na busca pela aproximação mais fiel dos acontecimentos é necessário inquirir como a própria sociedade medieval encara a violência?

Para ela, a violência é o resultado de um encadeamento de fatos necessários à manutenção da honra ou do renome, qualquer que seja a procedência social dos indivíduos, sejam eles nobres ou não nobres. A violência não está então ligada a um estado moral condenável em si; é o meio de provar a perfeição de uma identidade (LE GOFF; SCHMITT, 2006, p. 606).

Destaque-se, mais uma vez, o fato de que honra e renome são conceitos preciosíssimos para essa sociedade, e aqui não se trata somente dos nobres, mas de todo o corpo social. Ademais, a violência se constitui como forma de reafirmar a identidade do indivíduo, não estando atrelada à algo moralmente condenável. Como dito anteriormente, o Édito de Tessalônica tornou o cristianismo a religião oficial do Império Romano. No decorrer da Idade Média o cristianismo se tornou o ponto de união política (SARTOTI, s.d., s.p.). Souza afirma que

Após a queda do Império Romano, restou apenas a Igreja como a única instituição poderosa e universal. As idéias sobre Deus, morte, céu, inferno envolviam cada pessoa numa forte atmosfera de religiosidade (a liturgia, as festas, o calendário, a arte, a música, o sino, o clero etc.). Era incomum uma sociedade religiosamente plural. O fator religioso não era apenas algo que

expressava a relação entre homem e Deus, mas também capaz de unir os homens de mesmo credo ou de separar os de credo diferentes (SOUZA, et al, 2011, p. 62).

Em um primeiro momento, na ausência do Império Romano, todos se refugiaram sob as asas da Igreja, como indica o texto supra. Assim, os costumes, as festas, o calendário, a arte, a música cristã passou a integrar o contexto social de forma ampla. A religião cristã marcou a sociedade com suas normas, orientações e formas de organização (SOUZA, et al, 2011, p 62). Dessa forma, qualquer ideia ou doutrina que diferisse dos ensinamentos cristãos trazia risco a unidade política, e os portadores de novas ideias ou crenças distintas eram taxados de hereges (SARTOTI, s.d., s.p.).

Apesar de reconhecer a forte presença da Igreja na vida do homem medieval, Souza aponta que desde logo a Igreja teve de lidar com os cismas e as heresias. “Em todos os lugares, cada vez mais, surgiam desvios religiosos que conturbavam e desvirtuavam a estrutura do Cristianismo, o que serviu de causa para o nascimento da Inquisição” (SOUZA, et al, 2011, p. 62).

Até que se constituísse a Inquisição como sistema de tribunal, foi trilhado um longo caminho, repleto de concílios. Dentre eles destaca-se o Concílio de Verona de 1184, quando o Papa Lúcio III e o Imperador Frederico I, unificaram a repressão na península itálica com a Constituição *Ad abolendam*. Ela determinava que duas vezes por ano os bispos procurassem hereges em suas dioceses. Os achados culpados eram excomungados e entregues às autoridades seculares para serem julgados pelo Direito comum. Essa cooperação entre Igreja e poder laico é considerada a primeira fase da Inquisição, chamada Episcopal (SOUZA et al, 2011).

O IV Concílio de Latrão, em 1215, determinou aos bispos franceses que instaurassem tribunais nos lugares mais afetados, incentivando a população a denunciar os suspeitos de heresia para a Justiça. A Igreja assumiu a Inquisição oficialmente em 1231, pela bula papal *Excommunicamus*, momento no qual houve a nomeação dos primeiros inquisidores permanentes. Sua função era de funcionar junto aos bispos, autoridades eclesiásticas locais, e o poder civil. O primeiro país a receber o Tribunal do Santo Ofício foi a França, o qual passou a ser instalado em outros países. Por essa razão, o Papa Urbano IV nomeou João

Caetano Ursino para funcionar como Inquisidor Geral, criando um órgão superior da Inquisição, como um órgão consultivo e recursal (SOUZA *et al*, 2011).

A Inquisição se espalhou por vários países da Europa Ocidental e Oriental, teve suas bases lançadas durante a Idade Média, mas seu clímax ocorreu entre os séculos XVI e XVIII, já no início da Modernidade (NOVINSKY, 1982 *apud* SARTOTI, s.d.). O direito penal medieval, mais especificamente durante o período da Inquisição, não conhecia limites; não havia nenhum respeito à dignidade humana do réu, e os investigadores ou inquisidores durante o processo gozavam de total ingerência sobre o procedimento, sendo-lhes facultado violar a integridade física dos réus com vistas a persecução de provas (BRANDÃO, 2010). Sim, refere-se, aqui, a persecução de provas e não do crime visto que a confissão era a mais desejada das provas, como circula a fama na academia, a confissão nesse período era a ‘rainha das provas’.

No mesmo mote, Rossetto (2014, p. 14-15) “a Inquisição paulatinamente passou a empregar a tortura como o meio para arrancar a confissão de culpa. O processo era um instrumento de repressão orientado à obtenção de uma decisão condenatória”. Em tal perspectiva, onde o anseio do julgador é buscar a prova de culpa, fazendo, inclusive, do suplício do corpo do acusado a maior arma para atingir seus propósitos durante o processo, crueldade muito maior era infligida na aplicação da pena. A pena de morte era costumeira, mas não sem antes ser imposta extenuante contingente de tortura. Era corriqueiro a morte precedida de castração, retirada dos globos oculares, ter orelhas, nariz, pés e mãos decepados, tudo para conferir os maiores níveis de dor (BRANDÃO, 2010).

Especificamente no que se refere à perseguição e punição de mulheres há um documento que se torna importantíssimo na Idade Média. Em 1484, o Papa Inocêncio VIII deu liberdade para que os inquisidores Henry Kramer e John Sprenger escrevessem um livro que trouxesse as formas de se identificar e como agir “legalmente” em relação à uma bruxa. A obra foi intitulada *Malleus Maleficarum*, o Martelo das Feiticeiras ou Martelo das Bruxas, chegou a ser proibido pela Igreja, contudo foi utilizado por alguns inquisidores. A mulher era muito associada ao ato sexual. A irreverência sexual corria solta entre as massas, o que levou os inquisidores a unirem esse comportamento sexual à transgressão da fé, e lançaram essa culpa sobre os ombros das mulheres, afirmando que elas tinham relação com o demônio. Além das questões sexuais

são associadas às feiticeiras todo tipo de infortúnio que sobreviesse à comunidade, como tempestades, pragas, doenças e pestes (SARTOTI, s.d.).

O relato trazido por Foucault, em *Vigiar e Punir* (1987), da tortura e execução de um homem em 1757, séculos a dentro da Modernidade mostra como a aplicação da pena era cruel. O sujeito em questão estava sendo acusado por parricídio e foi conduzido nu ao local de seu julgamento. Teve seus mamilos, braços, coxas, barriga e pernas feridos por um tenaz, além de ter sofrido queimaduras com fogo de enxofre e chumbo derretido, óleo fervente e piche abrasado. Após esse ciclo de tortura, a execução se deu por esquartejamento, e seus membros foram queimados e lançados ao vento, tudo isso em praça pública (FOUCAULT, 1987).

Rossetto (2014) classifica a Idade Moderna como período entre o fim da Idade Média, marcada pela queda de Constantinopla em 1453 e o ano da Revolução Francesa, 1789. Esse período a rei era uma figura politicamente forte, e a pena servia para reafirmar o poderio do soberano, de forma que, por vezes, a pena não era compatível com o delito praticado, sendo notória a desproporção das condenações e de pouco respaldo jurídico. “Sua aplicação tinha a função de intimidar a população por meio do castigo e do sofrimento infligido ao culpado” (ROSSETTO, 2014, p. 18-19). Ao que parece, os reis haviam de fato internalizado a lição de Maquiavel em *O Príncipe* as formas de garantir seu poder e governo.

Entre os séculos XVI e XVII a nível de pobreza era alarmante em toda Europa, o que, conseqüentemente, significou aumento dos delitos. Penas como acoites, de morte, apedrejamento e mutilações foram aplicadas durante esse período, tendo restado inócuas todas as tentativas de punir, em face da multidão de infratores. Segundo Bitencourt, parafraseando Sinosini, no início da Modernidade “havia a necessidade de uma revolução no sistema penal, pois a situação era muito crítica em virtude dos distúrbios religiosos, as guerras, crises no sistema feudal e os países, conseqüentemente, cada vez mais devastados e miseráveis” (BITENCOURT, 2001, p. 37 *apud* SINOSINI, s.d., p. 6).

A Inglaterra foi pioneira em implantar penas privativas de liberdade, mudando totalmente a finalidade da pena, que passava a ser a correção do apenado pelo trabalho e disciplina. Foram construídas prisões muito bem organizadas, tendo por característica em alguns sistemas o trabalho dos presos

e disciplina muito rígida com vistas à correção dos detentos e desestimular condutas criminosas (SINOSINI, s.d.). Rossetto (2014) cita a pena de galés, como exemplo das penas cruéis ainda aplicadas na Inglaterra no século XVI. Pena muito severa que consistia numa espécie de navio-prisão, para o qual eram enviados somente os condenados por crimes graves ou prisioneiros de guerra; lá eles eram obrigados a remar sob a ameaça do açoite.

Como política contra o terrível estado socioeconômico que estava a Inglaterra, foram criadas instituições de correção, locais aos quais seriam recolhidos os autores de pequenos delitos, ladrões, ociosos e mendigos. Na segunda metade do século XVII se multiplicaram as casas de trabalho, do inglês *workhouse* e as casas de correção, *house of correction* ou *bridwell*, sendo o trabalho realizado nas casas de correção mais voltado ao setor têxtil e o férreo (ROSSETTO, 2014).

Diante desse estágio de mudança nos propósitos do direito penal, bem como nas formas de punição, no final da Modernidade, desponta o Marquês de Beccaria que hasteará a bandeira do Princípio da Legalidade, trazendo-lhe tratamento condigno. Na obra *Dos delitos e das penas*, de 1764, Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria ou Cesare Beccaria, se propõe a discutir as terríveis penas corporais e flagelos que ainda eram aplicadas na Itália. Em seu magistério, Beccaria (s.d.) busca sistematizar alguns princípios do Direito Penal tendo por mote a dignidade da pessoa humana. O sistema adotado por esse milanês estava firme em três princípios, sendo eles “a legalidade dos crimes e das penas, a separação dos poderes e a utilidade do castigo” (BRANDÃO, 2010, p. 34).

Beccaria afirma “só as leis podem fixar as penas de cada delito e que o direito de fazer leis penais não pode residir senão na pessoa do legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social” (BECCARIA, s.d., p. 29). A obra de Bonesana torna-se importante para seu momento por pugnar pela essencialidade de leis que tipificassem os crimes e cominassem penas específicas, o legislador torna-se o ator principal nesse instante, pois foi investido pelo contrato social. É célebre o trecho que diz “sacrificaram uma parte dela [sua liberdade] para gozar do resto com mais segurança” (BECCARIA, s.d., p. 26). Aqui, o autor faz menção a uma de suas referências nessa obra: Rousseau. Com

fundamento no contrato social de Rousseau, Beccaria elege o princípio da legalidade como a principal, e do qual todos os outros derivam.

Sem deixar de lado a centralidade do princípio da legalidade, é trazido à baila a questão da separação dos poderes. Não era raro ver o julgador aplicar penas de forma totalmente arbitrária, segundo suas próprias motivações. Beccaria adverte que o juiz está inserido na sociedade e que ele não pode, com uma pena injusta, molestar a outro membro da sociedade. As leis devem ser gerais e a todos devem ser aplicadas, aos ricos e aos pobres, sem distinção. Assim o autor acrescenta que “do momento em que o juiz é mais severo do que a lei, ele é injusto, pois acrescenta um castigo novo ao que já está determinado” (BECCARIA, s.d., p. 29). O discurso de Bonesana acerca do princípio da separação dos poderes vem combater principalmente as terríveis penas e flagelos que ainda eram forçados aos condenados.

Outro derivado do princípio da legalidade é o da utilidade. Seria pensar a que serve a lei, qual seu maior objetivo. Propõe-se que a lei é aquele instrumento legítimo para dirigir todo o bem-estar possível para a maioria; por isso a lei não deve ser cruel, pois a crueldade não serve a nenhum propósito, dela nada se aproveita, pois é macula a justiça e é adversária do contrato social (BECCARIA, s.d.). Nesse sentido, Brandão (2010, p. 35), ao analisar Beccaria, observa que “é por contado princípio da utilidade que as penas que ultrapassem a necessidade de conservar o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza”.

### **1.3 A PENA NA CONTEMPORANEIDADE**

A Idade Contemporânea tem início com a Revolução Francesa em 1789. Esse período marcado pelo movimento iluminista no século XVIII, que teve suas origens a partir da revolução científica do século XVII, e mudou a percepção que o homem tinha de si, da vida e do mundo que o circundava. Por ser um movimento intelectual limitou-se a uma parcela mais aristocrática da população, apesar de tocar questões como liberdade, igualdade e fraternidade, a massa, o povo, não estava realmente presente (ROSSETTO, 2014).

Da Revolução Francesa adveio a Declaração de Direitos do homem e do Cidadão, um importante documento na luta de direitos. O artigo 8º da Declaração (1789) diz que “A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada”. Por meio desse dispositivo consagrado estava o Princípio da Legalidade.

Como expoentes nessa época, Caldeira (2009) cita Bentham na Inglaterra; Montesquieu e Voltaire na França; Hommel e Fenenbach na Alemanha; Beccaria, Filangieri e Pagano na Itália, cada um a seu modo buscou defender direitos subjetivos do acusado, trataram também sobre as garantias processuais mínimas no processo penal e, por fim, buscaram uma relação objetiva entre o delito, o dano que aquela conduta infligiu à sociedade e a pena aplicável.

Esse período é classificado na doutrina como período humanitário da pena, momento na qual surge a Escola Clássica do Direito Penal, que tem por vultos alguns dos nomes citados anteriormente. Alguns ideais propostos aqui são muito caros a esse movimento, como o livre-arbítrio do ser humano. Finalmente buscou-se dissociar a punição de questões religiosas. Segundo Ferrajoli citado por Rossetto “o objetivo das penas não é a expiação, mas, sim prevenir os delitos da mesma espécie” (FERRAJOLI, 2006, p. 242 *apud* ROSSETTO, 2014, p. 23).

De igual modo buscou-se abolir, ou diminuir onde não foi possível extinguir, as penas cruéis, a de tortura e a de morte. Conforme Dias citado por Rossetto “o propósito principal do iluminismo penal era dirigido à eliminação das penas arbitrarias e à limitação do poder do Estado absoluto no que respeita e medida da pena” (DIAS, 1999, p. 66-67 *apud* ROSSETTO, 2014, p. 23). Houve contraposição entre o caráter humanitário da pena e a prepotência dos magistrados; restava forte a ideia de que somente à lei cabia fixar as sanções (CALDEIRA, 2009). Uma vez mais a teoria de Rousseau se faz importante e os fundamentos traçados por ele do direito de punir, quais sejam, o contratualismo e utilitarismo, também abordados por Beccaria. Ferrajoli explica que “a função utilitarista da pena tornou-se a base comum de todo o pensamento penal reformador, reunindo-se expressamente com a doutrina da separação entre direito e moral” (FERRAJOLI, 2006, p. 242 *apud* ROSSETTO, 2014, p. 22).

A Escola Clássica entendia o crime como um ente jurídico, não como um simples fato do homem, e tratava a pena como castigo e retribuição. É preciso informar que na Escola Clássica o criminoso estava em segundo plano, era de fato ignorado; todas as atenções estavam voltadas para o crime e sobre ele teorizavam os penalistas; a pena era proporcional ao crime, e não ao criminoso. Em contrapartida, a Escola que a sucedeu, a Positiva, voltou-se para o homem e o colocou no centro do Direito Penal. A Escola Positiva, também chamada de Antropológica, confere à pena o condão de fato ressocializador do criminoso, ela não é vista apenas como um castigo, porém como instrumento utilizado pela sociedade para a reintegração do criminoso em seu corpo social (CALDEIRA, 2009).

A obra que inaugura essa Escola e essa nova forma de pensar o homem e o crime foi produzida por Cesare Lombroso, no ano de 1876 e é intitulada *O homem delinquente*. Outros nomes dessa Escola são Ferri, da Alemanha, e Garofalo, da Itália. A Escola Antropológica entendia que o homem já nascia delinquente, portador de características que trariam o crime, e quando este ocorresse só estaria revelando algo que já era naturalmente esperado. Uma visão bem determinista, que anulava da equação o livre-arbítrio. O criminoso seria responsável pelos delitos que cometesse, mas o que pautava a punição era a defesa social, não meramente a retribuição pelo ilícito (CALDEIRA, 2009).

Ao pensar nos casos de pessoas com anomalias congênicas Caldeira cita Aragão que afirmara “é precisamente porque não sois livres, mas escravo, que vos tratamos como escravos e vos prendemos” (ARAGÃO, 1977, p. 267 *apud* CALDEIRA, 2009, p. 269). Não é custoso perceber que a pena não punia o mal praticado, mas era o escudo que defendia a sociedade. Parece ser esse um argumento para preservar a uma sociedade elitista e aristocrática, contudo, Caldeira (2009, p. 269) vem considerar que havia “adaptabilidade das penas aos delinquentes”, ou seja, se a sanção social estava adstrita da responsabilidade moral, penas iguais não recaiam sobre indivíduos diferentes. Ao comparar as escolas Clássica e Positiva, Caldeira dispõe

Enquanto os clássicos olvidavam a necessidade de reeducação do condenado, os positivistas fechavam os olhos para a responsabilidade resultante do fato, ao fundar a punição no indeterminado conceito de periculosidade, e conferir poder

ilimitado ao Estado, ao mesmo tempo em que não resolve o problema do delinqüente ocasional, portanto, não perigoso, pois “o assunto primordial dos seus estudos é a pessoa real e viva do delinqüente, e não a figura abstrata e jurídica do crime.” (CALDEIRA, 2009, p. 270).

O foco da Escola Positiva foi a individualização da pena, analisando a personalidade da conduta do agente para cominar sanção. Os Clássicos buscavam a reeducação do condenado, algo que foi desprezado pelos positivistas. Como apontado por Caldeira (2009) no excerto acima, uma falha do sistema positivista foi com relação àquele que comete delito de forma ocasional, que não demonstraria tanta periculosidade quanto outros.

Após essas duas surgem as Escolas Críticas ou Ecléticas que também abordavam a pena num viés de defesa social, a exemplo da Escola Positiva, mas dela se difere por aceitar que pessoas com distúrbios ou deficiências mentais possam sofrer mudanças drásticas de atitude. Aragão ensina que “se, por um lado, a sociedade odeia os delinquentes e vibra quando um é punido, os loucos deixam de ser odiados como eram um século antes” (ARAGÃO, 1977, p. 270 *apud* CALDEIRA, 2009, p. 270).

## 2 HISTÓRICO DO PODER PUNITIVO DO ESTADO BRASILEIRO

Para discorrer sobre esse tópico elege-se como ponto primeiro a formação dos Estados Nacionais e suas características. Durante os séculos XV e XVI o Velho Continente passou por diversas transformações, que deram início à época denominada Modernidade. Essas mudanças acabaram por moldar a identidade desse período e puderam ser atestadas no campo da economia, política, religião, etc. Na economia houve o surgimento do capitalismo. Na religião, a reforma protestante, que quebrou a unidade cristã. Na cultura houve um movimento humanista que culminou no renascimento (ALEMIDA; SILVEIRA, 2013).

Almeida e Silveira (2013) anotam que houve uma “desestruturação” do feudalismo, expressão bem acertada para caracterizar esse período. Pouco a pouco o sistema feudal foi perdendo cada uma de suas características até restar, somente, a sede e o desejo desesperado de pelo poder daqueles que outrora o detinham. Entre os fatores que contribuíram por esse desmente do feudalismo estão a decadência do sistema de servidão e seu consequente desaparecimento, as revoltas camponesas, o desenvolvimento do comércio e a fragilização do poder da nobreza feudal (COTRIM, 2003, p. 165 *apud* ALMEIDA; SILVEIRA, 2013, p. 70).

Santos e Peixoto (2014, s.p.) afirmam que “a Modernidade colocou seu acento na individualidade humana. O indivíduo passa a ser sujeito social, o privado supera o público. O centro do universo se torna o ser humano racional”. É inegável a sublimação que o homem recebe em relação ao período anterior, a Idade Média, pejorativamente chamada de Idade das Trevas, mas será que, de fato, o indivíduo teve esse demasiado destaque em relação ao coletivo? Almeida e Silveira (2013, p. 71) aduzem que “no abrochar deste período moderno tem-se o início da ligação dos interesses individuais e os interesses do Estado que motivam a ação do monarca”. Percebe-se que o monarca deve sopesar esses dois campos de interesse.

O monarca é figura importantíssima. Todas as mudanças citadas anteriormente acabaram por influenciar no fortalecimento da figura do rei, e justamente por isso, o Estado no início da Modernidade é denominado Estado

Absolutista, pois havia um rei que desenvolveu um domínio forte, absoluto. Elias transmite com excelência o que foi esse período de transição,

Não é sem motivo que falamos em uma *era* de absolutismo. O que encontra expressão nessa mudança na forma da dominação política e uma mudança estrutural, como um todo, na sociedade ocidental. Não apenas reis isolados expandem seu poder, mas, claramente, as instituições sociais da monarquia ou do principado adquirem nova importância no curso de uma transformação gradual de toda a sociedade, uma importância que simultaneamente confere novas oportunidades de poder aos maiores príncipes (ELIAS, 1993, p. 16).

Como indicado no excerto acima, não eram apenas principados isolados que passaram que repentinamente ganharam notoriedade. O primeiro estágio da nova monarquia consistiu na disputa pela monopolização das terras. Sim, refere-se a uma nova monarquia visto que ela fora instituída em algumas localidades, por exemplo, na região que doravante veio a ser denominada França, mas dantes o rei era apenas mais um senhor feudal. No entanto, como que inaugurando esse novo estágio da monarquia, Luís VI que reinou entre 1108 e 1137 dedicou sua vida a expandir sua posse de terras no ducado de França e a dominar todos os possíveis rivais, nessa mesma área (ELIAS, 1993).

O processo de unificação sob a égide de um poder central diferiu um pouco no curso de seu desenvolvimento na França, Inglaterra e na Alemanha. Dentre os três, a questão do Império Romano Germano é o que se distancia mais dos outros dois, em primeiro lugar porque era maior em extensão e, em segundo, em virtude das divergências geográficas e sociais internas, bem mais acentuadas que na Inglaterra e França. Dessa forma, a unificação nas terras germanas veio a ocorrer tardiamente se comparada às outras regiões.

Não é banal anotar que o detentor do poder, esse senhor ou príncipe feudal, esse rei em ascensão, gozava de domínio sob os principais meios de produção, o poder militar e o exercício da jurisdição. O monopólio do poder foi fator determinante para o estabelecimento das monarquias, tanto militar e jurisdicional, citado acima, como territorial ou monetariamente expreso (ELIAS, 1993). Apesar das diversas formas como o absolutismo se desenvolveu nas diferentes localidades, Squiere aduz que

[...] de um ponto de vista descritivo, podemos partir da definição de absolutismo como aquela forma de governo em que o

detentor do poder exerce esse último sem dependência ou controle de outros poderes, superiores ou inferiores (SQUIERE, 1997, p. 2 *apud* CAMPOS, 2009, p. 2).

Segundo Campos (2009), a crítica de Squiere consiste em afirmar que esse conceito acima, que vem sendo disseminado desde meados do século XIX, assemelha o absolutismo ao despotismo e à tirania, quando, na verdade, são contextos diferentes. No despotismo, o governante exerce sob seus governados uma relação de proprietário e coisa. O déspota goza de poder ilimitado. Por outro lado, apesar do que o nome sugere, o Estado Absolutista é caracterizado por um governo de poderes institucionais, o soberano deveria gerir de acordo com limites; dispondo esses limites em relação de poderes superiores e inferiores, aristocracia e cidadãos. Nesse sentido, Anderson (1998, p. 48 *apud* CAMPOS, 2009, p. 4) explica que nenhuma monarquia ocidental jamais gozaria de poder ilimitado sobre seus súditos, como num despotismo sem barreiras. Para Chalita (2005, p. 54 *apud* ALMEIDA; SILVEIRA, 2013, p. 76) “o absolutismo surge nas monarquias da Idade Moderna como resultado do humanismo e do patriotismo”. Esse patriotismo é explicado por Chalita mais adiante como sendo

Um sentimento de fidelidade não ao monarca mas ao povo [...]. Pelo reino o patriota se vê compelido a reconhecer a autoridade do rei. Há uma disposição do patriotismo em buscar a figura do soberano a competência de fazer o que será melhor para o reino (CHALITA, 2005, p. 55 *apud* ALMEIDA; SILVEIRA, 2013, p. 76).

Essa submissão ao rei também é característica do pensamento humanista, racional, que busca sempre a melhor saída; não se sabe, contudo, se realmente a motivação era o bem-estar do grupo. Ora, a burguesia, por exemplo, tinha suas motivações particulares para apoiar o rei, que poderia prover revitalização das estradas, estabelecimento de uma moeda única para facilitar o comércio, etc. O autor também afirma que “o rei encarna o ideal nacional e todos os poderes do Estado” (CHALITA, 2005, p. 54 *apud* ALMEIDA; SILVEIRA, 2013, p. 76). O rei, agora forte, torna-se a representação do Estado, sua figura traduz o ideal nacional, e evoca todos os poderes do Estado. Essa proximidade por vezes gerava confusão entre o Estado e o Rei. Aquele que mais personificou a figura do Estado foi Luís XIV, da França.

Luís XIV, o Rei-Sol, teve um reinado extenso, o maior da Europa, durou setenta e dois anos e é considerado como um símbolo da monarquia absoluta (SCHWARCZ, 2000, s.p.). Coroado aos cinco anos de idade, viveu até os setenta e sete, tendo falecido em 01 de setembro de 1715. Conta-se que após a morte do então regente, cardeal Marazín, em 1661, o rei teria dito que todos os assuntos deveriam ser endereçados a ele a partir daquela data, e que não deseja ter um primeiro ministro, queria governar por si; diz-se que nesse momento o rei teria preferido a frase: “o Estado sou eu”, em francês, “L’État c’est moi” (MARTINS, s.d.). O reinado de Luís XIV foi marcado por pelo luxo e pelas demonstrações de riqueza. É atribuída a ele a “domesticação da nobreza”, pois instituiu diversas regras de etiqueta e convívio na corte (SCHWARCZ, 2000). Sobre a atuação do rei, Schwarcz aponta

Elaborada tal qual um grande teatro, um teatro do Estado, a atuação do rei se transforma em performance; os seus trajes viram fantasia. Na verdade, esculpida de maneira cuidadosa, a figura do rei corresponde aos quesitos estéticos necessários à construção da “coisa pública”. Saltos altos para garantir um olhar acima dos demais, perucas logo ao levantar, vestes magníficas mesmo nos locais da intimidade; enfim, trata-se de projetar a imagem de um homem público, caracterizado pela ausência de espaços privados de convivência. Tal qual um evento multimídia, o rei estará presente em todos os lugares, será cantado em verso e prosa, retratado nos afrescos e alegorias, recriado como um Deus nas estátuas e tapeçarias (SCHWARCZ, 2000, s.p.).

A forma como o rei age, como ele ordena a vida na corte e a vida na sociedade como um todo demonstra seu poder e o ideal de Estado que ele quer ver cumprido, a personalidade que ele deseja imprimir. A figura do Estado no imaginário coletivo tem a feição do rei. Como indicado acima, “a figura do rei corresponde aos quesitos estéticos necessários à construção da coisa pública”. A própria imagem de homem público transmitida pelo rei, acaba sendo indissociável da figura do Estado, em grande parte também, porque o soberano controla a atuação do Estado em todas as suas faces, legislativo, executivo e judiciário. Numa perspectiva em que o rei controla a tudo e a todos, realmente há essa ideia de sua onipresença, e por consequente, o sentimento de que o Estado está em todo lugar, controlando a vida em sociedade.

Com o Renascimento houve um retorno aos clássicos e a utilização da filosofia e da ciência política nascente canalizadas no estudo da sociedade da época e de meios que assegurassem o estabelecimento de um Estado forte. Nesse sentido, a obra de alguns expoentes ajuda a construir o raciocínio a respeito dessa época e suas nuances. De tal monta que se torna indispensável a compreensão mínima do trabalho de Thomas Hobbes em o *Leviatã*, e Nicolau Maquiavel, com o *Príncipe*, escrito entre os anos de 1512 e 1513, durante o exílio político (JÚNIOR, 2007, 206).

A obra de Maquiavel traz uma nova interpretação do homem e da vida em sociedade. Para o autor, a inclinação natural do homem é para a desunião, para o litígio. Nesse sentido Winter (2006, p. 118) afirma que “a política, para Maquiavel, é marcada, então, não pelo ideal cristão de unidade entre os homens, mas por algo que é próprio do homem, a constante luta pelo poder”. Ames acrescenta, ainda, que

Maquiavel, ao invés disso, concebe o homem como um ser movido por forças anti-sociais (sic). Na sua opinião, o ser humano possui a tendência de agir segundo impulsos egoístas, em benefício próprio e prejuízo alheio. Esta tendência apenas se dobra ante a coação (...), porque o homem faz o bem quando se sente coagido a isso e o mal cada vez que tem ocasião. (AMES, 2002, p. 123 *apud* WINTER, 2006, p. 119).

Após esse pequeno prognóstico da conduta humana, Maquiavel faz distinção entre a moral individual e a moral política, e aqui reside uma das questões mais discutidas em sua obra. No seu entender o governante deve pautar a sua ação na necessidade do momento, sempre visando, acima de tudo, o bem de todos, reprimindo seus interesses particulares. Nessa relação, tampouco importam os valores morais do chefe de Estado. Os pensamentos do autor tomam sítio num momento peculiar da história Italiana, e transmitem os anseios por um país unificado e bem estabelecido. Seria necessário, então, um governante de pulso firme, obstinado, ávido por defender seu povo. Winter (2006, p. 120) ensina que “para Maquiavel, um príncipe não deve medir esforços nem hesitar, mesmo que diante da crueldade ou da trapaça, se o que estiver em jogo for o bem do seu povo”.

Maquiavel trabalha o conceito de *verità effettuale*, a verdade efetiva, que é o que, ao fim e ao cabo, deve nortear a atuação do príncipe, tendo por esteio a todo o tempo a realidade dos fatos. Pelo bem de todos, o soberano deveria, inclusive, aprender a ser mau, se fosse necessário. Desse posicionamento do autor é extraída a frase “os fins justificam os meios”, o que denota claramente a liberdade que o soberano deve ter para agir e defender seu povo, por mais que os meios possam parecer descabidos. Porém, cumpre salientar que a crueldade pela crueldade não encontra lugar na obra de Maquiavel. Não se trata de um governante destemperado e egoísta, muito pelo contrário, fala-se alguém que deve estar disposto a praticar os atos mais diversos em favor de seu povo, reafirmando a questão do bem comum (WINTER, 2006).

A obra de Thomas Hobbes também comporta questões relevantes sobre a posição do governante. Seu trabalho é considerado a união entre dois campos do saber totalmente distintos: o empirismo e o racionalismo, graças à influência de Francis Bacon, René Descartes, Euclides, Galileu. É por meio dessa convivência entre extremos que Hobbes tece uma filosofia política que parte da natureza, associada a elementos simples, trazendo sempre conceitos e definições, organizando-os para discutir realidades concretas (SOUZA; OLIVEIRA, 2009).

A exemplo de Maquiavel, a obra de Hobbes também foi produzida em contexto inquietação social, destaca-se principalmente os escritos *o Leviatã* e *Sobre o Cidadão*. Seu trabalho é contemporâneo aos movimentos sociais na Inglaterra no século XVII, e a disputa de poder entre Coroa e Parlamento. Como indicado anteriormente, o autor busca através de uma série de conceitos estabelecer seu raciocínio filosófico-político. Dois conceitos chaves são: “estado de natureza” e “estado civil ou social” (SOUZA; OLIVEIRA, 2009). De antemão, pode-se dizer que a definição de estado de natureza de Hobbes é distinta de outros filósofos e políticos, dentre os quais Aristóteles, Locke e Kant são representantes. Para Hobbes a definição do estado de natureza não o retrato de um homem que se porta como um selvagem, o qual remonta a um período primitivo da humanidade, mas faz alusão à uma “simulação negativa da ordem social” (SOUZA; OLIVEIRA, 2009, p. 21). Bobbio explica que

Mesmo admitindo que algumas sociedades primitivas tenham vivido em estado de natureza, as formas de estado de natureza

que interessam a Hobbes são as que ainda subsistem em seu tempo: a sociedade internacional e o estado de anarquia originado pela guerra civil. Sobretudo o segundo. (BOBBIO, 1991, p. 36)

O estado de natureza hobbesiano seria esse prospecto da ordem social desregulada, sendo o estado de anarquia que se instaurou na Inglaterra na sua época em virtude da guerra civil o melhor exemplo disso. Mas talvez, uma das questões mais centrais em Hobbes é o pacto social. O autor é tido como um dos grandes contratualistas e isso quer dizer que ele reconhece como gênese do Estado uma convenção feita entre seus membros (SOUZA; OLIVEIRA, 2009). Esse pacto, contrato ou convenção não se limita somente a relação indivíduo e governo, mas um acordo implícito que serve de base para a comunidade (ABBAGNANO, 2000, p. 206 *apud* SOUZA; OLIVEIRA, 2009, p. 24). Em verdade, Souza e Oliveira, parafraseando Chevallier, dizem que “é entre si que renunciam a todo direito e toda liberdade nocivos à paz em proveito do soberano” (CHEVALLIER, 1973, p. 72 *apud* SOUZA; OLIVEIRA, 2009, p. 24). Sim, o destinatário da submissão de cada indivíduo é o soberano.

Para Hobbes, o pacto se estabelece entre os indivíduos singularmente considerados, entre os membros de um conjunto de indivíduos isolados – e não entre os indivíduos já estabelecidos num povo – e o destinatário da submissão de cada um, que será o soberano. A vontade única desse terceiro absolutamente estranho a este contrato substitui a vontade de todos. Hobbes ensina que, por um só e mesmo ato, os homens naturais constituem-se em sociedade política e se submetem a um soberano, mas não estabelecem contrato com este, mas entre si. (SOUZA; OLIVEIRA, 2009, p. 24).

Tendo por fundamento que o contrato social é realizado pelos sujeitos individualmente considerados e entre si, é possível assimilar o entendimento de Hobbes de que “o absolutismo não deriva de um direito divino, mas sim do pacto, e a existência do Direito – leis civis – vincula-se à existência do Estado” (SOUZA; OLIVEIRA, 2009, p. 27). O magistério de Hobbes é forte em afirmar que o direito de governar não produto de algo divino, mas um acordo feito mutuamente entre os integrantes de uma sociedade. Se faz necessário entender bem a teoria do direito divino do rei, pois esta foi amplamente difundida e teve grandes

apoiadores, dos quais pode-se citar Jean Bodin, Jaime I, Robert Filmer, Cardin Le Bret (BARBOSA, 2007) e Jacques Bossuet.

Bodin um dos precursores da teoria do direito divino dos reis no século XVI, concentrou seus esforços em *Les Six Livres de la République*, de 1576, para trabalhar a questão da soberania, um dos principais elementos de sua obra. A soberania seria o principal fundamento da República, palavra que ele utiliza para designar o Estado, e esta seria um poder absoluto e perpétuo. Entendida como poder absoluto pois não se submete a comandos de ninguém, mas é livre de qualquer fardo ou condição, vinculada, porém às leis divinas e naturais. A soberania para Bodin também seria um poder perpétuo, ininterrupto (PRADO, 2012).

A soberania de que trata Bodin é a tradução do enlace entre o monarca e o poder que ele exerce (ALMEIDA; SILVEIRA, 2013). É esse conceito tão estimado pelo autor que foi capaz de reunir em uma pessoa os direitos e deveres de todos, que já despojados de sua individualidade se curvam ante à autoridade suprema (STELZER, 2000, p. 195 *apud* PRADO, 2012, p. 95), não conferida por homem, nem gerada na terra, mas autoridade dada pelo divino. É esse conceito que firma as características fundamentais do Estado Moderno (PRADO, 2012). Sendo assim, encerrada nessa miríade de conceitos está a compreensão de que o Estado pode impor leis aos seus governados, até mesmo sem a concordância deles, assim como quis expressar Bodin através da figura da majestade soberana e do poder absoluto (CAMPOS, 2009).

Bossuet, por sua vez, tratou sobre a fonte da qual advinha o poder e a autoridade do rei. E é por meio de sua obra que a teoria do direito divino como argumento do absolutismo atinge o ápice. Neste talvez, essa doutrina foi muito atacada em sua época, inclusive rechaçada por alguns escritores dos séculos XVIII e XIX, mas, por outro lado, foi defendida com fervor e veemência teórica, sendo aceita principalmente durante o século XVII como um elemento natural da vida pública, e também privada. A doutrina do direito divino estava difundida em todo lugar, fosse nos púlpitos das igrejas, nas praças públicas, nos campos de batalha (BARBOSA, 2007).

Na obra *Politique*, mais especificamente no terceiro livro, Bossuet afirma a sacralidade da autoridade real, fazendo alusão de que o poder dos reis emana de Deus, que estabelece aqueles como seus ministros na Terra; o autor afirma

que o trono real é o trono do próprio Deus, os reis seriam a imagem de Deus na Terra. Bossuet também se preocupa em apontar que a autoridade real é absoluta, inquestionável e indivisível; o soberano não precisa prestar contas de suas decisões a ninguém (BARBOSA, 2007).

Por mais empenhados que fossem, poucos escritores se esforçaram tanto em defender a teoria do direito divino como Bossuet, num sermão proferido em 1662 ele afirma a Luís XIV “Vós sois deuses”, equiparando o monarca a uma divindade. É inegável que toda a produção artística a respeito do direito divino dos reis beneficiou os monarcas, Baumer, em especial, indica que “quando Bossuet escreveu que ‘os reis são deuses e participam da independência divina’, e que ‘o estado é o príncipe... Que grandeza um simples homem deter tanto poder!’, estava a contribuir para a apoteose do Rei Sol” (BAUMER, 1977, p. 123 *apud* BARBOSA, 2007, p. 69).

## **2.1 A EVOLUÇÃO DO ESTADO: DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

A formação do Estado Moderno foi possível graças ao fortalecimento do poder real. Soares afirma que o “Estado moderno nasceu de uma estrutura absolutista” (SOARES, 2004, p. 81 *apud* SOARES, 2013, s.p.). Nesse movimento de busca de poder pelos reis diversas guerras e revoluções tomaram lugar na história. No século XVII a chamada Paz de Westfália ou Tratado de Westfália foi de considerável importância para firmar o caráter soberano das novas nações europeias que durante aquele período surgiam (SOARES, 2013).

Contudo, uma série de eventos políticos, filosóficos e econômicos contribuíram para a derrocada dos Estados Absolutistas e o surgimento de uma nova ordem estatal, sendo exemplos desses movimentos a Revolução Gloriosa na Inglaterra, entre 1688 e 1689, o advento do Iluminismo e a Revolução Francesa em 1789. O arbítrio real levado ao extremo pelo Absolutismo sufocava a sociedade. Dessa forma, por meio da evolução do pensamento humanista, possível através da corrente Iluminista, e o anseio por mudança nasce o Estado Liberal, bem pautado nos ideais da Revolução Francesa e tendo por mote: Liberdade, Igualdade e Fraternidade. Em especial os princípios de liberdade e

igualdade sustentavam o pensamento liberal da época, pois o homem pretendia se desenvolver, e por isso queria o afastamento da máquina estatal. O Estado deveria interferir o mínimo possível, abrindo espaço para o desenvolvimento do homem e da mercancia (MORAIS, 2011). Moraes contrapõe

É relevante o fato de que a Revolução Francesa foi levada a cabo principalmente pelas partes mais baixas do Terceiro Estado, ou seja, pelos camponeses pobres e então aliados à nascente burguesia. Não obstante, em um primeiro momento, os resultados da Revolução serviram unicamente aos burgueses, ou seja, aos comerciantes e aos proprietários de terras que viam no Estado de Polícia pré-revolucionário uma restrição completamente engessante da máxima realização de seus interesses (MORAES, 2014, p. 271).

Assim, o que se percebe num momento pós Revolução Francesa é que o movimento serviu bem aos ideais de um grupo específico: a burguesia da época; com relação aos demais, esse distanciamento do Estado de alguns setores serviu somente para aumentar ainda mais as diferenças sociais e a exploração das classes desfavorecidas pelos mais abastados. Ganharam força nesse período institutos como o negócio jurídico e o contrato, que pressupunham a liberdade contratual; a mera igualdade formal entre as partes deveria assegurar o equilíbrio nos contratos. Nas palavras de Moraes (2014, p. 272), “a propriedade e o contrato são os institutos jurídicos básicos da nova sociedade e refletem sua ordem natural”.

Morais (2011, s.p.) indica que “a racionalidade desta limitação do poder do Estado se sustenta na doutrina dos direitos humanos, direitos inatos do homem, os quais não podem ser violentados pelos governantes”. De semelhante forma, Thomazi (2015, s.p.) afirma que “os princípios de liberdade, igualdade e fraternidade, surgidos a partir da Revolução Francesa, passam a exigir uma presença mais efetiva do Estado, no que se refere às garantias individuais e coletivas”. Todos esses conceitos marcam bem o período do Estado Liberal, pois foram forjados durante a Revolução Francesa, são espelho da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que foi um produto da Revolução de 1789 (SANTOS, 2011).

A liberdade nos contratos de forma geral surtiu efeito inverso ao esperado; ao invés de proporcionar o equilíbrio entre os contratantes, ela tornou

suas diferenças mais nítidas, havendo sempre a exploração de um polo pelo outro. A limitação do Estado nesse momento se torna um problema para o liberalismo. A limitação se dava no âmbito dos poderes e das funções do Estado. Moraes (2011, s.p.) assevera que “a limitação do poder do Estado se dá através de instituições de regras gerais, esculpidas constitucionalmente, e tais regras devem ser consentâneas aos direitos fundamentais”. Isto é, haviam barreiras na legislação que limitavam a atuação estatal. Por outro lado, no âmbito das funções, o Estado Liberal apregoava a separação dos poderes, não mais se queria um soberano que aglomerasse todas as funções, mas buscou-se a instituição do Legislativo, Executivo e Judiciário, os quais têm a mesma importância na estrutural, e deviam ser harmônicos entre si.

Laski aduz que “o espírito liberal vai ser forte mente abalado pela Primeira Guerra Mundial, momento em que já começa a existir uma forte tendência ao Estado do Bem-Estar (LASKI, 1973, p. 172 *apud* MORAES, 2014, p. 273). Já no período da Primeira Guerra havia clamores por um Estado mais compromissado com a sociedade, que buscasse efetivamente a tutela de interesses coletivos. De um ponto de vista constitucionalista, Barbosa e Saracho ensinam que

Os direitos de segunda geração são os denominados direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividade, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado Social depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e os estimula (BARBOSA; SARACHO, s.d., s.p.).

Eram esses direitos de segunda geração, os direitos sociais que se buscavam ver concretizados no Estado Social, direitos que versassem, acima de tudo, sobre igualdade, mas não a igualdade formal já experimentada durante o Estado Liberal, não, ansiava-se pela igualdade em seu sentido material, “voltada para o atendimento de condições de justiça social, direitos sociais mediante uma atuação positiva para a atenuação das desigualdades” (FERNANDES, 2015, 398). O Estado Social surge como uma evolução do Liberal, mas que não se deu de maneira imediata, instantânea. Thomazi (2015, s.p.) explica que “trata-se de

um processo gradual, intensificado por fatores históricos, motivos por que não há como se falar em uma total ruptura com o modelo anterior”.

O gradual abandono do liberalismo ocorreu em razão de transformações na estrutura social e na econômica, esta última muito ligada com o lado jurídico. Moraes (2014, p. 274) observa que “a total liberdade de contrato e de propriedade então vigente havia engendrado uma fase de capitalismo monopolista”. Esse monopólio capitalista foi amplamente combatido, tendo sido formulada nos Estados Unidos a legislação antitruste, no final do século XIX, contudo, apesar dos esforços empregados, não foi possível evitar a quebra da bolsa de Nova Iorque em 1929, por exemplo. Simultaneamente, no século XIX houve um fortalecimento do proletariado, as organizações dos trabalhadores ganhavam cada vez mais força, clamavam pelos direitos sociais e participação política; nesse contexto, os escritos de Marx impulsionaram o movimento dos trabalhadores.

São algumas características do socialismo: busca pela estatização de todos meios de produção e sua utilização de forma justa; o Estado é paternalista; intervencionista quanto à economia, entre outras. Ademais, alguns países implantaram o sistema socialista, por exemplo, a Rússia, a China, os países do Leste Europeu, Cuba (MORAIS, 2011). Bonavides (1980, p. 205 *apud* SOARES, 2013, s.p.) ensina que “o Estado Social se compadece com regimes políticos antagônicos, como sejam a democracia, o fascismo e o nacional-socialismo”.

Por essa razão, o Estado Social não prosperou, pois abre margem ao totalitarismo, ao despotismo. Exemplos notáveis são Hitler, Mussolini, Stalin, Fidel Castro, cada qual em seu contexto ofertavam a dita satisfação das necessidades primárias dos governados, no entanto, era ausente a democracia, a liberdade de expressão e pensamento, a garantia dos direitos humanos, de fato, a todos. Soares (2013, s.p.) completa dizendo que “falsos discursos, em nome de interesses cada vez mais inescrupulosos, desviavam a real concepção de Estado e ludibriavam o povo, calando-o em suas prerrogativas”.

Verifica-se, desta feita, que a coletividade era o maior interesse do Estado Socialista, e não o cidadão individualmente considerado, e esse é um dos motivos que levou o enfraquecimento do Estado Social e o surgimento do Estado Democrático de Direito, pois esse último tem o foco no indivíduo; por óbvio, a coletividade é importante, mas resguardar o indivíduo é imperativo par essa

estrutura de Estado (MORAIS, 2011). Ante as diversas experiências socialistas ao redor do globo que mancharam a Terra de sangue, e marcaram para sempre as páginas da história, “nasce, como forma de proteção ao cidadão e à democracia, o Estado Democrático de Direito” (SOARES, 2013).

Agora, no Estado Democrático de Direito, o Estado passa a prover não só os direitos sociais, mas também os individuais, buscando a efetivação da igualdade material pretendida pelo Estado Social. Sem embargos, a missão do Estado Democrático de Direito não se encerra em proporcionar aos cidadãos direitos individuais ou coletivos, de primeira ou segunda dimensão, ela vai mais além, como apontam Barbosa e Saracho

Trata-se daquela que se assenta sobre a fraternidade, e provida de uma latitude de sentido que não parece compreender unicamente a proteção específica de direitos individuais ou coletivos. Portanto, os direitos de terceira geração dizem respeito ao: direito ao desenvolvimento, direito à paz, direito ao meio ambiente, direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e direito de comunicação (BARBOSA; SARACHO, s.d., s.p.).

O que se busca no Estado Democrático de Direito é oportunizar além dos direitos de primeira e segunda dimensões, também aqueles que dizem respeito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito à comunicação. Por isso prefere-se utilizar o termo “dimensões” dos direitos humanos ao invés de “gerações”; por que ao empregar a palavra geração transmite a ideia de que uma geração sucede a outra e rompe com o que a anterior propôs, trazendo sempre algo novo. Por outro lado, o vocábulo dimensão traz, acertadamente, o entendimento de que todas as dimensões se complementam e convivem harmoniosamente, sempre agregando novos direitos que se querem ver resguardados, como consequência do desenvolvimento natural da ciência do Direito, que deve acompanhar a evolução da sociedade.

Streck e Moraes (2000, p. 90 *apud* CASTRO, 2007, p. 16-17) apontam como princípios norteadores do Estado Democrático de Direito: constitucionalidade, organização democrática da sociedade, sistema de direitos fundamentais, justiça social, igualdade, divisão dos poderes ou de funções, legalidade, segurança e certeza jurídicas. Cada um desses princípios guarda

relação com o desenvolvimento do próprio Direito e as necessidades que foram percebidas ao longo dos séculos. Canotilho (2002, p. 231 *apud* CASTRO, 2007, p. 19) ao tratar sobre o tema ensina que “o Estado limitado pelo direito e o poder político estatal legitimado pelo povo. O direito é o direito interno do Estado; o poder democrático é o poder do povo que reside no território ou pertence ao Estado”.

As constituições democráticas possibilitaram a construção de um Estado atrelado à lei. As funções jurisdicional, executiva e legislativa estão vinculadas à Constituição e suas diretrizes por meio de uma relação de obediência, limitando a interferência na vida privada. A tutela estatal entra em ação quando as relações entre os cidadãos são discrepantes e injustas, nesse sentido surge o dever do Estado de equiparar os desiguais. Esse dever, previsto na própria Constituição, é efetivado através das funções do Estado. É visceral destacar que a intervenção estatal é necessária para garantir a igualdade material entre os cidadãos. Porém, enquanto essa igualdade não é alcançada, “o Estado deve concentrar suas atividades em razão da necessidade e realidade do povo. Assim, não é permitido, na tutela das relações privadas, descansar das exigências sociais e omitir-se da observação técnica dos padrões normativos” (SOARES, 2013, s.p.).

Fundamental para se entender o Desenvolvimento do Estado é a visão de Contrato Social proposta por Rousseau. Para ele o “Contrato Social é tão-somente uma categoria histórica criada para facilitar o entendimento da passagem da Sociedade Natural para a Sociedade Civil” (ZENI; RECKZIEGEL, 2009, p. 9345). Marques (2010) rememora que no estado de natureza de Hobbes o homem está em situação de guerra contra todos, ao passo que, em Rousseau, o homem tem pouco contato com os seus semelhantes e satisfaz com relativa facilidade suas aspirações. Prossegue afirmando que “a imagem aterradora do *homo homini lupus* contrasta com a figura gentil do *bon sauvage*, e nessas imagens encarnam-se as visões pessimista e otimista do ser humano em vista de sua possível sociabilidade” (MARQUES, 2010, p. 100).

Como abordado pela maioria dos contratualistas, a vida é dividida em dois momentos: pré e pós-contrato social. Com relação ao que prega Rousseau, Miranda (2014, s.p.) indica que “é a propriedade, o agente que corrompe o homem, que desintegra seu espírito calmo e perturba sua consciência. Surge, neste momento, a desigualdade política e o mecanismo hipotético de

organização da sociedade, o contrato social”. Em Rousseau, o contrato social é idealizado para buscar o equilíbrio que fora perturbado pela propriedade. O bom selvagem após o contrato torna-se um cidadão do estado social, e com isso vem a premissa de igualdade política entre os cidadãos, que é pautada no interesse comum, entendido por Rousseau como vontade geral. A respeito da vontade geral Miranda afirma

Para Rousseau (1996) assim como a fronteira da liberdade natural do homem é sua própria força, o limite de sua liberdade civil é a vontade geral. Liberdade civil é a submissão voluntária do homem ao interesse comum, visto que ele materializa o Estado e juntos formam um corpo político, indivisível e inalienável, capaz de garantir a plena convivência entre os pares. Tal submissão é a alienação integral das forças e direitos do homem à comunidade, visto que esta é a única capaz de lhe proteger como membro do corpo político. Encontra-se, nesse momento, a plena experiência de liberdade e igualdade, a saber, vontade geral e tutela estatal, respectivamente (MIRANDA, 2010, s.p.).

Quando do estado de natureza, a sua própria força delimita sua liberdade natural, após o contrato social, o que delimita sua liberdade civil é a vontade geral. Esta última definida por Testoni como sendo

[...] a vontade coletiva do corpo político que visa ao interesse comum. Ela emana do povo e se expressa através da lei, que é votada diretamente pelo povo reunido em assembléia (sic); assim é garantida e não limitada a liberdade do cidadão. De fato, este, enquanto é participante da vontade geral, pode considerar-se soberano e, enquanto é governado, é súdito, mas súdito livre, porque, obedecendo a lei que ele ajudou a fazer, obedece assim a uma vontade que é também a sua autêntica vontade, o seu natural desejo de justiça (TESTONI, S. Verbete Vontade Geral. In: BOBBIO, 2010, p. 1298 *apud* GOMES, s.d., p. 11).

O conceito de vontade geral tem por desdobramento três vertentes que completam o pensamento rousseauiano: em primeiro lugar, por meio do conceito de “liberdade civil abordado” por Rousseau entende-se a vontade geral só é efetivada a partir do momento em que o povo exerce a soberania, assim como o exposto: “afirma, pois, que a soberania, não sendo senão o exercício da vontade geral, jamais pode alienar-se, e que o soberano, que nada é senão um ser coletivo, só pode ser representado por si mesmo” (ROUSSEAU, 1999, p. 86

*apud* GOMES, s.d., p. 11). Em segundo lugar, no ambiente de elaboração das leis não é possível representação política, pois a elaboração das leis deve ser fruto da vontade direta do povo. Em último lugar, no estado social o homem obedece a lei pois esta não é um produto estranho que lhe foi imposto, mas a lei é fruto da vontade geral. Uma vez cumprida por todos, é como se cumprissem sua própria vontade (GOMES, s.d., p. 11).

De acordo com as concepções rousseauianas seria possível falar em poder legislativo como um grupo específico de pessoas destinado para elaborar leis? Esse poder de elaborar as leis pertence ao povo. No entanto, na estrutura de organização vislumbrada pelo autor esse é o único espaço para participação do povo. O governo estaria submetido às leis, fruto da vontade geral. A democracia de acordo com os padrões de Rousseau seria o governo do povo ou de um grande número de pessoas, o que para o autor seria inviável. Apesar disso, sua obra é muito utilizada para tratar sobre o Estado Democrático de Direito, pois nela encontram-se muitos princípios caríssimos ao Estado Democrático (GOMES, s.d.).

Montesquieu contribuiu de forma considerável para o conceito que se tem hoje a respeito do Estado Democrático de Direito, pois foi ele que, sucedendo o ensino de Locke, foi o responsável por trazer a função jurisdicional para dentro dos poderes fundamentais do Estado, e assim consagrou, através de sua tese de desconstrução do poder centralizado, a tripartição dos poderes, hoje entendidos como funções do Estado. Montesquieu trata sobre o perigo de ter reunido em apenas uma pessoa ou mesmo um grupo de pessoas as funções de legislar, administrar e julgar, por causa do risco da tirania (COUCEIRO, 2011, s.p.). Nesse sentido Mota (2000, s.p., *apud* COUCEIRO, 2011, s.p.) afirma que “Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou nobres, ou do Povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar as os crimes ou as demandas dos particulares”.

Montesquieu propôs o sistema bicameral no legislativo, uma câmara de representatividade dos nobres chamada de câmara alta, e uma outra composta por representantes escolhidos do povo, a câmara baixa. Para Montesquieu o poder executivo deveria ser exercido por um rei; um legitimado no comando seria melhor que vários. Quanto ao judiciário, Montesquieu entendo como uma

manifestação da soberania do Estado, e por essa mesma razão não deve ser de titularidade do executivo ou do legislativo. Ele entende que o poder-dever de dizer o direito não poder ser conferido a um grupo permanente de indivíduos, mas devem ser escolhidas pessoas do povo que atuarão naquela função enquanto sua exigência for necessária, os tribunais então seriam temporários (COUCEIRO, 2011,).

Maldonado (s.d., p. 6), entretanto, com relação ao tratamento que Montesquieu dispensa ao poder judiciário comenta que “apesar de Montesquieu ter conferido ao poder de julgar o status de um dos poderes do Estado, inaugurando a tripartição dos poderes nos moldes mais conhecidos atualmente, é nítido o caráter secundário atribuído por ele a esse poder”. Por meio da teoria da tripartição dos poderes Montesquieu busca proteger o indivíduo das arbitrariedades do Estado. É válido notar que, somente após a proposição do Montesquieu, os Estado pouco a pouco foram adotando esse sistema, sendo raríssimo na atualidade um Estado que não é configurado dessa forma (COUCEIRO, 2011,).

Faz-se necessário analisar o impacto dos escritos de Locke e Montesquieu nos Estados Unidos, pois o país passava por um momento de agitação política em finais do século XVIII. A liberdade, e por que não dizer a supremacia, dada ao Poder Legislativo nos escritos de Locke e Montesquieu preocupava demasiadamente os americanos, que num momento de inquietação social temiam uma ditadura do legislativo. Por esse motivo, Madison, Hamilton e Jay engendraram um modelo de separação de poderes que tratasse de mitigar esse destaque do legislativo, e pudesse conferir algum equilíbrio às funções ou poderes do Estado, diferindo do modelo europeu (MALDONADO, s.d.).

É atribuída aos norte-americanos a redenção do Poder Judiciário, pois foram eles que, finalmente, o situaram no mesmo nível de importância das outras duas funções do Estado, trazendo a configuração moderna de Estado. John Marshall, que então desempenhava função de *Chief-Justice* da Suprema Corte estadunidense, por meio de uma decisão no caso *Marbury versus Madison*, em 1803, inaugurou o instituto da revisão judicial, *judicial review*, que, em síntese, dava a competência ao Poder Judiciário de dizer o que é ou não lei; sendo a lei considerada um ato do Poder Legislativo que esteja em conformidade com a Constituição, e por dedução, abriu espaço para rechaçar os atos normativos

contrários à Constituição. Em outras palavras, estaria firmado o poder daquela corte para declarar a inconstitucionalidade de um ato da função legislativa (MALDONADO, s.d.).

Mas, foi na Constituição norte-americana que a doutrina de tripartição dos poderes ganhou status de princípio constitucional. Em 1787 os Estados Unidos da América positivaram em sua constituição a divisão funcional dos poderes do Estado, e delimitaram o papel de cada um deles nos artigos primeiro, segundo e terceiro, para o legislativo, executivo e judiciário, respectivamente “a doutrina da separação dos poderes, como técnica para a limitação do poder, é posta em prática nas Revoluções Liberais Burguesas dos séculos XVII e XVIII em resposta aos abusos e iniquidades (sic) resultantes [...] do Absolutismo” (MALDONADO, s.d., s.p.).

Está entre os princípios sustentadores do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana. O gérmen da dignidade já estava presente na China no século VI a.C., “confucionistas afirmavam que o ser humano já nasce com uma dignidade que lhe é própria, sendo-lhe atribuída por ato da divindade” (FERNANDES, 2015, p. 299). Já na Antiguidade Clássica, a dignidade era vista como reflexo da posição social do indivíduo e seu grau de reconhecimento dentro de uma comunidade; sendo a dignidade questão inconstante nesse período. Durante a Idade Média, Tomás de Aquino também trata da questão sob um viés, obviamente, filosófico-religioso. Contudo, através da corrente iluminista alemã, na pessoa de Kant, é que a dignidade é dessacralizada, corrente pautada na autonomia moral do indivíduo (FERNANDES, 2015).

Para o Direito, porém, a questão da dignidade da pessoa humana ganha envergadura a partir de 1945, no período pós Segunda Guerra Mundial, quando da edição de diversos documentos internacionais que visavam a proteção dos direitos fundamentais, como o Estatuto da Organização das Nações Unidas, de 1945, Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, a Constituição italiana de 1948 e a Lei Fundamental da República Federal Alemã, promulgada em 1949 (FERNANDES, 2015). A respeito da legislação alemã, de acordo com Alexy parafraseado por Fernandes

Na tradição do Direito alemão, isso significou, principalmente, afirmar que todos têm direito a ser tratado como pessoas, sendo

respeitados de modo igual os seus direitos fundamentais (direitos humanos) independentemente de sexo, raça, língua, religião ou opiniões políticas, condições de nascimento, econômicas e sociais. Isso, é claro, vem no sentido de combater a noção nazista de *Untermensch*, (subumano), que afirmava uma desigualdade eugênica em prejuízo dos arianos (ALEXY, 1987, s.p. *apud* FERNANDES, 2015, p. 301).

Durante o regime nazista houve violação de direitos humanos em massa, tendo os alemães causado grande extermínio e infligido à humanidade, de forma geral, danos sentidos até o presente momento. Tendo por base esse prospecto, é possível perceber que a primeira legislação nacional pós-guerra anseia por romper completamente com o passado sombrio. Os italianos atrelaram ao princípio da dignidade um valor econômico-social, deixando um pouco de lado o exemplo alemão que colocava o foco no homem, os italianos associaram o princípio da dignidade ao trabalho como forma de dignificar o homem. Nas palavras de Fernandes (2015, p. 301) “a pessoa assume não apenas um direito, mas também um dever de contribuir para o progresso da sociedade com seu trabalho”. Assim como na Alemanha e na Itália, Portugal e Espanha também fizeram questão de positivar em suas constituições a dignidade da pessoa humana (SILVA, 1998).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consagrou em seu texto no artigo 1º, inciso III o princípio da dignidade da pessoa humana. Este seria um meta-princípio, que é base para valores e vetores de interpretação para outros princípios. Nesse sentido, Júnior (2000, p. 247) afirma que “a consagração constitucional da dignidade da pessoa humana resulta na obrigação do Estado em garantir à pessoa humana um patamar mínimo de recursos, capaz de prover-lhe a subsistência”.

## **2.2 A FIGURA DO ESTADO OBJETIVO COMO GARANTIA DO CIDADÃO**

O Estado Democrático de Direito, também é chamado de Estado Constitucional, pois entende-se que a limitação da atuação do Estado e dos governantes não se dá apenas em respeito ao Direito, mas por sua total submissão à Constituição (FERNANDES, 2015). A esse respeito Moraes (2012,

p. 6) ensina que “o Estado Constitucional, portanto, é mais do que o Estado de Direito, é também o Estado Democrático, introduzido no constitucionalismo como garantia de legitimação e limitação do poder”. É com base nesse fundamento que todo o Estado Democrático está pautado, no caso do Brasil ainda se consegue perceber como um princípio democrático, que antecede até mesmo os fundamentos citados no próprio texto constitucional, revelando a grandeza e a importância de viver sob a égide de um Estado Democrático de Direito, como exposto no artigo 1º da Constituição: “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 [...]” (BRASIL, 1988).

É o princípio democrático que oportuniza “eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais” (MORAES, 2012, p. 20). Por viver num país onde a democracia é elemento basilar pode-se compreender a importância que o princípio da supremacia do interesse público tem. Por meio desse princípio, depreende-se que é dever do Estado se preocupar com o bem-estar social acima de tudo. Assim, percebe-se em sua atuação o Estado se vê diante de um cenário no qual há de um lado o interesse coletivo e do outro os interesses de um indivíduo ou grupo de indivíduos. Para que se atinja o bem coletivo nessas situações o interesse desses poucos às vezes precisa ser relativizado e colocado em segundo plano em relação ao interesse maior da coletividade, mas tudo isso com total transparência e ética. Nesse diapasão Macedo (s.d., s.p.) aponta que “as pessoas administrativas não podendo ter, disponibilidade sobre os interesses públicos confiados à sua guarda e realização”.

No tocante à atuação do Estado e à proteção dos direitos os princípios encontram papel de destaque. A respeito da utilização dos princípios Cunha (2015, p. 67 *apud* ASSUNÇÃO, 2016, s.p.) afirma que “havendo embate entre leis, somente uma delas prevalecerá, afastando-se as demais. Não será essa a solução, todavia, para o enfrentamento entre princípios”. Sim, a centralidade dos princípios é de tal monta que em havendo aplicabilidade de mais de um, utiliza-se da proporcionalidade no caso concreto, que através da ponderação de valores aplica cada princípio à medida que é compatível e necessário à situação de fato.

Dentre os princípios mais caros ao Direito Penal está o princípio da legalidade, a respeito do qual Nucci ensina

O princípio da legalidade advém da Magna Carta (ano de 1215), com a finalidade de coibir os abusos do soberano. Estabelece somente constituir delito a conduta consagrada pela lei da terra (*by the law of the land*), vale dizer, os costumes, tão importantes para o direito consuetudinário. Com o passar do tempo a expressão transmudou-se para o devido processo legal (*due process of law*), porém seu significado não se alterou. Aliás, ampliou-se para abranger, além da vedação de punição sem prévia lei, outros princípios fundamentais, como a presunção de inocência, ampla defesa, o contraditório, dentre outros preceitos, enfim, sem os quais a justiça não atingiria seu status de dignidade e imparcialidade. (NUCCI, 2012, p. 23 *apud* ASSUNÇÃO, 2016, s.p.).

Percebe-se que o princípio da legalidade traz consigo diversos outros também aplicáveis principalmente com respeito ao Direito Penal. Ele pode ser entendido como um macro princípio ou um dos princípios fundamentais na regulação da atuação do Estado, e dele decorre a presunção de inocência, ampla defesa, contraditório, como elencado pelo autor supracitado. Sua origem advém de séculos atrás, época das primeiras conquistas no que se refere à limitação estatal do poder de intervir na vida privada. Assunção (2016, s.p.) elenca alguns outros documentos importantes que afirmaram a centralidade do princípio da legalidade, quais sejam o “Convênio para a proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais de 1950; Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 e o Estatuto de Roma que instituiu o Tribunal Penal Internacional em 1998”.

No ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da legalidade foi consagrado primeiro no Código Penal e, posteriormente, na Constituição da República. O texto do Código Penal, com redação dada pela Lei nº 7.209 de 11.07.1984, comunica, no artigo 1º, que “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal” (BRASIL, 1940). O inciso II do artigo 5º da Constituição da República preceitua que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (BRASIL, 1988); por fim, o inciso XXXIX do artigo 5º da Constituição traz a mesma redação do artigo 2º do Código Penal.

Ter a confirmação do princípio da legalidade nesses dois diplomas legais é importantíssimo para manutenção do Estado, sem sombra de dúvida, pois confere uma garantia ao cidadão de que a atuação do Estado se dará com base na lei; conforme preceitua Rangel (2012, s.p.) “a concepção de legalidade desenvolveu-se como objetivo primário, servir como ponto efetivo a limitar a intervenção arbitrária e desmedida do ente estatal, bem como seu poder punitivo”. Mas, para além disso, a conceituação do princípio da legalidade na doutrina é profunda, visto ser este um princípio do qual decorrem outros dois, principalmente se lançarmos um olhar atento ao trecho citado do Código Penal, percebe-se que do princípio da legalidade nasce o princípio da reserva legal e o princípio da anterioridade da lei. Nesse rumo, Assunção (2016, s.p.) aduz que “só pode-se falar em legalidade com o acúmulo desses dois fatores, se um deles for desrespeitado teremos uma afronta a tal princípio [o da legalidade]”.

Expandido a percepção além do desdobramento do princípio da legalidade em anterioridade da lei e reserva legal, a doutrina ainda trata, como ramificações do princípio em questão, princípio da exigibilidade da lei escrita, princípio da proibição da analogia *in malam partem* e o princípio da taxatividade, cada um deles muito conhecido por seu brocardo em latim (ASSUNÇÃO, 2016; CORRÊA, 2011; RANGEL, 2012; SILVA, 2013; SILVA, CASAGRANDE, 2010).

O princípio da anterioridade da lei ou da exigência da lei anterior, advindo da expressão *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*, garante que lei posterior não pode agravar crime cometido anteriormente à sua vigência. Isto é, a lei instituidora de crime e/ou pena tem de ser anterior à prática do fato que se deseja ver punido. De semelhante forma, um cidadão só pode ser condenado pelo Estado se sua conduta está exaurida num tipo penal, sendo os limites da pena aqueles fixados na legislação penal (RANGEL, 2012). Corroborando o entendimento Assunção (2016, s.p.) aponta que “importante perceber que se a pena supõe um fato que afronte à lei, o dano causado antes de existir a lei que não o proíbe não é em sua essência uma pena, e sim uma hostilidade, uma vez que antes de existir a lei, não se pode falar em transgressão a mesma”.

Há o princípio da exigibilidade da lei escrita ou o *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*. Esse princípio vem falar da imprescindibilidade da norma escrita; isto é, para formulação de normas penais e suas sanções é visceral que a lei seja escrita, e ainda, segundo lição de Lopes (1994, p. 107 *apud* RANGEL,

2012, s.p.) “submetida aos rígidos processos de formulação legislativa constitucionalmente estabelecidos, com observância de todos os ritos e fórmulas para a validade formal da lei”. Como consequência desse princípio tem-se a impossibilidade de utilização dos costumes e tradições (direito consuetudinário) como respaldo para agravar a pena, ou mesmo fundamentá-la. Todavia, a ressalva a ser feita é com relação ao direito consuetudinário é com relação a sua utilização em prejuízo do réu, posto que, se em benefício deste, sua subsunção é bem-vinda, como indica Rangel (2012, s.p.) “para o benefício do réu, a invocação do costume é devida e amplamente aceita pelo Estatuto Repressor Penal”.

O princípio da proibição da analogia *in malam partem*, ou *nullum crimen nulla poena sine lege stricta*, trata da não utilização da analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas, e também decorre do princípio da legalidade. Sabe-se que a analogia é um processo interpretativo por meio do busca-se preencher uma lacuna na lei que age, nas palavras de Silva (2013, s.p.) “a partir de argumento de semelhança”. Porém, extrai-se desse princípio que, “só a lei pode tipificar o conteúdo da ação digna de uma pena e suas consequências jurídicas” (SILVA, 2013, s.p.), não cabe, nem mesmo ao julgador evocar tal função para si, e com fundamento em analogias decidir. Também chamado de princípio da lei em sentido estrito, *lex stricta*, assim como o princípio da exigibilidade da lei escrita no qual os costumes podem ser utilizados em benefício do réu, a analogia também pode ser utilizada *in bonam partem* (RANGEL, 2012).

O princípio da taxatividade, extraído da máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege certa* combate a existência de leis penais indeterminadas, enfatizando que os tipos penais devem ser precisos, evitando-se conceitos vagos e imprecisos (SILVA; CASAGRANDE, 2010). Silva (2013, s.p.) faz consideração a respeito do princípio da taxatividade ao afirmar que “a definição do preceito e da sanção, contidos na lei penal, deve ser precisa, a fim de limitar o arbítrio do *jus puniendi* do Estado”. O intento desse princípio é deixar pouca ou nenhuma dúvida para evitar arbítrio do juiz, por isso preza tanto para que o legislador utilize linguagem e signos claros na redação do texto de lei.

Para entender de forma mais completa o princípio da reserva legal é necessário primeiro tratar sobre a legalidade em sentido formal e material. A

legalidade formal se traduz pela obediência ao devido processo legislativo. Considera-se uma lei vigente aquela que passou por todo o trâmite e foi sancionada e publicada; aquela que, portanto, seguiu todas as formalidades do processo legislativo. De outra monta, para que uma lei seja materialmente aceita ela deve estar em conformidade com a Constituição da República e o ordenamento jurídico de forma ampla. Legalidade material de uma lei se consubstancia através do respeito aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo; sendo a legalidade material quesito relacionado a validade da lei, enquanto a legalidade formal guarda relação com a vigência da lei (ASSUNÇÃO, 2016). Como leciona Cunha

Segundo o princípio da reserva legal, a infração penal somente pode ser criada por lei em sentido estrito, ou seja, lei complementar ou ordinária, aprovadas e sancionadas de acordo com o processo legislativo respectivo, previsto na CF/88 e nos regimes internos da Câmara dos Deputados e Senado Federal (CUNHA, 2015, p. 83 *apud* ASSUNÇÃO, 2016, s.p.).

Apesar da maioria da doutrina encarar o princípio da legalidade e o da reserva legal como sinônimos e não fazer distinção clara entre eles, o princípio da legalidade diz respeito às leis em sentido amplo, ao passo que o princípio da reserva de lei trata de leis em sentido estrito, afirmando esse último que a infração penal só pode ser criada por lei complementar ou ordinária. O princípio da legalidade pode ser traduzido como submissão e respeito à lei, ou mera atuação do Estado dentro do que foi estabelecido pelo legislador. Doutra sorte, por intermédio da reserva legal, a Constituição Federal evoca o poder de exigir conteúdo específico; ela regulamenta determinadas matérias em um formato específico, lei formal, o que impede, por exemplo, que os estados-membros ou municípios criem leis penais (BELO, 2008).

O Código Penal não fornece um conceito do que é crime, preocupando-se, apenas, em fazer sua distinção em relação às contravenções penais. Todavia, pautado por um conceito analítico do crime, adota-se a teoria tripartite, para a qual o crime seria um fato típico, ilícito e culpável. Para que haja segurança jurídica a pena tem de ser estabelecida com base em critérios objetivos. Dentro do elemento fato típico encontram-se as subespécies: conduta,

resultado, nexa causal e tipicidade. Fala-se, então, em tipicidade penal, conceito que promete encerrar os critérios objetivos da pena, como *nomem juris*, preceito primário e secundário, e permite a identificação e classificação de um delito. Conforme Nucci (2013, p. 303 *apud* FREITAS JUNIOR, s.d., p. 24-25) “é a justaposição do fato ao tipo penal. Havendo um evento lesivo, busca-se um modelo para promover a sua adequação auferindo êxito, tem-se a tipicidade”.

Nos tipos penais incriminadores ou normas penais incriminadoras há uma estrutura subdividida em *nomem juris* ou título, por meio do qual o legislador dá um nome à conduta tratada na lei penal. O exemplo clássico da doutrina é: a conduta “matar alguém” recebe o nome de homicídio simples. O segundo elemento da tipicidade é o preceito primário, que tem a função de descrever as condutas proibidas ou permitidas na lei penal. Mais uma vez, o “matar alguém” é o preceito primário do crime de homicídio simples. Por fim, o preceito secundário da norma é a parte que contempla a sanção, a pena para quem incorrer no preceito primário do crime ali descrito (FREITAS JUNIOR, s.d.).

Sem dúvida cada um dos aspectos do conceito tripartido de crime é de grande importância. No entanto, avançando para questões de maior importância no momento, compete dizer que a fixação da pena deve ocorrer com base em critérios objetivos; e por fixação refere-se ao momento da dosimetria da pena. Na primeira fase abordam-se as circunstâncias judiciais, em consonância com o artigo 59 do Código Penal e há a fixação da pena-base. Já na segunda fase, são analisadas possíveis agravantes, artigos 61 e 62, ambos do Código Penal, e as atenuantes, dos artigos 65 e 66, todos do mesmo código, e é fixada a pena provisória. Enfim, na terceira fase há fixação da pena definitiva após averiguadas causas de aumento e diminuição de pena, e as circunstâncias legais específicas; aqui podem ser consideradas majorantes e atenuantes específicas que não foram utilizadas para qualificar o crime (SOARES, 2006).

Após todo esse processo que parece árduo é que se alcança a pena definitiva. Durante todo o processo de dosimetria da pena, que, nem de longe foi detalhado em toda sua extensão nessas poucas linhas, fica demonstrado preocupação do legislador criminal em estabelecer uma ordem das coisas, que se baliza a atuação do magistrado no momento do cálculo da pena e, de semelhante forma, trouxesse a certeza ao acusado de que sua pena seria mensurada conforme um sistema muito bem estruturado.

Todo o sistema penal brasileiro foi sendo lapidado ao longo dos anos para proporcionar ao condenado o mínimo de dignidade, tanto durante o processo quanto no decorrer do cumprimento da pena, embora, na atual situação carcerária de nosso país isso seja uma contradição em termos. Talvez, pela situação desumana e degradante que muitos apenados ainda estão sujeitos é que sempre se deve rememorar um princípio há muito defendido: o da vedação das penas cruéis e de tortura. Como consequência do princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito, o artigo 5º da Constituição Federal, em seu inciso XLVII, prevê “não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis”.

Como bem lembra Ormelesi (s.d., s.p.), “Beccaria foi a primeira voz a se levantar contra as injustiças e os abusos ocorridos nos julgamentos e nas execuções, protestando contra a crueldade das penas”. De fato, após a época de Beccaria e das primeiras revoluções, e para além, no período das primeiras constituições do Estados as penas cruéis foram paulatinamente abandonadas. No entanto, frente as experiências traumáticas no século XX, a importância de ter dispositivos que coíbam a prática dessas penas em nossa Lei Maior, é unicamente para reafirmar que se vive em um Estado Democrático de Direito, e que o retorno a esses meios primitivos de punição não é, em nada, compatível com o período atual e, para além disso, não é compatível com a evolução jurídico-social que se espera.

### **2.3 O MONOPÓLIO DA JURISDIÇÃO E DO PODER PUNITIVO DO ESTADO NO CONTEXTO JURÍDICO NACIONAL**

Durante o período no qual o Brasil foi colônia de Portugal, vigiam aqui as mesmas leis que na metrópole, os seja, as Ordenações do Reino. As ordenações eram compêndios de lei divididas em livros ou tomos, cada volume geralmente destinado a uma matéria específica. As ordenações do reino geralmente eram apelidadas após o monarca que as promulgava, assim, estiveram em vigor no período do Brasil colonial as Ordenações Afonsinas, as Manoelinas e as Filipinas. As ordenações Afonsinas foram promulgadas em 1446 (PASCHOAL;

ALVES JÚNIOR, 2016). As Ordenações Manoelinas foram publicadas em 1514, e passaram por uma revisão definitiva em 1521. Por fim, as Ordenações Filipinas foram promulgadas em 1603 (COSTA, et al, 2011, p. 2091). Com o Livro V das Ordenações Filipinas surgiu o Código Penal, tendo por características penas cruéis e degradantes, que desempenhavam muitíssimo bem a tarefa de disseminar o temor do castigo (ALVES; ALVES, 2015).

Era notória a influência da religião nesse código, de tal sorte que Costa (et al, 2011, p. 2194) indica que “o código legislativo deixa claro que todo poder emana do rei, cujo poder provém de Deus e é considerado a cabeça de um corpo”. As ordenações fazem questão de afirmar a divindade do poder do monarca, e porque não dizer do próprio rei; assim sendo, o caráter divino do rei servia para legitimar sua atuação, inclusive na esfera penal. Além disso, o crime em si era considerado um pecado, devendo ser expurgado da sociedade. Nesse mesmo sentido, Alves e Alves (2015, s.p.), ainda sobre as características da pena afirmam que “As penas eram desproporcionais as faltas cometidas, não sendo fixadas antecipadamente. Eram aplicadas de forma desigual e com extrema perversidade”. A respeito das penas, especificamente no período de vigor das ordenações, Batista Pereira afirma

[...] eram espelho onde se refletiva, com inteira fidelidade, a dureza das codificações contemporâneas, era misto de despotismo e de beatice, uma legislação híbrida e feroz, inspiradas em falsas ideias religiosas e políticas, que invadindo as fronteiras da jurisdição divina, confundia o crime com o pecado, absorvia o indivíduo no Estado fazendo dele um instrumento. Na previsão de conter o mau pelo terror, a lei não media a pena pela gravidade da culpa; na graduação do castigo, obedecia, só, o critério da utilidade (BATISTA PEREIRA, s.d., s.p. *apud* VILELA, 2017, p. 768).

Esse foi o prospecto do Direito Penal durante o tempo em que o Brasil foi colônia de Portugal. Contudo, o que mais impressiona é a incompatibilidade das Ordenações, principalmente as Afonsinas, que durante por período maior, com a realidade da colônia. Ao menos 40 tipos penais previstos no Livro V eram punidos com pena de degredo para a colônia americana, o Brasil. Ora, como aplicar no Brasil esses tipos penais cuja pena era a expulsão para o lugar no qual os apenados já se encontravam? Totalmente incongruente. Ademais, a

pena de degredo em uma escala de gravidade só estava abaixo da pena capital, deixando clara a sua importância para o sistema penal da época (VILELA, 2017).

Após a proclamação da Independência, a Constituição do Império de 1824, previa a feitura de legislação penal e, assim, em dezembro de 1830, D. Pedro I sancionou o Código Criminal do Império. Esse foi o primeiro Código Penal autônomo da América Latina; sofreu influências do Código Penal francês de 1810 e do Código Napoleônico, de 1819, sendo perceptível alguns princípios liberais e utilitaristas. Contudo as críticas da doutrina são severas a este código. Ele apenas previa pena para as condutas dolosas, deixando de lado as culposas, ainda, a pena de morte persistia, aplicada somente para os escravos, pena de galés, acoites e degredo. O código de 1830 também previa que as condenações penais não prescreviam (VILELA, 2017). D'Oliveira (2014, p. 35) explica que o Código de 1830 teve “influência da Escola Clássica, pois esta fixava aos princípios do livre arbítrio e da moral, fato este afirmado que não existe criminoso sem a litigância de má fé, ou seja sem o conhecimento do mal e nem a intenção de não praticá-lo”.

A pena de morte foi tacitamente revogada por D. Pedro II, em 1859, após um episódio em que um fazendeiro, Motta Coqueiro, foi erroneamente condenado à forca. Como o Imperador entendia que o condenado tinha o direito de clemência, ele passou à distribuí-la a todos os condenados à pena capital. Em 1890, foi promulgado o Código Penal da República, organizado por João Batista em um período de apenas três meses; motivo pelo qual sofreu muitas críticas (D'OLIVEIRA, 2014). Esse novo código afastou de vez por todas a possibilidade de pena de morte, assim como a de galés e a de banimento judicial. As sanções previstas no código de 1890 foram a de prisão, banimento (um tipo de privação temporária, não definitiva e, por isso, diversa da citada anteriormente), interdição (consistia na suspensão temporária de direitos políticos) e, por fim, suspensão e perda de emprego público e multa (ALVES; ALVES, 2015).

O desembargador Vicente Piragibe foi designado para consolidar as leis extravagantes em âmbito penal e, assim, a partir de 14 de dezembro de 1932 passou a vigorar o Decreto nº 22.213, a chamada Consolidação das Leis Penais de Piragibe, que vigorou até 1940. Apesar de ser composta por quatro livros e quatrocentos e dez artigos, a Consolidação de Piragibe se apresentava

um tanto quanto precária ao Estatuto Penal Brasileiro, tendo sido substituída pelo Código Penal atualmente em vigor, que, apesar de ter sido promulgado em 1940, passou a vigorar somente em 1º de Janeiro de 1942, juntamente com o novo Código de Processo Penal. Estavam envolvidos no Código Penal de 1940 Alcântara Machado, como autor do projeto, e revisão de Nelson Hungria, Roberto Lira, Marcelio de Queiroz e Vieira Braga (ALVES; ALVES, 2015).

Quanto ao conteúdo, foi considerada uma legislação bem eclética, não sendo vinculada necessariamente a nenhuma corrente doutrinária, unia bem os postulados das Escolas Clássicas e Positivas, sabendo mesclar o de melhor nas legislações modernas e de cunho liberal, merecendo destaque a influência dos códigos italianos e suíço. Em 1963, Nelson Hungria foi incumbido de fazer uma reforma no Código Penal, contudo, após diversas sugestões, modificações e ajustes a versão final foi revogada pela Lei nº 6.5778 de 11 de outubro de 1978. Contudo, em 1980, foi a vez do professor Francisco de Assis Toledo de buscar proceder a reforma do Código em vigor. Após sugestões, “teve sua aprovação e foi promulgada a Lei nº 7.209 de 11 de Julho de 1984, que teve a alteração substancial a parte geral, adotando o sistema vigente (pena ou medida de segurança)” (ALVES; ALVES, 2015, s.p.).

Outro importante diploma na seara penal foi a nova lei de execução Penal, Lei nº 7.210 de 11 de Julho de 1984, promulgada a partir da nova Parte Geral. Conforme apontam Alves e Alves (2015, s.p.) “sendo uma lei específica para regular a execução das penas e das medidas de segurança, o que era uma suplica geral, tanto que se fala da criação de um novo ramo jurídico, o Direito de execução Penal”. De fato, por meio da leitura da Lei percebe-se que está envolta em todo um aparato técnico e constitui um sistema jurídico próprio.

No estudo da Ciência Penal, é imperioso que se compreenda qual ou quais as funções da pena, afinal esse é um dos temas centrais desse ramo do Direito. Nos últimos séculos passou a haver maior preocupação com a função da pena, movimento capitaneado pelo por Beccaria que passou a empregar uma visão mais humanitária nesse ramo do conhecimento jurídico. Em tal contexto, surgiram diversas teorias que trataram das funções da pena, todavia, antes que se passe ao efetivo estudo de cada uma das teorias, é de extrema valia a consideração feita por Carvalho Neto

Sendo as finalidades das penas aplicadas de acordo com cada ordenamento jurídico, verifica-se que não se trata de sucessão temporal ou evolutiva de conceitos, mas sim de prerrogativas de cada estado, na medida em que avocou para si o direito de punir (CARVALHO NETO, 2008, p. 32-33 *apud* LIBERATTI, s.d., s.p.).

Assim sendo, a Teoria Retributiva ou Absoluta “considera que a pena se esgota na idéia (sic) de pura retribuição, tem como fim a reação punitiva, ou seja, responde ao mal constitutivo do delito com outro mal que se impõe ao autor do delito” (NERY, 2012, s.p.). Para essa teoria, o ato injusto cometido deve ser culpável com outro mal, a pena; a ideia é de retribuição mesmo, paga-se um mal com outro. Como ensina Capez (2003, p. 323 *apud* LIBERATTI, s.d., s.p.) “a Teoria Absoluta funda-se na exigência da justiça, a pena é a consequência do delito, é a retribuição do mal injusto pelo mal justo”. Embora os adeptos dessa teoria agem sob o pretexto de que deve existir justiça, o seu objetivo não é de fato fazer justiça, mas a mera retribuição do malvisto que, para eles, a pena sempre deve ser impingida, nas palavras de Corsi (2016, s.p.) “deixar de executar uma sentença condenatória representaria uma renúncia ao direito e à Justiça”. Corsi destaca as ideias de dois grandes defensores da teoria retributiva

Cumprido ressaltar que, dentre as teorias absolutas, os posicionamentos de Kant e Hegel merecem destaque especial. De forma lacônica, Kant imaginava que a pena era punição meramente moral. Para ele “*o mal imerecido que tu fazes a outrem, tu fazes a ti mesmo*”, ou seja, a sanção penal era punição que deveria ser dada ao agente para que ele se libertasse do mal que fez à sociedade. Para Hegel, a pena representa a afirmação do direito. O crime é uma violação do direito, a pena, por sua vez, uma violência que anula a violência, servindo, unicamente, para reprimir a violação do direito (CORSI, 2016, s.p.).

Já as teorias preventivas ou relativas da pena têm por escopo evitar que futuramente se cometam delitos, desencorajar novos infratores. Nesse sentido entende-se que a pena tem um caráter utilitário, ela serve a um propósito. Porém, a grande crítica dos adeptos da teoria retribucionista é: ao fazer da sanção penal um exemplo para outros, acaba-se utilizando o homem como um objeto nessa relação, ferindo pressupostos como o da dignidade; como explica Kant (s.d., s.p., *apud* NERY, 2012, s.p.) “O homem não pode nunca ser utilizado meramente

como meio para os propósitos de outro e ser confundido com os objetos do direito das coisas, contra o que o protege a sua personalidade inata."

A teoria preventiva se desdobra em preventiva geral e especial. A teoria preventiva geral diz respeito à coletividade de pessoas, à sociedade, e a maneira como a pena se apresenta, ou seja, o papel da pena na sociedade, e quanto a isso há dois cenários distintos. O primeiro deles é a concepção estrita ou negativa da prevenção geral, por meio da qual acredita-se que a imposição da pena gera na coletividade uma sensação de ameaça, de mal possível, e esse sentimento, então, intimidaria possíveis delinquentes. Doutra sorte, existe a concepção ampla ou positiva da prevenção geral, que é a certeza de que a pena será aplicada, o que fortalece a consciência jurídica no cidadão, e sua confiança no Direito (NERY, 2012).

Diferente da teoria da prevenção geral que se dirige à coletividade, a prevenção especial tem seus olhos fitos no cidadão especificamente considerado, no indivíduo infrator. Para essa corrente, o fim da pena é desencorajar o infrator a incorrer em novos delitos, isto é, desestimular a reincidência. Von Liszt, adepto dessa vertente afirmava que o objetivo da pena é a ressocialização social (CORSI, 2016, s.p.).

Como um terceiro patamar de teorias a respeito da finalidade da pena, se tem a teoria mista ou teoria dialética unificadora. Sua proposta é buscar unir em um só conceito os fins da pena, trabalhando as duas teorias anteriores, absoluta e relativa, "porque qualquer uma destas, atuando em sentido próprio, são insuficientes para atingir e solucionar os problemas sociais, garantindo a proteção e os direitos dos cidadãos" (MORAES, 2013, s.p.). Elaborada por Claus Roxin, "esta teoria junta ideias das opiniões anteriores, todavia, não é uma mera soma. Roxin vê finalidades na pena, devendo cada momento referente à pena (cominação, aplicação e execução) ser analisado com suas particularidades (CORSI, 2016, s.p.). Nas palavras de Roxin

[...] No Estado moderno, junto a esta proteção de bens jurídicos previamente dados, surge a necessidade de assegurar, se necessário, através dos meios do direito penal, o cumprimento das prestações de caráter público de que depende o indivíduo no quadro da assistência social por parte do Estado. Com dupla função, o direito penal realiza uma das mais importantes das numerosas tarefas do Estado, na medida em que apenas a

proteção dos bens jurídicos constitutivos da sociedade e a garantia das proteções públicas necessárias para assistência possibilitam ao cidadão o livre desenvolvimento da sua personalidade, que a nossa Constituição considera como pressuposto de uma condição digna (ROXIN, s.d., s.p., *apud* CORSI, 2016, s.p.).

É valioso salientar que as teorias unitárias casaram bem com a proposta da nova ordem constitucional, pois consideram que a pena só é considerada legítima se for justa e útil em uma exata medida. Desta feita, essa relação entre justiça e utilidade se torna muito importante, visto que, uma pena pode ser justa, mas ilegítima se desnecessária, inútil; e o contrário também se observa. Sendo assim, no Estado Democrático de Direito, a pena deve operar como um limitador, isto é, o fato delituoso deve ser usado como parâmetro limitador da pena, posto que ela precisa ser proporcional à extensão do injusto mal e o grau de culpabilidade do agente.

A pena teria a função retributiva, preventiva especial negativa e positiva, e preventiva geral negativa e positiva. Em seu aspecto retributivo a pena compensaria o agente pelo injusto praticado. No viés preventivo especial positivo, serviria para corrigir o infrator, de forma pedagógica, a não mais delinquir. A função preventiva especial negativa seria de neutralizar o agente guardando-o, assegurando a paz social. Neste sentido, quanto a função preventiva geral positiva da pena seria a confiança da sociedade no sistema jurídico; e, por fim, a geral negativa seria de desestimular a prática de novos crimes (CAMPOS, 2011).

Das teorias unitárias surge o Garantismo Penal, uma teoria normativa do direito que prega o respeito a estrita legalidade, conceito fundante do Estado Democrático de Direito, e impõe limites ao *ius puniendi* do Estado. O Garantismo seria o ponto de equilíbrio entre o abolicionismo penal e o Estado Máximo em todo o seu poder. O Garantismo prega o equilíbrio na aplicação da pena, volvendo sua aplicação para as práticas delituosas mais graves, e dispensando a punição estatal nos casos de infrações de menor potencial ofensivo, tendo por norte sempre os princípios constitucionais e o devido processo legal.

Sem embargos, tendo Roxin como um de seus expoentes, defende-se que o Direito Penal deve abarcar três momentos: a ameaça, a imposição e a execução da pena. A ameaça está relacionada à pena em abstrato; a imposição,

à pena em concreto; e, por fim, a execução, ao cumprimento da pena. É forte em Roxin o entendimento que o Direito Penal tem função subsidiária no contexto social, ou seja, ele só deve agir quando há a necessidade. Por isso, quando o bem jurídico lesionado é de pequena monta ou não tem grande relevância no contexto social, basta a intervenção de outra esfera do Direito; reafirmando o princípio da ofensividade (CAMPOS, 2011). De forma derradeira Campos complementa dizendo

A pena deve ser ajustada a medida de culpabilidade do agente, e, no momento de execução, a pena cumpre seu dever de ressocialização, reintegrando o preso a coletividade. É importante notar que, neste âmbito, em razão dos princípios constitucionais, o tratamento dado ao preso deve ser digno, e não subumano, preservando a estrutura da personalidade do infrator da lei (CAMPOS, 2011, s.p.).

Dessa forma, entende-se que a pena deve cumprir papéis bem específicos e somente ser imposta quando houver, de fato, necessidade. Além disso, a pena precisa estar atrelada ao fato criminoso e a culpabilidade do agente, jamais deixando de lado sua função ressocializadora. Em todo esse fazer direito, o emprego dos princípios constitucionais é indispensável para a justa aplicação da pena, posto que todo esse arcabouço principiológico é a base do Direito Penal atual, e todo o ordenamento jurídico.

### 3 DIREITO PENAL MÍNIMO: O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Para De Plácido e Silva (1993, p. 447 *apud* PRETEL, 2009, s.p.), “princípios jurídicos, sem dúvida, significam os pontos básicos, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio direito”. No entanto, a concepção científica do termo tem várias conotações e desdobramento a depender de qual corrente de pensamento se adota no momento de valorar os princípios. Assim, não é demasiado difícil compreender que o próprio conceito de princípio está atrelado a alguma corrente teórica do Direito.

A discussão acerca dos princípios, sobretudo os constitucionais, esbarra, inegavelmente, na hermenêutica constitucional. De forma que é vital que se estabeleça qual linha de interpretação da constituição será seguida ao se trabalhar os princípios constitucionais. Nesse cenário há duas grandes teorias que dividem opiniões e adeptos. A primeira delas é a axiológica, desenvolvida por Robert Alexy, defendida majoritariamente pela teoria constitucional alemã. Em segundo, encontra-se a deontologia, que se desenvolveu no constitucionalismo americano (ALMEIDA, 2008).

A axiologia é o estudo dos valores, sua natureza, estrutura, características, teorias e conhecimento; ela também é chamada de Teoria dos Valores (PEDRO, 2014). No conceito adotado por Alexy, princípios e valores seriam essencialmente equivalentes, os dois expressariam critérios a serem aplicados em uma situação em concreto. No entender de Alexy, outro fator que aproximava os princípios dos valores é a possibilidade de colisão e ponderação nos dois cenários; há momentos em que se deve agir com proporcionalidade, pois a aplicação integral de um princípio ou valor não é permitida no caso concreto. Por fim, ao tentar trazer uma diferenciação entre princípios e valores Alexy falha, pois acaba aplicando o mesmo sistema para os dois conceitos, no entender de Almeida (2008, p. 499) “todo o esforço de Alexy para diferenciar valor e princípio se esvai, uma vez que, ao aplicar a mesma estrutura para valores e princípios, ambos se tornam indiferenciados, inclusive, naquilo que deveria diferenciá-los”.

Mas, afinal, o que são princípios? São normas, valores, regras? Para Ritt (s.d., p. 3), embasada nos escritos de Luño, Sanchis e García de Enterría,

definem que “norma é gênero do qual os princípios, as regras e os valores são espécies”. Corroborando esse entendimento, Pretel (2009, s.p.) diz que “o princípio, inicialmente, deve ser considerado como uma espécie de norma jurídica, dotada de dimensão ética e política, entendida como um valor fundante do ordenamento jurídico”. Inobstante o vocábulo “princípio” denotar a ideia de algo que já estava desde o começo, os princípios, no Direito, galgaram o status que hoje possuem com o passar dos séculos. Borges (2010) afirma que atualmente é unanimidade na doutrina o entendimento de que os princípios têm o status de norma de Direito, e conferem a eles positividade, vinculatividade, eficácia positiva e negativa.

Em que pese a opinião de Alexy a respeito dos princípios, ele os considera como normas, a doutrina os classifica das mais variadas formas, utilizando para tanto critérios como abstração, hierarquia, fundamentalidade, generalidade. Como indicado anteriormente, na teoria de Alexy os princípios são mandatos de otimização, valendo dizer que eles podem ou não ser tomados por mandamentos nucleares de um sistema jurídico. Assim, existiriam regras que regem os direitos fundamentais, e nesse contexto, existem princípios que se encontram fora desse quadro de direitos fundamentais (BORGES, 2010).

No constitucionalismo norte-americano o nome de Ronald Dworkin destaca-se no tratamento de princípios e regras, inclusive, o próprio Alexy afirma que o trabalho de Dworkin serviu de base para sua teoria dos direitos fundamentais, embora haja diferença entre os escritos dos dois. Apesar de ambos os autores definirem princípios como mandatos de otimização, Alexy critica o autor americano por adotar, em sua concepção, “um modelo demasiadamente simples ao sustentar que todos os princípios possuem um mesmo caráter *prima facie*, e que todas as regras possuem um mesmo caráter definitivo” (BORGES, 2010).

Entretanto, toda essa discussão sobre as diferentes concepções de princípios e regras só se justifica porque essas teorias dividem a hermenêutica constitucional e definem como será solucionado um conflito entre princípios e regras. Alexy, por exemplo, vislumbra que, no conflito de regras, a solução seria plantar em uma das regras uma cláusula de exceção, a qual elimina o conflito ou afasta uma das regras, declarando-a inválida, naquela situação apenas. Assim, é importante compreender que a regra pode ou não ser aplicada a um caso, mas

quando ela incide é sua completude, de forma integral. Por outro lado, os princípios, justamente por serem meros mandatos de otimização, podem ser dosados a depender da situação, jurídica e do caso real (BORGES, 2010).

Os princípios, antes da chegada dos códigos, não passavam de fonte secundária de interpretação, com a positivação em regras por eles informadas os princípios deram um verdadeiro salto qualitativo e acabaram aportando nas Constituições, aumentando, significativamente, a importância e o prestígio (BONAVIDES, 2006, p. 259 *apud* LEITE; FREITAS, 2016, p. 137).

Como apontado no excerto acima, o fato dos os princípios passarem a ser positivados nas leis e constituições fez com que fossem sagrados como regras, aumentando, sobremaneira, sua importância e relevância no ordenamento jurídico. O primeiro diploma legal a recomendar o emprego dos princípios gerais do direito, doravante chamados por princípios do direito natural, foi o Código Civil austríaco de 1810. Todavia, nesse período ainda se tinha o primado da lei (LEITE; FREITAS, 2016).

Erguem-se os questionamentos: afinal, que lugar os princípios ocupam no ordenamento jurídico? Qual sua finalidade? Para Esser (*apud* LEITE; FREITAS, 2016, p. 140) “o princípio atua normativamente, é parte jurídica e dogmática do sistema de normas, é ponto de partida que se abre ao desdobramento judicial de um problema”. Bonavides (2006, p. 271 *apud* LEITE; FREITAS, 2016, p. 140) ensina que “a juridicidade dos princípios passa por três distintas fases: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista”. Cada uma dessas fases faz alusão a um período do estudo do Direito, sendo o comentário de Leite e Freitas sobre a escrita de Bonavides o que segue

Na fase jusnaturalista os princípios eram tomados como axiomas jurídicos, normas estabelecidas pela reta razão, que tinham como principal meta atingir o conceito de bem. Nesta fase os princípios habitavam uma esfera ainda por inteiro abstrata e sua normatividade, basicamente nula e duvidosa, contrasta com o reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa de ideia que inspira os postulados de justiça. Tal ideia foi combatida pelo segundo momento a fase do positivismo legalista (séc. XIX e XX), com a Escola da Exegese, onde os princípios eram considerados fontes meramente subsidiárias, com a função integradora ou programática supralegais, o que ocasionou um esvaziamento da sua função normativa e provocou a separação

entre o Direito e a moral. Na terceira fase, o pós-positivismo, que corresponde às últimas décadas do século XX, surge a força normativa autônoma e preponderante dos princípios, servindo de pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais, retomando a racionalidade prática no Direito (LEITE; FREITAS, 2016, p. 140).

O relato acima basicamente descreve o dilema que a ciência do Direito enfrentou na diferenciação entre o que era ética, o que era moral e o que era princípio, e a relação entre esses conceitos. Sendo assim, o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (atualmente denominada de Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), transmite bem a forma e o status que os princípios já tinham galgado até o início da década de 1940: “quando a lei for omissa o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito” (BRASIL, 1940).

À primeira vista, a redação do artigo em comento ainda lega aos princípios um papel secundário em toda a estrutura normativa, contudo, após a Segunda Guerra e até o final do século XX, alcançando os dias atuais, houve, sem dúvida, uma supervalorização dos princípios, finalmente abandonando o seu caráter de subsidiariedade para assumirem, ao invés, papel de destaque nos ordenamentos jurídicos, com o mesmo nível de vinculação das regras. De certa forma, pode-se dizer que os princípios sempre existiram, mas seu caráter normativo é bem recente (LEITE; FREITAS, 2016). Nesse sentido, valorosa é a lição de Bonavides

Tudo quanto escrevemos fartamente acerca dos princípios, em busca de sua normatividade, a mais alta de todo o sistema, porquanto quem os decepa arranca as raízes da árvore jurídica, se resume no seguinte: não há distinção entre princípios e normas, os princípios são dotados de normatividade, as normas compreendem regras e princípios, a distinção relevante não é, como nos primórdios da doutrina, entre princípios e normas, mas entre regras e princípios, sendo as normas gênero, e as regras e os princípios a espécie.(...) e complementa: a essa altura, os princípios medem normativamente, ou seja, têm alcance de norma e se traduzem por um dimensão valorativa, maior ou menor, que a doutrina reconhece e a experiência consagra (BONAVIDES, 2006, p. 288 *apud* LEITE; FREITAS, 2016, p. 143-144).

Curiosa é a comparação utilizada pelo autor que assemelha os princípios às raízes do ordenamento jurídico. Apesar de os princípios jurídicos não estarem em vigor desde o início da ciência jurídica, como o nome induz, se pode notar sua importância; eles desempenham o papel de unir todo o arcabouço jurídico dando-o inteireza, mas também coesão, completude. Desprezar os princípios seria, ao fim e ao cabo, renegar a própria fundação do Direito que se tem hoje; talvez por isso os princípios têm sido vistos como a mola mestra de interpretação de uma constituição em específico, quando se é necessário analisar a lei maior de alguma nação, mas também como parâmetro para se entender todo aquele sistema jurídico em estudo.

Os princípios são parâmetros interpretativos e de aplicação do Direito, com a finalidade de resguardá-lo. Um princípio reúne uma quantidade de regras que traduzem um valor normativo, e recebe a chancela do Direito por sua relevância social. Nas palavras de Brito e Godoi (s.d., s.p.) “o princípio jurídico é verdadeira norma jurídica a irradiar-se sobre um feixe de outras normas jurídicas (princípios ou regras) que se vinculam a ele, por isso, quando violado, coloca em risco a unidade e coesão do sistema”. Fica atestada a imprescindibilidade do respeito aos princípios, pois, entre outros motivos, são eles que mantêm o sistema jurídico unido, impedindo que haja incoerências tão danosas que levem todo o sistema jurídico ao colapso.

### **3.1 A CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: INSIGNIFICÂNCIA E DISTINÇÃO DOS CRIMES BAGATELARES PRÓPRIOS E IMPRÓPRIOS**

Não é pacífica na doutrina a origem histórica do princípio da insignificância. Há quem afirme que sua base estaria no brocardo *minimis non curat pretor*, que significa que o juiz não deve se ocupar dos casos de pequena monta. Contudo, Luz (2012, p. 205 *apud* CRUZ NETTO; RANGEL, 2018, s.p.) afirma que “tratava-se, em outras palavras, de uma máxima genérica, a orientar a inteireza da atividade do pretor, e não de um princípio norteador próprio da aplicação do Direito Penal”. Para Lopes (1997, p. 58 *apud* MORAES, 2012, p. 3) o princípio da insignificância teve sua gênese a partir do pensamento liberal-

jusfilosófico-iluminista, e guarda relação com o princípio da legalidade. Assim, no entender de Lopes (*apud* MENDONÇA NETO, 2012, s.p. *apud* MORAES, 2012, p. 4), “não se pode desvincular o princípio da insignificância do princípio da legalidade [...]. A insignificância não é exceção à legalidade, mas princípio complementar densificador de seu conteúdo material”.

Coimbra (2011), assim como boa parte da doutrina, afirma que a origem do princípio da insignificância ocorreu na Alemanha, no período das Grandes Guerras, quando houve um acentuado aumento no nível de criminalidade, sobretudo quanto aos pequenos furtos, o que levou que se denominasse esse fenômeno de “criminalidade de bagatela”, *Bagatelledelikte*. Desta feita, estão entre as justificativas para esse surto de criminalidade o auto índice de desemprego, escassez de comida, enfim, esse princípio estava atrelado a crimes de caráter patrimonial.

Nesse contexto dos crimes bagatelares, Welzel desenvolveu o princípio da adequação, e cria que esse era a solução para a erradicação dos crimes de bagatela. Todavia, os anseios da sociedade tendiam para a inserção de outro princípio, mais voltado para à concepção material do tipo. Em 1964, o jurista alemão Claus Roxin propôs a inserção de um novo princípio como excludente da tipicidade, o princípio da insignificância, em alemão, *das Geringfügigkeitsprinzip* (BRUN, 2015, p. 28). Nas letras de Roxin, com tradução de Brun,

Sob o prisma do Princípio do *nullum crimen* é precisamente o contrário o justo: ou seja, uma interpretação restritiva que atualize a função de Constituição do Direito Penal e sua natureza “fragmentária” e que capture conceitualmente somente o âmbito de punibilidade que seja indispensável para a proteção do bem jurídico. [...] A isto também pertence o chamado Princípio da Insignificância, que permite, na maioria dos tipos, excluir desde o início os danos de pouca importância [...] (ROXIN, 2002, p. 73-74 *apud* BRUN, 2015, p. 28).

Essas foram as primeiras linhas do autor a respeito do princípio em comento, deixando claro, logo de início, que algumas condutas, as de pouca importância, deveriam ser excluídas. Sobre a utilização do princípio da insignificância Roxin indica que

Somente se podem punir as lesões de bens jurídicos e as contravenções contra fins de assistência social, se tal for indispensável para uma vida em comum ordenada. Onde bastem os meios do direito civil ou do direito público, o direito penal deve retirar-se (ROXIN, s.d., p. 28 apud PERISSOLI, 2015, s.p.).

Aqui fica evidente a subsidiariedade do Direito Penal. O princípio da insignificância se coaduna bem com o caráter de *ultima ratio* do Direito Penal, e, como visto acima, com a teoria da ofensividade dos bens jurídicos; assim, quando não há ofensa a algum bem resguardado pela lei penal, não há que se falar em tipicidade material, e então não há a necessidade de aplicar qualquer sanção, pois a mera movimentação da máquina estatal seria injustificada (BRUN, 2015). No mesmo mote, Moraes (2012, p. 4-5), em seu magistério, assevera “o princípio da insignificância tem como fundamento da validade o citado princípio da fragmentariedade e o da intervenção mínima do Estado em matéria Penal”. Ao se falar em insignificância, há uma gama de princípios que se relacionam com o tema e o complementam. Ainda sobre o conceito de insignificância, Vico Mañas

É um instrumento de interpretação restritiva, fundado na concepção material do tipo penal, por intermédio do qual é possível alcançar, pela via judicial e sem macular a segurança jurídica do pensamento sistemático, a proposição político-criminal da necessidade de descriminalização de condutas que, embora formalmente típicas, não atingem de forma relevante os bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal (MAÑAS, 1994, p. 58 apud BRUN, 2015, p. 30).

Como não poderia deixar de ser, o legislador ao longo do tempo observou as condutas que precisavam ser positivadas. No entanto, há condutas que resvalam o bem jurídico de forma tão suave que não causam significativo dano ou prejuízo. Nesse sentido age o princípio da insignificância, para afastar a atuação estatal quando for desnecessária. “Tal princípio revaloriza o Direito Constitucional, contribuindo para que apenas fatos possuidores de alto conteúdo criminal sejam apenados, reduzindo-se, por conseguinte, os níveis de impunidade” (FLORENZANO, 2017, p. 30).

Quando tratando do princípio da insignificância não é raro se deparar com termos como crimes de bagatela, bagatelar próprio e impróprio, princípio da

insignificância e irrelevância penal. Estariam todos esses termos se referindo à coisas semelhantes, ou há de fato alguma diferença entre eles? As infrações bagatelares próprias também chamadas de independentes são aquelas que surgem sem revelar algum desvalor da ação, quando não há reprovabilidade da conduta, quando está explícita a ausência de periculosidade ou a mínima ofensividade; casos em que, tanto a conduta como o resultado podem se revelar insignificantes. De outra sorte, os crimes bagatelares impróprios ou dependentes adquirem, posteriormente, o caráter de insignificantes, por força de alguma especificidade circunstancial, momento no qual se verifica desnecessária a persecução penal (BRUN, 2015).

A respeito do princípio da insignificância e o princípio da irrelevância penal do fato, é necessário estabelecer, de plano, que eles têm lócus diferentes de atuação. A insignificância é causa de exclusão da tipicidade em seu aspecto material e se relaciona com os crimes bagatelares próprios. A irrelevância penal é causa de exclusão da punibilidade concreta do fato e, ao lado do princípio da desnecessidade da pena, guarda relação com as infrações de bagatela imprópria. Nas infrações bagatelares dependentes, mesmo que uma conduta seja identificada como formal e materialmente típica, a pena não é infringida, deixa de ser aplicada (BRUN, 2015).

Ao se falar em princípio da insignificância e infrações bagatelares há que se estabelecer um paralelo entre esses e o furto famélico. Bedin (2012, p. 41) indica que “o furto famélico ocorre quando o agente em estado de necessidade, subtrai gêneros alimentícios, não representando qualquer acréscimo ao patrimônio do agente, nem causando dano relevante para a vítima”. De plano cabe salientar que o furto famélico não tem previsão no Código Penal; o que significa dizer que a rigor, não é, de fato, um crime, mas uma situação comentada pela doutrina e jurisprudência. Ele também chamado de furto de necessidade, e como apontado anteriormente, é uma situação em que o indivíduo se encontra em tal estado de miserabilidade que se vê forçado a subtrair coisa de terceiro para se alimentar ou alimentar os seus, e assim evitar a morte por inanição. É forte o entendimento de que o agente não deve ser punido, pois age em estado de necessidade, e assim como prevê o artigo 23, inciso I do Código Penal, sua conduta não é criminosa.

É uma situação que choca a todos e assinala como há pobreza e fome acentuadas. Cabe ao Estado buscar políticas que reduzam a desigualdade social e minorem a pobreza para que situações como essa sejam cada vez mais escassas, garantindo a dignidade humana. Não há palavras que possam expressar propriamente o quão séria e grave é a situação daqueles que se veem obrigados a furtar, impelidos pela fome extrema, para que possam viver. Permanece quase palpável a insignificância de eventual prejuízo que a vítima possa alegar frente à penúria do agente. Podem ocorrer transtornos e aborrecimentos, mas inexpressivos no contexto fático. Sobre o furto famélico Tavares (2014, p. 47) comenta que “a Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro defende a aplicação do princípio da insignificância, quando o bem subtraído for de ínfimo valor”.

Afim de trazer uma noção completa a respeito do princípio da insignificância se faz necessário abordar propriamente o conceito de tipicidade de forma geral, e, como consequência, a tipicidade material. A tipicidade é elemento integrante da teoria tripartida do delito ao lado dos conceitos de ilicitude e da culpabilidade (BRUN, 2015). Conforme a teoria constitucionalista do delito, a tipicidade penal abrange os aspectos formal e material. Fala-se em tipicidade material quando a conduta praticada pelo agente é se encaixa perfeitamente ao que está previsto em abstrato no tipo penal. Há uma relação íntima relação entre conduta, resultado naturalístico e nexos de causalidade (MORAES, 2012). Para Tavares (2014, p. 5) a tipicidade formal pode ser traduzida como “a coincidência entre dado comportamento humano e a norma penal incriminadora, como homicídio, furto ou estupro, por exemplo”.

A tipicidade material, compreende dois pressupostos: “a desaprovação da conduta e a desaprovação do resultado e, nos crimes dolosos mais um juízo, que é o da imputação subjetiva” (MORAES, 2012, p. 7). A tipicidade material surgiu justamente pela necessidade de haver algo que fosse além da tipicidade formal, além da mera comparação entre a conduta e os tipos penais, era necessário um juízo de valor. Dessa forma, a tipicidade material está intimamente ligada ao princípio da lesividade, afirmando uma vez mais que a conduta que não causar lesão ou afetar o bem jurídico não deve ser perseguida pelo Direito Penal, talvez por outros ramos do Direito. Exatamente por esse motivo que a tipicidade material pode ser afastada no caso concreto pelo

princípio da insignificância. Pois, tendo por esteio o princípio da lesividade, há de se verificar se houve lesão causada pela conduta ou se suas ações são insignificantes no contexto fático. Nisso fica atestada mais uma vez a natureza fragmentária do Direito Penal (TAVARES, 2014).

Modernamente, a jurisprudência tem caminhado no sentido de admitir a incidência do princípio em comento na Lei de Drogas, nos crimes de descaminho, nos crimes ambientais e nos crimes contra a Administração Pública (MORAES, 2012, p. 6). Quanto aos crimes ambientais, por exemplo, Purnhagen e Bodnar indicam

Em se tratando de crime contra a fauna o julgador não pode simplesmente dizer que o abate de um animal é insignificante, ele deve deixar claro, entre outras coisas, “que este mesmo abate não teve influência no ecossistema local, na cadeia alimentar, analisar a quantidade de espécimes na região e investigar se não está relacionado entre os que se acham ameaçados de extinção” (PURNHAGEN; BODNAR, 2012, p. 1458).

Para os que defendem a aplicação do princípio da insignificância sobre as questões ambientais, e o fazem de forma consciente, primam por uma atenção maior do julgador nesses casos, exigindo-se que ele demonstre o abate de um animal ou o desmatamento de uma pequena área realmente não influenciou o ecossistema local de forma negativa e nem foram atingidas espécies ameaçadas de extinção.

### **3.2 OS CRITÉRIOS DA INSIGNIFICÂNCIA ESTABELECIDOS PELO STF**

O princípio da insignificância não possui base legal, por esse motivo, as situações cabíveis para a utilização desse princípio ficam a cargo da jurisprudência. Para que se aborde de forma própria o tema, há que se falar se existem ou não requisitos objetivos para o emprego do princípio; se critérios subjetivos, tais como as condições pessoais da vítima ou do autor, são relevantes ou podem influenciar na aplicação do princípio (SILVA, 2017).

Com relação à jurisprudência, é importantíssimo citar o julgamento do HC 84.412/SP pelo Supremo Tribunal Federal em 2004, pois, afinal, esse julgado

tem sido utilizado para a aplicação do princípio em tela. O ministro relator, Celso de Mello, ao comentar o princípio da insignificância aponta alguns “vetores”, para empregar a mesma expressão utilizada ele, para a aplicação do princípio da insignificância. Segundo Ribeiro (2016, s.p.) essa não foi a primeira vez que o princípio da insignificância foi reconhecido em uma julgamento na Corte Maior, sendo o primeiro no HC 66.869-1/PR, em 1988, e o segundo no HC 70.747-5/RS, em 1993. Passa-se à transcrição da ementa do julgamento do HC 84.412/SP pelo STF:

Princípio da insignificância. Identificação dos vetores cuja presença legitima o reconhecimento desse postulado de política criminal. Conseqüente (sic) descaracterização da tipicidade penal, em seu aspecto material. Delito de furto. Condenação imposta a jovem desempregado, com apenas 19 anos de idade. "res furtiva" no valor de r\$ 25,00 (equivalente a 9,61% do salário mínimo atualmente em vigor). Doutrina. Considerações em torno da jurisprudência do STF. Pedido deferido. O princípio da insignificância qualifica-se como fator de descaracterização material da tipicidade penal. O princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 84.412, Relator: Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 19/10/2004).

Logo no início da ementa percebe-se que os vetores são importantes para a configuração do princípio da insignificância, conforme consta “identificação dos vetores cuja presença legitima o reconhecimento desse postulado de política criminal”. Feita uma leitura a contrário senso, nota-se que a presença desses vetores é essencial para o reconhecimento do princípio, sem que eles estejam presentes não haveria que se falar em aplicação do princípio da insignificância.

Avançando na leitura da ementa, é possível notar a indicação da fragmentariedade do Direito Penal e o princípio da mínima intervenção do Estado

(descaracterização material da tipicidade penal), o que deixa claro que a aplicação do princípio em comento é uma opção do Estado de não agir nas situações notadamente insignificantes; no caso julgado a res furtiva equivalia a R\$ 25,00 (vinte e cinco reais), um pouco menos que 10% do salário vigente.

O ponto central do julgado, porém, é a abordagem acerca dos vetores, quais sejam, (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada. De acordo com Haas e Chaves Junior (2013, p. 1307), apenas com a presença cumulativa desses vetores é que o STF entende possível a aplicação do princípio da insignificância, o que leva ao entendimento de que esses requisitos são parâmetros para a utilização do princípio, como os autores bem assinalam.

No entanto, Ribeiro (2016) tece severas críticas à maneira como esses requisitos indicados pelo STF são tratados de forma geral no meio doutrinário e jurisprudencial. No entender dele, no julgamento do HC 84.412/SP, em nenhum momento o Pretório Excelso estabelece parâmetros para balizar futuras decisões. Em sua leitura do julgado, Ribeiro (2016) indica que o Ministro Relator “fala a respeito do princípio de modo geral”, o relator não teria feito mais do que se limitar à reprodução dos conceitos da doutrina, e ainda complementa dizendo que “em nenhum momento se extrai da decisão que o STF definiu que a insignificância para ser reconhecida reclama a presença de quatro vetores combinados” (RIBEIRO, 2016, s.p.).

Especificamente sobre os quatro vetores, Haas e Chaves Junior (2013) comentam que a periculosidade social da ação, a mínima ofensividade da conduta do agente e o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento relacionam-se com o desvalor da conduta; já o quesito inexpressividade da lesão jurídica liga-se ao desvalor do resultado jurídico. Em outras palavras, como trata-se de requisitos cumulativos, a aplicação do princípio da insignificância deverá estar pautada no desvalor da conduta do agente e no desvalor do resultado jurídico concomitantemente.

Outra questão que desperta discussões é a utilização de critérios ou aspectos subjetivos, ligados ao autor e à vítima, para possível aplicação, ou não, do princípio em comento. Ao discorrer sobre as circunstâncias pessoais da

vítima, Silva cita um julgado do Superior Tribunal de Justiça de relatoria da Ministra Laurita Vaz, o qual se transcreve a seguir

Há que se conjugar a importância do objeto material para a vítima, levando-se em consideração a sua condição econômica, o valor sentimental do bem, como também as circunstâncias e o resultado do crime, tudo de modo a determinar, subjetivamente, se houve relevante lesão (BRASIL. STJ, HC 60949/PE, Rel. Min. Laurita Vaz, 2007 *apud* SILVA, 2017, s.p.).

Pelo breve fragmento percebe-se como a eminente Ministra valorou esse requisito ligado à vítima ao proferir seu voto. Destacados estão critérios subjetivos da condição econômica da vítima e o valor sentimental do bem para ela, critérios tidos por subjetivos pois se ligam, notadamente a um “sujeito”, mas também tidos por subjetivos no sentido de que são contrários a algo objetivo, ou seja, carecem de um juízo de valor, sua constatação não é direta, imediata, depende de interpretação. De igual monta, há critérios subjetivos que se relacionam com o autor do fato, quais sejam, a reincidência e as circunstâncias judiciais desfavoráveis, como contumácia delitiva. Segue a ementa do julgamento de um *habeas corpus* de relatoria da Ministra Cármen Lúcia que trata justamente da reiteração delitiva do agente

**Ementa:** Habeas Corpus. Constitucional. Penal. Descaminho. Reiteração delitiva do paciente a impossibilitar a incidência do princípio da insignificância. Necessária continuidade da ação penal na origem. Ordem denegada. 1. Contumácia delitiva do Paciente. A jurisprudência deste Supremo Tribunal é firme no sentido de não se cogitar da aplicação do princípio da insignificância em casos nos quais o réu incide na reiteração do descaminho, evidenciada pela existência de procedimentos administrativos fiscais em seu desfavor, como se tem nestes autos. 2. Ordem denegada. (BRASIL, STF HC 133.566, Relatora: Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, julgado em 05/04/2016).

O julgado acima trata sobre o crime de descaminho, mas o exemplo servirá de grande valia. Conforme exposto acima, o quesito subjetivo ligado ao agente, no caso a reiteração delitiva impede, de plano, que o princípio da insignificância seja valorado; parafraseando a eminente relatora, não se cogita a aplicação do princípio da insignificância quando o réu pratica reiteradamente o descaminho. Ao fazer análise de outro julgamento do STF, mas que também

versava sobre princípio da insignificância, Haas e Chaves Junior (2013, p. 1311) afirmam que “no STF, prevalece o entendimento que a habitualidade delitiva prejudica a aplicação do Princípio da Insignificância, pois, em tese, reduz o grau de reprovabilidade do comportamento e passa a ter relevância para o Direito Penal”.

Todavia, os mesmos autores reconhecem que a valoração de aspectos subjetivos sofre severas críticas na doutrina. Principalmente no que se refere ao autor do fato, pode-se propor a seguinte questão: a reincidência em determinado crime é suficiente para afastar a aplicação do princípio da insignificância? Ou apenas a contumácia delitiva já bastaria? É inegável que um sujeito só pode ser considerado reincidente se houver contra si outras decisões condenatórias transitadas em julgado. Todavia, como no exemplo trazido no julgado acima, a mera prática do ato delituoso foi suficiente para a inaplicabilidade do princípio, quando pesavam sobre ele procedimentos administrativos fiscais em curso.

Monteiro, Buratto e Vieira (2014) propõe a seguinte reflexão: se a conduta de um sujeito se limita a algo tão insignificante quanto a subtração de um frasco de shampoo não haveria justificativa para o acionamento do Direito Penal para tutelar essa relação, dada a insignificância do valor do bem subtraído; o tipo penal não teria sido estruturado para abarcar situações de tão ínfima lesividade. O mesmo pode se pensar, em primeira análise, de alguém que subtrai algumas barras de chocolate cujo valor é avaliado em R\$ 28,00 (vinte e oito reais). Porém, supondo que o agente de um dos casos descritos acima é reincidente, seja versado em praticar pequenos furtos, ainda assim o princípio da insignificância deveria assisti-lo? Monteiro, Buratto e Vieira (2014) indicam que até o ano de 2013, parte considerável da doutrina e a jurisprudência dos tribunais superiores, a reincidência não constituía óbice para o reconhecimento da insignificância. Citam a lição de Luisi

É inquestionável que se não existe a tipicidade, as circunstâncias presentes no contexto do fato e a vida passada do autor não têm a virtude de transformar em ilícito o fato. Uma lesão insignificante a um bem jurídico, ainda que seja de autoria de um reincidente na prática de delitos graves, não faz que ao mesmo se possa atribuir um delito. Seus antecedentes, por mais graves que sejam não podem levar à tipificação criminal de uma conduta que, por haver causado insignificante dano a um bem

jurídico, não causou uma lesão relevante. (LUIZI, 2009, p.63 *apud* MONTEIRO; BURATTO; VIEIRA, 2014, p. 5).

Assiste razão ao escritor quanto ao argumento de que fatos pretéritos não podem servir para valorar além da medida uma conduta que no caso concreto teve desdobramentos insignificantes. Contudo, pairava sobre os julgadores o agouro de que ignorar completamente a reincidência do agente seria colocar a sociedade em perigo, pois se estaria admitindo que alguns buscassem na prática de pequenos furtos seu meio de vida. Nesse sentido, seguem alguns julgados

Ementa: processual penal. Habeas corpus. Furto consumado. Princípio da insignificância. Impossibilidade. 1. Trata-se de habeas corpus, com pedido de concessão de liminar, impetrado contra acórdão unânime da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, de relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior, que negou provimento ao REsp 1.346.878, assim ementado: “Penal. Agravo regimental em recurso especial. Furto. Bem cujo valor não se revela ínfimo. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. 1. O valor relativo ao aparelho celular furtado (R\$ 200,00 - duzentos reais) não se revela ínfimo, uma vez que corresponde a mais de 50% do salário mínimo nacional à época do crime - R\$ 380,00 (trezentos e oitenta reais). 2. Não se encontram presentes todas as condições necessárias para que se considere insignificante a conduta praticada. 3. Agravo regimental improvido.” 2. Extrai-se dos autos que o paciente foi condenado a 1 ano e 6 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 10 dias-multa pela prática do crime de furto simples (art. 155, do Código Penal) porque teria subtraído um telefone celular, avaliado em R\$200,00.

[...]

11. No caso de que se trata, não estão configurados os requisitos necessários ao reconhecimento da irrelevância material da conduta. Para além de observar que o paciente cumpre pena por delito de roubo em feito criminal diverso (informação obtida na página oficial do TJ/MG na internet), o fato é que o valor bem furtado, R\$200,00, representava mais de 50% do salário mínimo vigente à época. Tudo a impossibilitar o acolhimento do pedido de absolvição do paciente. 12. Diante do exposto, com base no art. 21, § 1º, do RI/STF, nego seguimento ao presente habeas corpus. (BRASIL, STF, HC: 119837 MG, Relator: Min. Roberto Barroso, Data de Julgamento: 06/11/2017, Data de Publicação: DJe-256 10/11/2017).

No caso imediatamente acima, além dos nuances próprios, como, por exemplo, o valor do bem subtraído que alcançava o patamar de 50% (cinquenta por cento) do salário mínimo vigente à época da ação, o Ministro Relator

considerou o fato do réu estar cumprindo pena por outro delito de furto para denegar a ordem de *habeas corpus*. No mesmo mote, outro julgado do STF, agora de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de Adriano Timotheo, contra acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ nos autos do AgRg no AREsp nº 794.462/MG, de relatoria do Ministro Ribeiro Dantas, assim ementado: “Penal e Processo Penal. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Furto. Reincidência. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Agravo não provido. 1. A jurisprudência desta Quinta Turma reconhece que o princípio da insignificância não tem aplicabilidade em casos de reiteração da conduta delitativa, salvo excepcionalmente, quando as instâncias ordinárias entenderem ser tal medida recomendável diante das circunstâncias concretas do caso, o que não se infere na hipótese em apreço, máxime por se tratar de réu reincidente. Precedentes. 2. Agravo regimental não provido”. [...] (BRASIL, STF - HC: 138.749 MG, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Data de Julgamento: 23/10/2017, Data de Publicação: DJe-245 26/10/2017).

Não obstante a ementa ser bem extensa, passar-se-á a uma análise em partes. O Ministro Ribeiro Dantas informa a posição da Quinta Turma do STJ em não reconhecer o princípio da insignificância nos casos em que é observada a reiteração da conduta delitativa. Na sequência o ministro destaca que em casos excepcionais, quando as instâncias ordinárias entenderem pertinente a aplicação do princípio é possível, embora no caso em tela a reincidência se constituiu enquanto óbice para isso. O que leva à interpretação de que quando o sujeito tem em seu desfavor anotações em cadastro de antecedentes criminais e ações penais em curso ainda assim pode ter o princípio da insignificância reconhecido em seu favor; mas em casos de reincidência, tal coisa não seria aceita. Na sequência é informado que foi valorada a reincidência do agente, e o réu foi condenado em primeira instância a uma pena de um ano e dois meses de reclusão em regime fechado e ao pagamento de 182 dias por furto na sua modalidade tentada (art. 155, c/c art. 14, II, ambos do Código Penal). Outro fragmento do mesmo julgado consta abaixo

[...] No julgamento conjunto dos HC 123.108, 123.533 e 123.734, o STF fixou orientação sobre a aplicação do princípio da insignificância aos casos de furto” Rel. Min. Roberto

Barroso, Pleno, julgados em 3.8.2015. Decidiu que, se a coisa subtraída é de valor ínfimo (i) a reincidência, a reiteração delitiva e a presença das qualificadoras do art. 155, § 4º, devem ser levadas em consideração, podendo acarretar o afastamento da aplicação da insignificância; e (ii) nenhuma dessas circunstâncias determina, por si só, o afastamento da insignificância, cabendo ao juiz analisar se a aplicação de pena é necessária. [...] Isso posto, concedo, de ofício, a ordem de habeas corpus (art. 192, caput, do RISTF), com fundamento diverso do que requerido, para determinar que a pena de reclusão do paciente seja cumprida inicialmente em regime aberto. (STF - HC: 138.749 MG, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Data de Julgamento: 23/10/2017, Data de Publicação: DJe-245 26/10/2017).

Conforme análise do próprio Ministro Ricardo Lewandowski, a valoração da jurisprudência do STF foi feita de forma escurteira, fazendo menção aos julgamentos dos *habeas corpus* 123.108, 123.533 e 123.734, de relatoria do Min. Roberto Barroso, todos do ano de 2015, julgados inclusive na mesma data. Contudo, nos *habeas corpus* citados pelo Ministro Lewandowski tem-se a informação de que a reincidência e a contumácia delitiva devem ser observadas na hora de se aplicar ou não o princípio da insignificância no caso concreto, porém, a mera presença de qualquer delas não é justificativa suficiente para afastar de plano a incidência do princípio, cabendo ao magistrado analisar o caso em específico. Por fim, na jurisprudência citada foi concedida a ordem de *habeas corpus* para que o réu cumprisse pena em regime inicial aberto, não sendo a pena alterada, contudo.

#### 4 DIREITO PENAL DO INIMIGO NO STF: UMA POLÍTICA NACIONAL EM PROL DO ENCARCERAMENTO?

O Direito Penal tem passado por várias mudanças provenientes de uma universalidade de fatores. Entre esses fatores está a necessidade da sociedade por respostas mais efetivas do Estado quanto ao significativo aumento da criminalidade. Por esse motivo, o viés punitivo do Direito Penal tem se tornado gradativamente mais acentuado e envolto em certo simbolismo, visto que o número crescente de leis penais tem servido muito mais para buscar tranquilizar a sociedade do que tutelar bens jurídicos caros à sociedade (RABÊLO; NASCIMENTO, s.d.). Preciosa é a lição de Franco

A função nitidamente instrumental do Direito Penal ingressa numa fase crepuscular cedendo passo, na atualidade, à consideração de que o controle penal desempenha uma função nitidamente simbólica. A intervenção penal não objetiva mais tutelar, com eficácia, os bens jurídicos considerados essenciais para a convivencialidade, mas apenas produzir um impacto tranqüilizador (sic) sobre o cidadão e sobre a opinião pública, acalmando os sentimentos individual ou coletivo, de insegurança (FRANCO, 1994, p.10 *apud* RABÊLO; NASCIMENTO, s.d., s.p.).

Sem dúvida, o grande número de delitos preocupa a todos, mas a proliferação de leis penais deveria preocupar mais, pois revela um Poder Legislativo com uma forte veia política e que acaba por elaborar leis para acalmar o tumulto social, e até mesmo acabam fazendo política com a produção de leis. Tem-se criminalizado condutas que o Direito Penal somente seria utilizado como *ultima ratio*. Infelizmente a mídia tem influenciado negativamente nessa nova onda de política criminal, por meio de notícias sensacionalistas, tendenciosas e a exploração da cultura do terror, o que causa o desejo na população por leis penais mais duras (RABÊLO; NASCIMENTO, s.d.).

Em seu campo de atuação, a doutrina busca desenvolver teorias que, de alguma forma, contribuam para a queda do número de crimes. Em virtude desse esforço doutrinário surgiu o direito penal do inimigo, uma face do Direito Penal disposta a ir além dos limites e garantias para ver o indivíduo responsabilizado por seus crimes, fruto de uma política criminal pragmática e que buscava tutelar

questões que não eram propriamente de sua alçada, algo que já havia sido advertido pelos mestres da Escola de Frankfurt, no início dos anos oitenta. Observa-se que antes mesmo dos primeiros pronunciamentos de Günther Jakobs sobre a Teoria do Direito Penal do Inimigo, surgiam nos Estados Unidos, mais precisamente no início da década de 1980, alguns movimentos de combate à criminalidade, sendo conhecidos como a política criminal *law and order*, Lei e Ordem, da qual foram frutos a Teoria das Janelas Quebradas (*broken windows theory*) e o movimento *zero tolerance*, Tolerância Zero (RABÊLO; NASCIMENTO, s.d.).

A teoria das janelas quebradas foi um estudo publicado pelos cientistas sociais James Wilson e George Kelling, em 1982, baseado num experimento de Philip Zimbardo de 1969. No experimento foram colocados dois carros idênticos em dois locais diferentes, um deles de acentuada criminalidade, o bairro do Bronx, zona pobre de Nova Iorque, e o outro em Palo Alto, local rico e tranquilo na Califórnia. O carro deixado no lugar pobre e violento começou a ser vandalizado poucas horas depois de ser abandonado. Já o carro deixado no lugar rico e tranquilo permaneceu intacto por uma semana, até que as pessoas que propuseram o experimento quebraram as janelas do carro. Poucas horas depois o carro foi sucateado e destruído, a exemplo do que ocorreu com o primeiro (ODON, 2016).

As conclusões propostas pelos autores são que haveria relação de causalidade entre desordem e criminalidade, entre a falta de repressão das pequenas condutas delituosas e a criminalidade violenta (ODON, 2016). A punição antecipada dos pequenos delitos serviria para prevenir os grandes crimes (RABÊLO; NASCIMENTO, s.d.). Odon (2016, p. 2) explica que “a pequena desordem gera a ideia de deterioração, de desinteresse e de despreocupação nas pessoas. A percepção da ausência de lei, normas e regras tende a levar à quebra dos códigos de convivência”. A teoria das janelas quebradas influenciou a política criminal americana no final do século, com a crítica de que a mudança na estratégia política na segunda metade do século XX é que os tinham deixado naquele estado de desordem social, quando foi deixado de lado o combate ao crime para focar primeiramente na manutenção da ordem pública.

A tolerância zero, foi uma estratégia policial implantada na cidade de Nova Iorque pelo comissário de polícia William Bratton durante a gestão do prefeito Rudolph Giuliani. Fortemente influenciado pela teoria das janelas quebradas, por meio da tolerância zero Bratton executou uma estratégia drástica de combate aos pequenos delitos e contravenções. Dos pichadores aos que urinavam nas ruas, todos foram tratados com rigor; estratégia que segundo Bratton funcionaria em qualquer cidade americana ou do mundo. Esse sistema demandou mudanças no Departamento de Polícia de Nova Iorque, mas após cinco anos, o número de detenções por crimes pequenos havia aumentado em 40%, mas houve diminuição significativa nos crimes de forma geral com os anos. Os bons resultados logo ganharam o mundo e então a teoria das janelas quebradas e o seu experimento prático, a tolerância zero, passaram a ser conhecidos de todos (ODON, 2016).

Todas essas teorias e movimentos, entre eles o Direito Penal do Inimigo, revelam que o princípio da intervenção mínima do Estado foi desprezado, assim como o da proporcionalidade; o Direito Penal foi utilizado como *prima ratio* para tratar de questões de pouca ou de quase nenhuma relevância. Nesse sentido, Jesús-Maria Silva Sanchez propôs a teoria das Velocidades do Direito Penal, em ordem a organizar o avanço histórico do Direito Penal até então (RABÊLO, NASCIMENTO, s.d.).

Na teoria de Sánchez, transmite-se a ideia de que no ordenamento jurídico existem várias dimensões do Direito Penal, percebidas de acordo com sua rigidez. Assim, a primeira velocidade está embasada num modelo liberal-clássico do Direito Penal, conhecido por ser garantista, tradicional e de intervenção mínima, mas que, ao mesmo tempo, estabelece garantias inegociáveis como caminho para a obtenção de justiça; vale dizer que esta é o modelo em vigor no ordenamento jurídico brasileiro. Na segunda velocidade há uma certa flexibilização das garantias penais e processuais penais, contudo, isso ocorre de uma maneira proporcional, e também há a adoção de medidas alternativas à prisão, sempre que possível. As garantias são flexibilizadas pois muitas vezes o indivíduo não haverá de suportar a pena privativa de liberdade, mas sim as penas alternativas, das quais são exemplo as restritivas de direitos e as pecuniárias (RAZABONI JUNIOR, 2017). Moraes ensina que

A primeira, pautado no modelo liberal-clássico, traduz a ideia de um Direito Penal da prisão por excelência, com a manutenção rígida dos princípios políticos-criminais iluministas; a segunda, contempla a flexibilização proporcional de algumas garantias penais e processuais, conjugada com a adoção de penas não privativas de liberdade – pecuniárias ou restritivas de direitos (MORAES, 2011, p. 230 apud RAZABONI JUNIOR, 2017, p. 43).

A terceira velocidade, por sua vez, traria a junção das outras duas, isto é, se valeria da aplicação das penas privativas de liberdade, característica da primeira velocidade, atrelada à minimização das garantias necessárias para tanto, fortes na segunda velocidade; assim, a terceira velocidade seria por assim dizer um produto das anteriores, e dessa simbiose emerge um contexto penal totalmente novo, denominado o Direito Penal do Inimigo (RAZABONI JUNIOR, 2017).

#### **4.1 A TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO**

A teoria do Direito Penal do Inimigo foi idealizada pelo alemão Günther Jakobs, diz respeito a implementação de um direito penal mais severo para àqueles que praticam crimes graves, na medida de sua periculosidade; este seria um direito penal diferente do aplicado aos demais cidadãos. Na teoria originária de Jakobs há uma clara distinção entre o cidadão comum e o “inimigo”. O cidadão seria aquele que dirige sua vida de acordo com as leis, respeitando o ordenamento jurídico, e que comete um crime, mas é alguém passível de ser reeducado e que pode se regenerar. Por via diversa, Jakobs percebe que uma parcela dos delinquentes não seria passível de se regenerar e ser reintegrados ao corpo social, e esses seriam os tais “inimigos”, que na perspectiva do autor são vistos como não cidadãos. Os inimigos não poderiam desfrutar das garantias disponíveis aos demais cidadãos, levando-se em consideração sua conduta, a rigor não seriam cidadãos (SOUZA, 2012).

A teoria de Jakobs consiste na proposta de políticas públicas de combate à criminalidade, em âmbito nacional ou internacional. Busca-se a punição com base no comportamento do autor, na pessoa dele, não unicamente no ato por ele praticado. Faz-se associação dessa teoria com o combate ao terrorismo. Mas

fato é que esse direito penal diferenciado, é proposto para aqueles de alta periculosidade, aos quais o direito penal comum já não surtia mais efeito. Como apontam Moura e Vargas (s.d., p. 2) “os inimigos seriam os sujeitos criminosos, que cometem delitos de ampla crueldade, como crimes econômicos, crimes organizados, infrações penais perigosas, crimes sexuais, bem como terroristas”. Ao tratar do tema Capez afirma

[...] a reprovação não se estabelece em função da gravidade do crime praticado, mas do caráter do agente, seu estilo de vida, personalidade, antecedentes, conduta social e dos motivos que o levaram à infração penal. Há assim, dentro dessa concepção, uma culpabilidade do caráter, culpabilidade pela conduta de vida ou culpabilidade pela decisão de vida (CAPEZ, 2005, p 115 *apud* MOURA; VARGAS, s.d., p. 2).

O agente criminoso é considerado um inimigo por causa de sua história com o crime, sua vida aponta para uma habitualidade delitiva que não pode ser suportada pelos demais cidadãos. Os antecedentes atestam o seu caráter tendente ao crime, e fazem prova a seu desfavor. Nesse modo de pensar, a análise da culpabilidade do agente extrapolaria o mero contexto fático de uma infração penal. Frente às condutas de determinados indivíduos o Estado deve se posicionar de forma mais contundente, nesse sentido surgiu o Direito Penal do Inimigo (*Feindstrafrecht*) (RABÊLO; NASCIMENTO, s.d.).

Conforme Souza (2012, p. 4) ao interpretar o ensino de Jakobs, “aquele que se recusa a entrar num estado de cidadania não pode usufruir das prerrogativas inerentes ao conceito de pessoa”. Ora, a expressão “estado de cidadania” ou estado social rememora, inegavelmente, o que fora escrito a por todos os contratualistas e seus críticos. O trabalho de Jakobs, nesse particular, alude ao que fora proposto séculos atrás por escritores como Hobbes, por exemplo. O estado de natureza é aquele no qual há total insegurança pois, em busca de satisfazer seus intentos o homem não mede esforços para alcançar seus objetivos, cada um representando grande risco para o outro. Assim, como já abordado anteriormente, o estado de natureza revela um panorama de guerra de todos contra todos. O contrato social foi o pacto firmado para que esse estado de guerra constante cessasse. Todavia, o inimigo é alguém que vive delinquindo,

recusa a conformar-se com o contrato social, e por consequência apresenta demasiado perigo para a sociedade.

Para Hobbes, as leis civis não podem ser aplicadas aos inimigos, pois foram criadas para os cidadãos, aqueles que aderiram ao contrato social. Já os inimigos negam a autoridade instituída do Estado, pois reiteradamente desrespeitam as leis. Dessa forma, os inimigos devem suportar as consequências pelo descumprimento das leis, no entanto essa punição não haverá de ser com base na lei civil, pois estes mesmos já a abandonaram desde o momento que passaram a delinquir reiteradamente, mas devem ser punidos pela lei do estado de natureza, a lei da guerra (SOUZA, 2012).

Os atos do inimigo, que contrários às leis, representam perigo tanto ao ordenamento jurídico como à sociedade. O cidadão que comete um ilícito deve ser punido, mas também tem direito a certas garantias. Por outro lado, quando se trata dos inimigos, não os assistem as garantias, sobrando apenas a coação estatal. Para Moura e Vargas (s.d., p. 2) “o Direito Penal do Inimigo seria a exceção do direito tradicional, tal exceção existiria para assegurar a estabilidade da regra”. Mesmo sendo a exceção do direito tradicional, o direito penal do inimigo não seria um outro direito, conforme Jakobs e Cancio Meliá (2008, p. 21 *apud* SOUZA, 2012, p. 7) “não se trata de contrapor duas esferas isoladas do Direito penal, mas de descrever dois pólos (sic) de um só contexto jurídico-penal”.

Aqueles que não respeitam as regras são tratados de fato como não cidadãos, são coisificados em sua essência e perdem os direitos que assistem aos cidadãos. Como visto, Jakobs tem uma perspectiva muito severa acerca da periculosidade do agente. Assim, ele trabalha um tipo de funcionalismo penal demasiadamente radical, a exemplo do proposto por Luhmann, em que reafirma a vigência da norma, e sobretudo, Jakobs defende um Estado quase onipotente na persecução e execução das penas (OLIVEIRA; SEIXAS, 2016). Observa-se, neste sentido, que

Segundo Jakobs, o Direito Penal do inimigo se caracteriza por três elementos: em primeiro lugar, constata-se um amplo adiantamento da punibilidade, isto é, que neste âmbito, a perspectiva do ordenamento jurídico-penal é prospectiva (ponto de referência: o fato futuro), no lugar de – como é o habitual – retrospectiva (ponto de referência: o fato cometido). Em segundo

lugar, as penas previstas são desproporcionalmente altas: especialmente, a antecipação da barreira de punição não é considerada para reduzir, correspondentemente, a pena cominada. Em terceiro lugar, determinadas garantias processuais são relativizadas ou inclusive suprimidas (JAKOBS; MELIÁ, 2015, p. 90 *apud* OLIVEIRA; SEIXAS, 2016, p. 106).

Como aludido, o Direito Penal do inimigo caracteriza-se por uma visão prospectiva do ordenamento jurídico-penal, ou seja, busca-se a punição com vistas a evitar fatos futuros, ao contrário do que era comum, a punição de fatos pretéritos. Ainda, há um rigor exagerado na aplicação das penas que beira a desproporcionalidade. E, por fim, diversas garantias são minoradas ou mesmo afastadas em prol da punição do inimigo do Estado.

#### **4.2 ESTADO PENAL MÁXIMO *VERSUS* ESTADO PENAL MÍNIMO**

À essa altura faz-se necessário abordar de forma comparativa Estado Penal Máximo e o Estado Penal Mínimo, indicar as características e princípios que integram essas duas realidades, e ainda, abordar a dignidade da pessoa humana e os direitos dos presos. De acordo com o magistério apresentado por Paladino (2010, p. 61), por intermédio do Direito Penal Mínimo, “propõe-se a diminuir os usuários do sistema carcerário, aprisionando somente os sujeitos que cometeram delitos graves. Isto é: aplicar penas alternativas, além de inserir outras esferas para a resolução desses conflitos”.

Idealizado e desenvolvido por Luigi Ferrajoli o Direito Penal Mínimo também é denominado garantismo penal, nas palavras do autor, “o direito penal mínimo, que dizer, condicionado e limitado ao máximo, corresponde não apenas ao grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, mas também a um ideal de racionalidade e certeza” (FERRAJOLI, 2006, p. 102 *apud* MAGALHÃES; PEREIRA, s.d., s.p.). Talvez a maior das missões do minimalismo penal seja a de proteger as liberdades dos cidadãos diante do arbítrio punitivo. O Direito Penal busca, através de sanções, proteger bens de valor relevante para a sociedade. Por se valer de métodos punitivos exclusivos, os legisladores devem ser cautelosos na seleção de quais bens devem ser

protegidos, sendo que a eleição de cada um deles precisa estar pautada em princípios constitucionais (MEDEIROS, 2013).

Entende-se que os princípios desenvolvem importante papel no garantismo penal, pois eles devem ser observados pelo legislador na elaboração ou revogação de normas, e também pelos operadores do Direito na aplicação da lei penal. São alguns princípios basilares do minimalismo penal: intervenção mínima, adequação social, lesividade, insignificância, proporcionalidade, individualização da pena, limitação das penas, responsabilidade penal, culpabilidade e legalidade (MAGALHÃES; PEREIRA, s.d.). Cada um desses princípios ao lado do princípio da dignidade da pessoa humana afirmam o caráter de *ultima ratio* do Direito Penal, por meio do qual se depreende que a esfera criminal somente deve ser acionada para solucionar alguma querência quando todos os outros esforços tenham se mostrado infrutíferos (MEDEIROS, 2013). Costa ao interpretar Canotilho afirma que

A função garantista é uma das principais funções da constituição. A garantia dos direitos e liberdades constitui uma das principais dimensões do constitucionalismo moderno. Nas constituições modernas, os direitos e liberdades não se reconduziram, em termos genéricos e segundo o entendimento dos homens, a qualquer ideia de competência subjetiva atribuída pelo poder político. Os direitos constitucionalmente garantidos e protegidos representavam a positivação jurídico-constitucional de direitos e liberdades inerentes ao indivíduo e preexistentes ao Estado. A subordinação ao direito dos titulares do poder constituído pretende por limitação de poder (COSTA, s.d., s.p.)

Nesse sentido, as garantias e princípios constantes da Constituição e depreendidos dela são essenciais para a proteção dos cidadãos frente ao poder punitivo do Estado. Não fossem as garantias e direitos conquistados historicamente e oportunizados sob a égide do Estado Democrático de Direito, a população estaria à mercê do Estado. Dessa forma, o Direito Penal mínimo propõe, acima de tudo, uma aplicação racional do Direito; na qual em respeito ao postulado da dignidade da pessoa humana, o *ius postulandi* do Estado seja exercido coligado com princípio da mínima intervenção sobre as liberdades individuais (MAGALHÃES; PEREIRA, s.d.). Por via diversa, o Estado Penal Máximo ou Direito Penal Máximo adota uma abordagem mais severa quando a

questão é se fazer cumprir as leis, ou mais ainda, quando se trata de punir um delinquente.

Como abordado na seção anterior desse mesmo capítulo, a Teoria Direito Penal do Inimigo idealizada por Jakobs, não foi a primeira tentativa de se estabelecer um status de Direito Penal Máximo, visto ter sido antecedida pelo movimento *Law and Order*, que tomou lugar nos Estados Unidos. Todavia, todas essas ramificações diziam do alargamento da tutela penal, de um Estado em que o Direito Penal não fosse a *ultima ratio*, mas sim, *prima ratio* num contexto de resolução de conflitos e proteção de bens jurídicos.

No particular da aplicação da lei, Medeiros (2013, s.p.), diz que o Direito Penal Máximo “prega a amplificação da tutela penal, defendendo rígidos regimes de cumprimento da sanção, além do prolongamento das penas privativas de liberdade”. Todo rigor da lei é empregado para perseguir, ou, num ponto de vista ainda mais dramático – embora não menos verídico, empregado para caçar o delinquente, e se fazer cumprir a lei. Estabelecendo um paralelo, Magalhães e Pereira (s.d., p. 12) afirmam que “o Direito Penal mínimo não proíbe uma aplicação rígida do direito. Pelo contrário, a aplicação deve ser rígida, mas, ao mesmo tempo, racional”.

Ora, isso indica que, mesmo que o sistema garantista pareça menos eficiente, ou dê a impressão de que os criminosos estão impunes, não quer dizer que a lei não está sendo cumprida, prima-se, porém, por um sistema em que são outras as maneiras de resolução de conflitos, que o Direito Penal; e mesmo assim, quando acionado, busca-se por via diversa da prisão a punição dos condenados. Com relação aos impactos sociais de uma política mais severa, Medeiros escreve

A defesa por um Direito Penal mais abrangente, ensejada pela intolerância a práticas delituosas, constrói a perspectiva de um sistema penal mais atuante e controlador, na medida em que passa a dar passos mais firmes sobre esferas antes intocadas (MEDEIROS, 2013, s.p.).

Foi justamente essa característica de parecer ser um sistema de aplicação da lei mais atuante e controlador que conferiu popularidade à corrente do Direito Penal Máximo e seus desdobramentos. Desde os resultados da política *Law and Order* e da Tolerância Zero, passando pelo trágico ataque

terrorista do 11 de setembro de 2001, a população passou a ver com bons olhos uma política penal em que o Estado pode usar de vários meios para “proteger o cidadão de bem”. Retira-se do apenado várias garantias em razão da persecução penal, da preservação do bem-estar da sociedade e do pacto social, ou em nome do ideário de poder e justiça que o próprio Estado representa, e que não pode ser abalado. Todavia, os movimentos pró Direito Penal Máximo revelam características afins a Estados totalitários. A pretexto de manter a segurança nacional, a violência além dos limites é legitimada pelo Estado de Direito. A maior arma do absolutismo penal é a contenção da criminalidade (SILVA, s.d.).

Silveira (2012) comenta que o Ministério Público brasileiro, por vezes coloca o garantismo penal em perspectiva, criticando a corrente e apregoando um garantismo integral. Esse posicionamento defende que não se deve preservar unicamente as garantias individuais, mas primar pelos interesses coletivos, dos quais seriam exemplos a máxima segurança ou garantia das vítimas em geral. Mas, como observado por Silveira, essa é uma leitura feita a partir de uma única visão da doutrina liberal. Não é razoável buscar comparar os direitos daquele que tem contra si uma ação penal em curso com garantias genéricas da sociedade. Destaca-se a centralidade das garantias individuais, como dito, “a balança da Justiça deve, sempre, pender ao mais fraco, por pior que seja a acusação” (SILVEIRA, 2012, s.p.).

A Constituição Federal de 1988 trata de posicionar a dignidade da pessoa humana em nosso ordenamento. O art. 1º comunica a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Assim, qualquer preceito que contrarie este fundamento-princípio deve ser eliminado da ordem jurídica, já que o processo penal deve observar direitos e garantias processuais previstos constitucionalmente (MOURA; VARGAS, s.d.). Canotilho ensina que a dignidade da pessoa humana é

[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto a contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições

existenciais mínimas para uma vida saudável (CANOTILHO, 2013, p. 126 *apud* OLIVEIRA; SEIXAS, 2016, p. 108).

Esse princípio é de uma centralidade e importância tamanhas, que não pode ser colocado em segundo plano, nem mesmo relativizado ou afastado, na persecução penal, pois ele é um dos indicadores que informam os limites da atuação do Estado. Tomando por base o Brasil, alguns dados da situação do sistema carcerário são alarmantes. Entre o ano 2000 e o ano de 2008 o número de presos praticamente dobrou, passando de 232 mil para 446 mil detentos. Dentre esses, o percentual de presos provisórios no ano 2000 era de 18%, tendo subido para 43% em 2008, o equivalente a 190 mil presos provisórios. Esses dados mostram tanto o recrudescimento da política penal e também a pressa de levar alguém preso, antes mesmo do fim da persecução (MATSUURA, 2009).

Também é relevante uma análise rápida do perfil dos presos no Brasil. Segundo pesquisa do Ministério da Justiça, 44% (quarenta e quatro por cento) dos presos, até 2008, estavam recolhidos por crimes contra o patrimônio, tais como furto, roubo, receptação. Do total dos presos no ano em destaque, aqueles com nível superior de escolaridade completo eram apenas 0,45% (zero vírgula quarenta e cinco por cento), e os analfabetos ou pessoas com nível fundamental incompleto representavam 64% (sessenta e quatro por cento) em 2008 (MATSUURA, 2009).

Torna-se cada vez mais perceptível a ideia de que a reintegração do indivíduo não é mais o objetivo do Estado; busca-se, contudo, uma falsa ideia de proteção da sociedade por meio do encarceramento em massa. O Estado aplica penas ao invés de políticas sociais, falhando em todos os sentidos na tentativa de ressocialização, mas sendo bem-sucedido a todos os olhos por “fazer cumprir a lei”. O que se percebe é uma política penal em prol do encarceramento; e em contrapartida, muitos presos tem benefícios a receber (MATSUURA, 2009).

Segundo dados veiculados no site do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) fornecidos pelo Banco Nacional de Monitoramento de Prisões (BNMP 2.0) do dia 06 de agosto de 2018, a população carcerária atual do Brasil é de 603.157 mil pessoas, sendo 262.983 mil cumpriam pena em regime fechado, 85.681 mil, em regime semiaberto, e 6.078 mil, no regime aberto. Depreende-se que o número de presos provisórios é de, aproximadamente, 248.415 mil pessoas.

### **4.3 REPERCUSSÕES JURISPRUDENCIAIS SOBRE O DIREITO PENAL DO INIMIGO NO STF**

A Constituição Federal, em seu artigo 102, conferiu ao STF a guarda da Constituição e, por consequência, a observância dos fundamentos, objetivos e princípios explícitos e implícitos no texto constitucional, bem como o zelo pela coerência do ordenamento jurídico. A Lei Maior é o parâmetro que norteia os demais diplomas infraconstitucionais; se um deles está em desacordo com ela, deve ser considerado inconstitucional e excluído do arcabouço jurídico. Assim, cabe ao ordenamento jurídico apresentar os ditames de convívio e pacificação social, afinal o Direito existe para regular a vida em sociedade (MACEDO, 2015).

Nesse sentido, cumpre dizer que a aplicação dos princípios e das normas, a possibilidade, limite e as consequências da restrição de direitos fundamentais, todos devem passar pelo crivo da Constituição, ou seja, carecem de previsão constitucional. Vale destacar que apesar de uno, o Direito comporta várias ramificações, cada uma servindo a um propósito e com um meio de apresentar a tutela mais adequada aos casos concretos. Assim, qualquer análise do Direito Penal tem de ser feita em consonância com o Direito Processual Penal e com o Direito Constitucional. Por herança do sistema constitucional garantista sob o qual o Brasil está firmado como Estado Democrático de Direito, ao se falar em aplicação da lei penal a associação quase imediata também é a proteção da dignidade da pessoa humana. É clara a função do STF, enquanto Tribunal Constitucional, de zelar pela observância desses conceitos (MACEDO, 2015).

Qual é o papel do STF frente a manifestações e influências do Direito Penal Máximo e de envergadura oposta ao garantismo? De forma mais específica, a Teoria do Direito Penal do Inimigo apregoa que a punição dos delinquentes deve ser mais severa e defende, inclusive, a flexibilização de algumas garantias para isso. Jakobs vê sua teoria não como um retrocesso na linha histórica do Direito Penal, mas como uma evolução progressiva que tem como alvo a pacificação social. Dessa forma, o combate ao inimigo é tido por essencial na tentativa de garantir direitos humanos ao cidadão de bem. O indivíduo é aquele que demonstra ser fiel ao ordenamento jurídico, e mesmo cometendo algum ilícito, ainda assim não se distancia da sociedade adentrando

deliberadamente na prática delituosa contumaz; esse, na teoria de Jakobs deve ser tratado como pessoa. Por via diversa, os que desprezam o direito e não demonstram capacidade cognitiva de assimilar o que foi posto pelo ordenamento jurídico, esses devem ser tratados como inimigos do Estado, pois perdem a condição de pessoa (OLIVEIRA; RANGEL, 2017).

Sempre pautada no ideário de ordem e paz aos que vivem em consonância com o ordenamento jurídico, Jakobs dispensa excessivo aos terroristas, ameaça constante ao Estado e à segurança de todos. Uma das questões levantadas pelo alemão é: seria possível triunfar na guerra contra o terror apenas se valendo das ferramentas dispostas pelo Direito Penal garantista, próprio de um Estado de Direito, que trata aos mais nocivos como pessoas e não como fontes de perigo? Para ele a resposta seria não. Para isso foi idealizado o Direito Penal do Inimigo, para oferecer guerra ao terror. Apesar de sofrer grandes críticas da doutrina – que enxerga o Direito Penal do Inimigo como teoria muito afeta ao tipo de Estado Absoluto, Jakobs acredita que o tratamento diferenciado dispensado aos inimigos encontra respaldo num Estado Democrático de Direito, pois o combate ao inimigo contribuiria para a manutenção do Estado Democrático de Direito (OLIVEIRA; RANGEL, 2017).

Por força da Constituição de 1988 e do Estado Democrático de Direito aqui estabelecido, o Brasil é um país que prima pela proteção dos direitos humanos e das garantias fundamentais tendo, inclusive, ratificados diversos tratados internacionais que resguardam os mesmo direitos e não apresenta compatibilidade com a proposta do Direito Penal do Inimigo, justamente em virtude das lutas históricas pelo reconhecimento dos direitos fundamentais tutelados pelas cláusulas pétreas constitucionais. Ademais, no campo processual, qualquer tentativa de aproximação do Direito Penal do Inimigo significaria afronta direta ao devido processo legal, ao contraditório, à ampla defesa, à presunção de inocência. Inda mais em face da limitada visão cultural que impera no Brasil, o inocente seria condenado às mais severas penas, sem chances de se provar inocente, num piscar de olhos (OLIVEIRA; RANGEL, 2017).

Apesar da incompatibilidade entre o Estado Democrático de Direito e o Direito Penal do Inimigo em um primeiro plano, percebe-se traços dessa vertente do Direito Penal Máximo no contexto jurídico nacional, como a lei de crimes

hediondos, Lei nº 8.072/1990, a lei contra as organizações criminosas, Lei nº 9.034/1995 [revogada pela Lei nº 12.850/2013], a lei do abate de aviões, Lei nº 9.614/1998, e a instituição do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), previsto na Lei de Execução Penal, Lei nº 7.210/1984 (SANINI NETO, 2013). Mormente cada um desses diplomas legais já tenha sido minimamente debatido pela doutrina e os operadores do Direito, se faz relevante considerar a decisão do STF sobre a execução provisória da pena em segunda instância antes do trânsito em julgado.

A dita decisão ocorreu em 17 de fevereiro de 2016 durante o julgamento do HC 126.292/ São Paulo. Até esse julgado, o entendimento da Suprema Corte era de que a sentença penal condenatória não poderia ser executada enquanto houvesse recurso. Esse entendimento era firmado, precipuamente, no princípio da presunção de inocência, consagrado no título que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais, no art. 5º, inciso LVII, da Constituição de 1988: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. O mesmo princípio também está presente no artigo 11 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que data de 1948, importante documento internacional da luta dos direitos humanos. Ora, ao considerar possível tal coisa, o início da execução da pena mesmo antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, o STF estaria fechando os olhos para o texto constitucional?

Moraes (2009, p. 118 *apud* SILVEIRA, 2017, p. 2) comenta que “a presunção de inocência, um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito como garantia processual penal, visando à tutela da liberdade pessoal”. Nesse particular já se evidencia a presença do Direito Penal do Inimigo, pois este se opõe à manutenção da liberdade pessoal dos condenados, propriamente, dos inimigos do Estado. Outro princípio afeto à questão em comento é o do duplo grau de jurisdição, previsto no art. 5º, inciso LV, da Constituição de 1988, “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Todavia, como não é um princípio expresso na Constituição, é assegurada a possibilidade de recurso, não uma obrigação. Silveira (2017) observa que, mais do que uma mudança no entendimento do STF a respeito das questões aqui debatidas, ocorreu substancial mudança na composição da Corte,

no período entre 2009 e 2016, o que corroborou para nova forma de analisar e ponderar os princípios constitucionais.

## CONCLUSÃO

Tendo em vista o caráter de constantes transformações do Direito para acompanhar as mudanças sociais, mais uma vez o Direito Penal é chamado para dar sua contribuição contra a expansão da criminalidade e todos os seus aspectos. Nesse sentido é que a presente pesquisa propôs uma análise do Direito Penal do Inimigo e do Princípio da Insignificância e a aplicação destes pela Corte Maior.

Indispensável se fez logo no início do presente estudo, apresentar o conceito de pena, bem como traçar uma linha histórica da evolução da pena. Perceber como os mais variados povos viam o direito penal e o aplicavam no seu cotidiano. Percebeu-se o caráter retributivo da pena em um primeiro momento; quando o agente causador de um mal tinha de sofrer as consequências pelos seus atos, às vezes com a própria vida; este era o período da vingança.

As fases da pena como vingança foram a vingança privada, a divina e a pública. Interessante notar que não houve uma sucessão histórica de cada uma delas, mas algumas se percebiam em concomitância com a outra. Por exemplo, nas sociedades primitivas haviam a questão da retribuição pessoal, assim como uma pessoa era ferida também tinha o direito de ferir, mas também haviam os tabus e os totens, que indicavam a existência da vingança divina para quem afrontassem algo instituído pelos deuses. Válido anotar que o princípio de Talião, olho por olho, dente por dente, comunicava essencialmente a proporcionalidade quando da execução da pena. Assim, começava a ser trabalhada a questão dos limites da pena.

Após o desenvolvimento de algumas civilizações como a grega e a romana o Direito ganhou uma nova roupagem, sendo debatido nas praças, a aplicação da pena ganhou um caráter de retribuição pública. Contudo, insta salientar que a vingança privada e a pública estavam presentes até boa parte da Idade Média. A formação dos Estado nacional a partir do Absolutismo e posteriormente o estabelecimento do modelo de Estado Liberal e Social, foram fundamentais para a formação do Estado Democrático de Direito. Com o passar dos séculos percebeu-se que alguns direitos são, indubitavelmente, fundamentais, e a sua proteção deve ser efetiva.

Sobretudo após os excessos cometidos durante a Segunda Grande Guerra Mundial, viu-se o Direito mais preocupado com os pressupostos da dignidade humana; buscou-se uma visão mais garantista dos direitos. Essa perspectiva garantista foi abraçada pela Constituição Federal de 1988 e introduzida no ordenamento jurídico brasileiro. Na experiência diária do Direito Penal, notou-se que algumas condutas delituosas que causavam pequeno prejuízo às suas vítimas resvalando superficialmente seu patrimônio continuavam a ser tratadas com todo o rigor da pena. Nesse sentido o alemão Claus Roxin idealizou o princípio da insignificância, que prevê a exclusão da tipicidade material da conduta nos casos em que a lesão ao patrimônio for de pequena monta.

No ano de 2004, durante o julgamento do HC 84.412/SP o STF teceu alguns comentários a respeito do princípio da insignificância, momento no qual definiu alguns vetores para a aplicação do princípio, que são a mínima ofensividade da conduta do agente, a nenhuma periculosidade social da ação, o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada. Para além destes, tem sido valorados pelo STF e também pelo STJ critérios subjetivos, ligados à vítima ou ao acusado, tais como conduta voltada à prática de crimes, reincidência e circunstâncias judiciais desfavoráveis.

O que se percebe por mais dos casos é que o princípio da insignificância deixa de ser aplicado em alguns casos mais em razão dos critérios subjetivos do que por força dos quesitos estabelecidos em 2004. A quantidade de anotações em fichas criminais ou ações penais em curso tem constituído barreira para a aplicação desse instituto despenalizador levando-se em consideração questões ainda não confirmadas por trânsito em julgado. Por óbvio que esse instituto não deve ser banalizado, sendo utilizado à toda sorte, contudo, deve ser coerente. Por esta razão critica-se os vetores articulados pela Corte Maior e se protesta no sentido de pedir a eleição de fatos objetivos e coerentes com o fim a que se propõe o princípio da insignificância, que é afastar a atuação do Direito Penal nos casos em que sua ação torna-se desproporcional ao necessário.

Por outro lado, tem-se a temática do Direito Penal do Inimigo. Motivado pela crescente criminalidade no mundo, o alemão Günther Jakobs desenvolve uma teoria, claramente afeta à vertente do Direito Penal Máximo, que apregoa

maior rigidez na aplicação da lei penal. Em verdade, a proposta de Jakobs é que se haja uma distinção entre os cidadãos, pessoas que vivem de acordo com os ditames do Estado, que podem até praticar alguma conduta ilícita, mas que são facilmente reintegrados na sociedade. Por outro lado, ele descreve os inimigos, pessoas que não aceitam a autoridade do Estado e que vivem a delinquir, trazendo riscos à sociedade, como se não tivessem aderido ao pacto social. Esses não devem fazer jus a todas as garantias que os cidadãos, mas devem suportar a punição do Estado como elementos de perigo à perpetuação da vida em sociedade.

Pode parecer remota a possibilidade de se aplicar tal teoria em qualquer Estado Democrático de Direito, mas a sociedade tem clamado por maior rigor para com aqueles que cometem crimes. Nesse sentido, pode-se perceber que até mesmo no Brasil essa teoria já tem se infiltrado, sendo percebida na lei de crimes hediondos, Lei nº 8.072/1990, a lei contra as organizações criminosas, Lei nº 12.850/2013, a lei do abate de aviões, Lei nº 9.614/1998, e a instituição do RDD, previsto na Lei de Execução Penal, Lei nº 7.210/1984.

O enrijecimento do Direito Penal, o cerceamento de alguns direitos e a retirada de algumas garantias são realidades propostas por todas as correntes adeptas do Direito Penal Máximo. Todavia, é válido perceber que para trazer essa maior dureza na aplicação da lei penal o legislador ou a jurisprudência tem de direcionar a força repressiva do Estado em alguma direção. É sabido que a maioria da massa carcerária do Brasil é de pessoa de origem pobre, de pouca instrução, sendo que vários deles respondem por crimes contra o patrimônio. A questão a ser levantada é: a quem será direcionado todo esse rigor do Estado quando da aplicação da lei? Àqueles que respondem por crimes do colarinho branco ou ao batedor de carteiras? Não se pretende aqui fazer uma vitimização, mas atentar para um fato: atualmente no Brasil, quem cumpre pena é o menos favorecido, o menos privilegiado, o mais pobre, aquele que é desprezado pelas roupas que usa, pela cor da pele, pelo cheiro que exala.

Sem pretensão de fazer demagogia afirma-se que, as garantias constitucionais devem ser mantidas no processo penal. O direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado para o início do cumprimento de pena deve ser mantido. O direito de começar a cumprir pena em regime diverso do fechado deve ser defendido, mesmo para crimes hediondos, como bem decidiu o STF no

último ano. Enfim, permitir que correntes como o Direito Penal do Inimigo se ganhem espaço em nosso ordenamento jurídico é fechar os olhos para a realidade daquele que tem contra si uma ação penal em curso, é renegar a luta de tantos anos por direitos verdadeiramente humanos, é abandonar o hipossuficiente aos mais variados desmandos.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Andréia Fernandes de. SILVEIRA, Adrian Rodrigues da. Uma releitura do poder no Estado Absolutista. *In: Legis Augustus*. Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, p. 69-84, jan./jun. 2013. Disponível em:

<<http://apl.unisuam.edu.br/revistas/index.php/legisaugustus/article/view/458/0>> Acesso em 20 out. 2018.

ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. Os Princípios Constitucionais Entre Deontologia E Axiologia: Pressupostos Para Uma Teoria Hermenêutica Democrática. *In: Revista Direito GV*, São Paulo, a. 4, n. 2, p. 493-516, jul./dez., 2008. Disponível em:

<<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a07v4n2.pdf>>. Acesso em 06 nov. 2018.

ALVES, Patricia Oliveira. ALVES, Poliana O. **Evolução do Direito Penal e suas penas no Brasil**. Publicado em 26 de maio de 2015. Disponível em:

<<https://polianaoliveira31.jusbrasil.com.br/artigos/191264218/evolucao-do-direito-penal-e-suas-penas-no-brasil>>. Acesso em 31 out. 2018.

AMARAL, Roberto. SOUZA, Camila Cristina. PEREIRA, Crislene Silva. O tempo e a eternidade em Santo Agostinho. *In: Revista Vozes dos Vales da UFVJM: Publicações Acadêmicas*, n. 02, a. 1, 2012. Disponível em:

<[http://site.ufvjm.edu.br/revistamultidisciplinar/files/2011/09/O-Tempo-e-a-Eternidade-em-Santo-Agostinho\\_crislene\\_camila.pdf](http://site.ufvjm.edu.br/revistamultidisciplinar/files/2011/09/O-Tempo-e-a-Eternidade-em-Santo-Agostinho_crislene_camila.pdf)>. Acesso em 11 ago. 2018.

ASSUNÇÃO, Calil Rodrigues Carvalho. O princípio da legalidade e suas vertentes no Direito Penal Brasileiro. *In: Revista Jus Navigandi*, Teresina, outubro de 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/52988/o-principio-da-legalidade-e-suas-vertentes-no-direito-penal-brasileiro/1>> Acesso em 30 out. 2018.

BARBOSA, Maria Izabel. A contribuição de Bossuet à glória do Rei Sol. *In: Akropolis, Umuarama*, v. 15, n. 1 e 2, p. 61-72, jan./jun. 2007. Disponível em:

<<http://revistas.unipar.br/index.php/akropolis/article/viewFile/1417/1240>> Acesso em 20 out. 2018.

BARBOSA, Oriana Piske de A.; SARACHO, Antonio Benites. **Estado Democrático de Direito - Superação do Estado Liberal e do Estado Social**. Disponível em:

<<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2018/estado-democratico-de-direito-superacao-do-estado-liberal-e-do-estado-social-juiza-oriana-piske>> Acesso em 20 out. 2018.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Disponível em:

<<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/delitosB.pdf>>. Acesso em 08 abr. 2018.

BEDIN, Cléia de Fátima. **A aplicação do princípio da insignificância no crime contra o patrimônio denominado furto famélico**. Monografia (Bacharel em Direito) - Universidade Comunitária da Região de Chapecó, Chapecó, 2012. Disponível em: <<https://www.unochapeco.edu.br/static/data/portal/downloads/1678.pdf>>. Acesso em 11 nov. 2018.

BELO, Warley. Princípio da Reserva Legal. *In: Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF: 16 set. 2008. Disponível em: <[http://www.conteudojuridico.com.br/?colunas&colunista=56\\_Warley\\_Belo&ver=27](http://www.conteudojuridico.com.br/?colunas&colunista=56_Warley_Belo&ver=27)>. Acesso em: 30 out. 2018.

BÍBLIA SAGRADA, **Execução do homicida**. Tradução de João Ferreira de Almeida. Barueri: Sociedade Bíblica do Brasil, 2000.

\_\_\_\_\_, **Leis acerca da violência**. Tradução de João Ferreira de Almeida. Barueri: Sociedade Bíblica do Brasil, 2000.

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. v. 1. 17. ed. Saraiva: São Paulo, 2012.

BORGES, Rodrigo Lanzi de Moraes. O conceito de princípio: uma questão de critério. *In: Revista Direitos Fundamentais e Democracia*. v. 7. n. 7. Jan./jun., p. 247-269, 2010. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/download/244/238>>. Acesso em 07 nov. 2018.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 29 out. 2018.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)> Acesso em 30 out. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal, **Habeas Corpus 119.837 MG - MINAS GERAIS** 9992876-47.2013.1.00.0000, Relator: Min. Roberto Barroso, Data de Julgamento: 06/11/2017, Data de Publicação: DJe-256 10/11/2017. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/519718873/habeas-corpus-hc-119837-mg-minas-gerais-9992876-4720131000000>>. Acesso em 18 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292 São Paulo**, Relator: Min. Teori Zavaski, julgado em 17/02/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1096424>>. Acesso em 25 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 133.566**, Relatora: Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, julgado em 05/04/2016. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/340030159/habeas-corpus-hc-133566-rs-rio-grande-do-sul-0051822-8020161000000/inteiro-teor-340030173?ref=juris-tabs>>. Acesso em 18 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal, **Habeas Corpus 138.749 MG - MINAS GERAIS 0062966-51.2016.1.00.0000**, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Data de Julgamento: 23/10/2017, Data de Publicação: DJe-245 26/10/2017. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/513644133/habeas-corpus-hc-138749-mg-minas-gerais-0062966-5120161000000>>. Acesso em 18 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **MC HC: 163.762 SP - SÃO PAULO**, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 05/11/2018, Data de Publicação: DJe-237 08/11/2018. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/645927142/medida-cautelar-no-habeas-corpus-mc-hc-163762-sp-sao-paulo>>. Acesso em 18 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 84.412**, Relator: Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 19/10/2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79595>>. Acesso em 15 nov. 2018.

BRITO, Sara Asseis de. GODOI, Damião pereira de. **Os princípios no sistema jurídico e a Constituição**. Disponível em: <<http://www.aems.edu.br/publicacao/edicaoanterior/2013/downloads/Artigo%202.pdf>>. Acesso em 09 nov. 2018.

BRUN, Gabrielle Damiani. **Questões relativas à consideração de critério subjetivos para aplicação do princípio da insignificância**. Trabalho de Conclusão (Bacharel em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/135047/000986905.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

CALDEIRA, Felipe Machado. A evolução histórica, filosófica e teórica da pena. *In: Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, n. 45, v.12, p. 255-272, 2009. Disponível em: <[http://www.emerj.rj.gov.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista45/Revista45\\_255.pdf](http://www.emerj.rj.gov.br/revistaemerj_online/edicoes/revista45/Revista45_255.pdf)> Acesso em 30 abr. 2018.

CAMPOS, Marina Lemos de. Teorias da pena: funções e legitimação do direito de punir estatal. *In: Diritto: portal eletrônico de informações*, 08 set. 2011. Disponível em: <<https://www.diritto.it/teorias-da-pena-funcoes-e-legitimacao-do-direito-de-punir-estatal/>>. Acesso em 02 nov. 2018.

CAMPOS, Wellington José. O absolutismo e a formação dos Estados Nacionais. *In: Revista História, imagem e narrativas*, Belo Horizonte, n. 8,

abril/2009. Disponível em: <<http://www.historiaimagem.com.br>> Acesso em: 05 out. 2018.

CASTRO, Diogo Luís de. **O Estado Democrático de Direito**. Disponível em: <[https://www.univates.br/media/graduacao/direito/O\\_ESTADO\\_DEMOCRATICO\\_DE\\_DIREITO.pdf](https://www.univates.br/media/graduacao/direito/O_ESTADO_DEMOCRATICO_DE_DIREITO.pdf)> Acesso em 23 out. 2018.

CAVALCANTE, Karla Karênina Andrade Carlos. Evolução histórica do direito penal. *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, a. 3, n. 11, nov 2002. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=4756](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4756)>. Acesso em 29 mai. 2018.

CHIAVERINI, Tatiana. **Origem da pena de prisão**. Disponível em: <<http://www.observatoriodeseguranca.org/files/Origem%20da%20pena%20de%20pris%C3%A3o.pdf>> Acesso em 25 ago. 2018.

COIMBRA, Ticiane Aparecida. **O princípio da insignificância no Direito Penal Brasileiro**. Monografia (Graduação em Direito) - Universidade Presidente Antônio Carlos, Barbacena-MG, 2011. Disponível em: <<http://www.unipac.br/site/bb/tcc/tcc-2c8c4f165ec63b87ab216c545f7e7f6a.pdf>>. Acesso em 08 nov. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). BNMO 2,0 revela o perfil da população carcerária brasileira. Publicado em 09 de agosto de 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87316-bnmp-2-0-revela-o-perfil-da-populacao-carceraria-brasileira>>. Acesso em 25 nov. 2018.

CORRÊA, Daniel Marinho. O Princípio da Legalidade no Direito Penal. *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, a. 14, n. 89, jun 2011. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9850](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9850)>. Acesso em 30 out. 2018.

CORSI, Éthore Conceição. Pena: Origem, evolução, finalidade, aplicação no Brasil, sistemas prisionais e políticas públicas que melhorariam ou minimizariam a aplicação da pena. *In: Âmbito jurídico*. Rio Grande, a. 19, n. 149, jun 2016. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=17376](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17376)>. Acesso em 12 jul 2018.

COSTA, Célio Juvenal et all. História do Direito Português no período das Ordenações Reais. *In: Congresso Internacional de História, ANAIS...*, 21-23 set. 2011. Disponível em: <<http://www.cih.uem.br/anais/2011/trabalhos/153.pdf>>. Acesso em 31 out. 2018.

COSTA, Naiara Lauriene Souza; RIBEIRO, Gilman Horta; BRASIL, Deilton Ribeiro. Código de Manu: Principais aspectos. *In: Athenas*, v. 2, a. 3, ago-dez. 88-94. 2014. Disponível em:

<[http://www.fdcl.com.br/revista/site/download/fdcl\\_athenas\\_ano3\\_vol2\\_2014\\_artigo6.pdf](http://www.fdcl.com.br/revista/site/download/fdcl_athenas_ano3_vol2_2014_artigo6.pdf)> Acesso em 29 mai. 2018.

COUCEIRO, Julio Cezar da Silveira. Princípio da Separação de Poderes em corrente tripartite. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, a. 14, n. 94, nov 2011. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo\\_id=10678&n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10678&n_link=revista_artigos_leitura)>. Acesso em 26 out. 2018.

CRUZ NETTO, Moysés da.; RANGEL, Tauã Lima Verdan. Uma análise sobre o princípio da insignificância. In: **Boletim Jurídico**, Uberaba, a. 13, no 1532. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/4627/uma-analise-principio-insignificancia>> Acesso em: 07 nov. 2018.

DICIO. Dicionário online de Português. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/empalar/>> Acesso em 30 ago. 2018.

ELIAS, Norbert. **O processo civilizador: formação do Estado e Civilização**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1993.

FADEL, Francisco Ubirajara Camargo. Breve história do Direito Penal e da Evolução da Pena. In: **Revista Eletrônica Jurídica - REJUR**, n.1, p. 60-69, jan.-jun., 2012. Disponível em: <[http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/breve\\_historia\\_do\\_direito\\_penal\\_e\\_da\\_evolucao\\_da\\_pena.pdf](http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/breve_historia_do_direito_penal_e_da_evolucao_da_pena.pdf)> Acesso em 21 mai. 2018.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**, 7. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015.

FLORENZANO, Fernando Wesley. Princípio da Insignificância no Direito Penal Brasileiro. ***luris in mente***: revista de direitos fundamentais e políticas públicas, Itumbiara, a. 3, n. 2, p. 23-45, jul.-dez. 2017. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:U-WD852XGicJ:www.periodicos.ulbra.br/index.php/iuris/article/download/3621/2761+&cd=29&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em 10 nov. 2018.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: NAU, 2005.

\_\_\_\_\_. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 27. ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

FREITAS JÚNIOR, Antônio de. O pensamento político de Maquiavel. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 44 n. 174, p. 205-211, abr./jun. 2007. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/141333/R174-10.pdf>> Acesso em 20 out. 2018.

FREITAS JUNIOR, Dorival de. **Princípio da legalidade (taxatividade da lei) como garantia da dignidade humana**. Disponível em:

<[http://unisal.br/hotsite/mostraderesponsabilidadesocial/wp-content/uploads/sites/11/2016/08/Artigo-Dorival-de-Freitas-Junior-T%C3%ADtulo-Princ%C3%ADpio-da-Legalidade-como-garantia\\_da\\_dignidade\\_humana.pdf](http://unisal.br/hotsite/mostraderesponsabilidadesocial/wp-content/uploads/sites/11/2016/08/Artigo-Dorival-de-Freitas-Junior-T%C3%ADtulo-Princ%C3%ADpio-da-Legalidade-como-garantia_da_dignidade_humana.pdf)>. Acesso em 30 out. 2018.

GOMES, José Vitor Lemes. **Fontes teóricas do Estado Democrático de Direito: A vertente francesa.** Disponível em: <<https://www.anpocs.com/index.php/papers-36-encontro/gt-2/gt04-2/7874-as-fontes-teoricas-do-estado-democratico-de-direito-a-vertente-francesa/file>> Acesso em 26 out. 2018.

HAAS, Juliana; CHAVES JUNIOR, Airto. O princípio da insignificância na jurisprudência do Supremo Tribunal Federa. *In: Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajaí, v.8, n.2, 2 quadr. 2013. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/viewFile/5481/2905>>. Acesso em 17 nov. 2018.

JACOB, Cleilson. **A evolução das penas e a contribuição do agente penitenciário na execução penal, como fator ressocializador do preso: uma análise frente à lei de execução penal.** Monografia (Bacharel em Direito) – Universidade Federal de Rondônia, Cacoal, 2016. Disponível em: <<http://www.ri.unir.br/jspui/bitstream/123456789/760/1/monografia%20oficial.pdf>> Acesso em 20 mai. 2018.

JOLO, Ana Flávia. **Evolução histórica do Direito Penal.** Disponível em: <<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/revista/index.php/ETIC/article/view/3298/3049>> Acesso em 29 mai. 2018.

LE GOFF; Jacques; SCHMITT, Jean-Claude. **Dicionário Temático do Ocidente Medieval.** FRANCO JÚNIOR, Hilário (trad.), Bauru: Edusc, 2006.

LEAL, João José. **Direito Penal Geral.** São Paulo: Atlas S.A., 1998.

LEITE, Maria Oderlânia Torquato. FREITAS, Francisco Roberto Dias de. As bases e os desafios da ciência do direito: uma análise da normatividade dos princípios jurídicos. *In: Revista Teorias do Direito e Realismo Jurídico*, Brasília, v. 2, n. 1, p. 127-147, jan.-jun. 2016. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:yx4tiEjPasQJ:www.indexlaw.org/index.php/teoriasdireito/article/download/412/413+&cd=17&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em 09 nov. 2018.

LIBERATTI, Giovana de Oliveira. A evolução histórica e doutrinária da pena e sua finalidade à luz do ideal de ressocialização. *In: Boletim Jurídico*, Uberaba, a. 13, n. 1.150, 18 mar. 2014. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=3302>> Acesso em 07 mar. 2018.

LOPES, Cláudio Ribeiro. BORGHI, Máisa Burdini. OLIVEIRA, Rafaella Marques de. Breve estudo sobre as teorias dos fins da pena: um olhar histórico-contemplativo sobre a realidade contemporânea. *In: Conteúdo*

**Jurídico**, Brasília, 17 fev. 2011. Disponível em:  
<<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.31289>> Acesso em 01 de mai. 2018.

LYON, Henry R. **Dicionário da Idade Média**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1990.

MACEDO, Jacqueline Dantas. Princípio da Supremacia do Interesse Público. *In: Conteúdo Jurídico*, Brasília, 2015. Disponível em:  
<<https://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj045760.pdf>> Acesso em 30 out. 2018.

MACHADO, Bruna Nascimento. BORGES, Fábio Ruz. As teorias da pena e sua evolução histórica. *In: Revista Jus Navigandi*, Teresina, 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/56031/as-teorias-da-pena-e-sua-evolucao-historica>> Acesso em 01 de mai. 2018.

MADEIRA, Lígia Mori. **História do Direito Medieval: heranças jurídico-políticas para a construção da modernidade**. Disponível em:  
<[https://www.tjrs.jus.br/export/poder\\_judiciario/historia/memorial\\_do\\_poder\\_judiciario/memorial\\_judiciario\\_gaicho/revista\\_justica\\_e\\_historia/issn\\_1677-065x/v8n15n16/Historia\\_do\\_direito\\_medieval.pdf](https://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/historia/memorial_do_poder_judiciario/memorial_judiciario_gaicho/revista_justica_e_historia/issn_1677-065x/v8n15n16/Historia_do_direito_medieval.pdf)> Acesso em 30 jun. 2018.

MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. PEREIRA, Henrique Viana. **A influência da economia no Direito Penal**. Disponível em:  
<<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2012/08/PDF-D15-08.pdf>>. Acesso em 24 nov. 2018.

MALDONADO, Maurílio. **Separação dos poderes e sistema de freios e contrapesos: desenvolvimento no Estado Brasileiro**. Disponível em:  
<[https://www.al.sp.gov.br/StaticFile/ilp/separacao\\_de\\_poderes.pdf](https://www.al.sp.gov.br/StaticFile/ilp/separacao_de_poderes.pdf)> Acesso em 26 out. 2018.

MARQUES, J. O. de Almeida. Forçar-nos a ser livres? O paradoxo da liberdade no Contrato social de Jean-Jacques Rousseau. *In: Cadernos De Ética e Filosofia Política*, v. 16, n. 1, p. 99-114, 2010. Disponível em:  
<<https://www.revistas.usp.br/cefp/article/view/82596>> Acesso em 26 out. 2018.

MARTÍN, Antonio Contreras. De Vlad III, Príncipe de Valaquia, a Vladislaus Szeklys. *Historia y leyenda. In: Medievalia*, v. 18, n. 1, 2015, p. 151-164. Disponível em:  
<<https://www.raco.cat/index.php/Medievalia/article/viewFile/308854/398846>> Acesso em 30 ago. 2018.

MARTINS, Sergio Pinto. Luis XIV. *In: Jornal Carta Forense: portal eletrônico de informações*, 04 nov. 2014. Disponível em:  
<<http://www.carteforense.com.br/conteudo/colunas/luis-xiv/14651>> Acesso em 11 out. 2018.

MATSUURA, Lilian. Número de presos dobra em oito anos no Brasil. *In: Conjur*: portal eletrônico de informações, agosto de 2009. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2009-ago-26/numero-presos-dobra-reintegracao-deixa-objetivo-estado>>. Acesso em 25 nov. 2018.

MEDEIROS, Leandro Peixoto. Abolicionismo penal e direito penal máximo: breves apontamentos sobre a dicotomia teórico-estrutural. *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, a. 16, n. 109, fev 2013. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12802](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12802)>. Acesso em 24 nov. 2018.

MEISTER, Mauro Fernando. Olho por olho: A Lei de Talião no contexto bíblico. *In: Fides Reformata XII*, n. 1, p. 57-71, 2007. Disponível em: <[http://www.mackenzie.br/fileadmin/Mantenedora/CPAJ/revista/VOLUME\\_XII\\_2007\\_\\_1/mauro.pdf](http://www.mackenzie.br/fileadmin/Mantenedora/CPAJ/revista/VOLUME_XII_2007__1/mauro.pdf)> Acesso em 26 mai. 2018.

MIRANDA, Victor Bacelete. A liberdade do homem rousseauiano no estado democrático de direito. *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, a. 17, n. 129, out 2014. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=15370](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15370)>. Acesso em 26 out. 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MONTEIRO, Emanuella Moschen. BURATTO, Marjory. VIEIRA, Tiago Vidal. O princípio da insignificância e a reiteração criminosa. *In: 12º Encontro Científico Cultural Interinstitucional, ANAIS...*, 14-16 out. 2014. Disponível em: <<https://www.fag.edu.br/upload/ecci/anais/559530c213ed9.pdf>>. Acesso em 18 nov. 2018.

MORAES, Júlia Aragão de. **O princípio da insignificância e a exclusão da tipicidade**. Artigo Científico (Especialista Lato Sensu) - Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos\\_conclusao/1semestre2012/trabalhos\\_12012/juliaaragaomoraes.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2012/trabalhos_12012/juliaaragaomoraes.pdf)>. Acesso em 07 nov. 2018.

MORAES, Henrique Viana Bandeira. Das funções da pena. *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, a. 16, n. 108, jan 2013. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12620](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12620)>. Acesso em 02 nov. 2018.

MORAES, Ricardo Quartim de. A evolução histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente. *In: Revista de Informação Legislativa*, a. 51, n. 204, p.269-285, out.-dez. 2014. Disponível em: <[https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/204/ril\\_v51\\_n204\\_p269.pdf](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/204/ril_v51_n204_p269.pdf)> Acesso em 20 out. 2018.

MORAIS, Márcio Eduardo da Silva Pedrosa. Sobre a evolução do Estado. Do Estado absolutista ao Estado Democrático de Direito. *In: Revista Jus Navigandi*, Teresina, a. 16, n. 2833, 4 abr. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/18831>>. Acesso em: 20 out. 2018.

MOURA, Aline Cristina Boska de. VARGAS, Ana Paula Ovçar. **Direito Penal do Inimigo e a Legislação Brasileira**. Disponível em: <[http://uniesp.edu.br/sites/\\_biblioteca/revistas/20170601130904.pdf](http://uniesp.edu.br/sites/_biblioteca/revistas/20170601130904.pdf)>. Acesso em 20 nov. 2018.

NERY, Déa Carla Pereira. Teorias da Pena e sua Finalidade no Direito Penal Brasileiro. *In: Universo Jurídico*, Juiz de Fora, a. 11, 20 de jun. de 2005. Disponível em: <[http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/2146/teorias\\_da\\_pena\\_e\\_sua\\_finalidade\\_no\\_direito\\_penal\\_brasileiro](http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/2146/teorias_da_pena_e_sua_finalidade_no_direito_penal_brasileiro) [2] >. Acesso em: 02 nov. 2018.

ODON, Tiago Ivo. **Tolerância Zero e Janelas Quebradas**: sobre os riscos de se importar teorias e políticas. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/ CONLEG/ Senado, 2016. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/519162>>. Acesso em 20 nov. 2018.

OLIVEIRA, Alice. FREIRE, Fábila Carolyne da Silva. COSTA, Maria de Fátima Ferreira da. Evolução histórica das penas. Dos espetáculos punitivos à alternativa ressocializador. *In: Jusbrasil*: portal eletrônico de informações, 09 jun. 2016. Disponível em: <<https://aliceoliveira1.jusbrasil.com.br/artigos/347455966/evolucao-historica-das-penas>>. Acesso em 02 nov. 2018.

OLIVEIRA, Marcus Bazzarella de; RANGEL, Tauã Lima Verdan. Direito penal do inimigo: solução ou retrocesso?. *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XX, n. 162, jul 2017. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=19088&revista\\_caderno=3](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19088&revista_caderno=3)>. Acesso em 25 nov. 2018.

OLIVEIRA, Yoko Aparecida Nakamura de. SEIXAS, Bernardo Silva de. Direito Penal Do Inimigo: Análise do direito penal do inimigo face à Constituição Federal De 1988. *In: Actio Revista De Estudos Jurídicos*, Maringá, v. 1, n. 26, jul.-dez. 2016. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:ynTS9vbghgUJ:www.actiorevista.com.br/index.php/actiorevista/article/download/40/56+&cd=11&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em 21 nov. 2018.

ORMELES, Vinícius Fernandes. Vedações Penais Constitucionais. *In: Boletim Jurídico*, Uberaba, a. 12, no 752. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/2090/vedacoes-penais-constitucionais>> Acesso em: 31 out. 2018.

PASCHOAL, Jorge Coutinho. ALVES JÚNIOR, Gilberto. As Ordenações do Reino de Portugal e o Sistema Criminal de sua época. *In: Empório Direito*: portal eletrônico de informações, 24 de novembro de 2016. Disponível em:

<<http://emporiododireito.com.br/leitura/as-ordenacoes-do-reino-de-portugal-e-o-sistema-criminal-de-sua-epoca-por-jorge-coutinho-paschoal-e-gilberto-alves-junior>>. Acesso em 31 out. 2018.

PERISSOLI, Diogo de Oliveira. Análise detalhada do princípio da insignificância. *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, a. 18, n. 141, out 2015.

Disponível em:

<[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=16481&revista\\_caderno=3](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16481&revista_caderno=3)>. Acesso em 10 nov. 2018.

PETERS, Edward. **História da Tortura**. Disponível em:

<<http://politicaedireito.org/br/wp-content/uploads/2017/02/Historia-da-Tortura-Edward-Peters.pdf>> Acesso em 30 ago. 2018.

PRADO, Lucas de Melo. A Crise da Soberania e do Estado Moderno em uma Perspectiva Tridimensional. *In: Revista de Direito Público*, Londrina, v. 7, n. 2, p. 91-112, mai.-ago. 2012. Disponível em:

<<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/viewFile/11487/11276>> Acesso em 20 out. 2018.

PRETEL, Mariana Pretel e. Princípios constitucionais: conceito, distinções e aplicabilidade. *In: Conteúdo Jurídico*, Brasília, 26 mar. 2009. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.23507&seo=1>>. Acesso em: 07 nov. 2018.

PURNHAGEN, Thayse Catherine; BODNAR, Zenildo. A aplicabilidade do princípio da insignificância nos crimes ambientais. *In: Revista Eletrônica de Iniciação Científica*. Itajaí, v. 3, n.2, p. 1448-1466, 2 trim. 2012. Disponível em: <[https://www.univali.br/graduacao/direito-itajai/publicacoes/revista-de-iniciacao-cientifica-ricc/edicoes/Lists/Artigos/Attachments/501/arquivo\\_87.pdf](https://www.univali.br/graduacao/direito-itajai/publicacoes/revista-de-iniciacao-cientifica-ricc/edicoes/Lists/Artigos/Attachments/501/arquivo_87.pdf)>. Acesso em 11 nov. 2018.

RABÊLO, Júlio César do Nascimento. NASCIMENTO, Luciana Rodrigues Passos. **A teoria do Direito Penal do Inimigo como fruto do Expansionismo Penal e sua Presença no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Disponível em:

<<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=085a2f56bfb27cb2>>. Acesso em 20 nov. 2018.

RANGEL, Tauã Lima Verdan. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. *In: Conteúdo Jurídico*, Brasília, 20 jul. 2012. Disponível em:

<<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.38021&seo=1>>. Acesso em: 30 out. 2018.

RAZABONI JUNIOR, Ricardo Bispo. Direito Penal do Inimigo e seu eco na sociedade brasileira: estudo de caso na Fundação Educacional do Município de Assis (FEMA). *In: Revista LEVS/UNESP*, Marília, 2017. Disponível em:

<<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:ZkdcFY3qjk8J:www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/levs/article/view/7014/4500+&cd=18&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em 18 nov. 2018.

RIBEIRO, Glauber Henrique Valverde Pereira. O estado da arte sobre o princípio da insignificância no Supremo Tribunal Federal. *In: Jusbrasil: portal eletrônico de informações*, 24 jun. 2016. Disponível em: <<https://saradoc360.jusbrasil.com.br/artigos/353535103/o-estado-da-arte-sobre-o-principio-da-insignificancia-no-supremo-tribunal-federal>>. Acesso em 15 nov. 2018.

RITT, Leila Eliana Hoffmann. **O princípio da proporcionalidade como instrumento de solução de conflitos entre os princípios constitucionais e efetivação dos direitos fundamentais**. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/principio.pdf>>. Acesso em 07 out. 2018.

RODRIGUES, Luiz Gonzaga Goulart. O princípio da insignificância e os crimes contra a ordem tributária. *In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 106-107, p. 749-775, jan.-dez. 2011-2012. Disponível em: <<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:SCezLrg561cJ:https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67964/70572/+&cd=3&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em 10 nov. 2018.

ROSA, Rafael. **Evolução histórica do Direito Penal**. Disponível em: <<https://pt.linkedin.com/pulse/evolu%C3%A7%C3%A3o-hist%C3%B3rica-do-direito-penal-rafael-rosa>> Acesso em 29 mai. 2018.

ROSSETTO, Enio Luiz. **Teoria e aplicação da pena**. São Paulo: Atlas, 2014.

SANNINI NETO, Francisco. Direito Penal do inimigo e Estado Democrático de Direito: compatibilidade? *In: Jusbrasil: portal eletrônico de informações*, out. 2013. Disponível em: <<https://franciscosannini.jusbrasil.com.br/artigos/121943700/direito-penal-do-inimigo-e-estado-democratico-de-direito-compatibilidade>>. Acesso em 25 nov. 2018.

SANTOS, Adairson Alves dos. O Estado Democrático de Direito. *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, a. 14, n. 91, ago. 2011. Disponível em: <[http://ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10143](http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10143)>. Acesso em 20 out. 2018.

SANTOS, Vitor Condorelli. PEIXOTO, Jerônimo Nunes. A igualdade da pessoa: do Absolutismo Teocrático ao Estado Democrático de Direito. *In: Revista do Curso de Direito – FANESE*, v. 4, n. 1, set. 2014. Disponível em: <[http://app.fanese.edu.br/rd\\_direito/wp-content/uploads/2014/10/A-IGUALDADE-DA-PESSOA-DO-ABSOLUTISMO-TEOCR%C3%81TICO-AO-ESTADO-DEMOCR%C3%81TICO-DE-DIREITO.pdf](http://app.fanese.edu.br/rd_direito/wp-content/uploads/2014/10/A-IGUALDADE-DA-PESSOA-DO-ABSOLUTISMO-TEOCR%C3%81TICO-AO-ESTADO-DEMOCR%C3%81TICO-DE-DIREITO.pdf)> Acesso em 11 out. 2018.

SARTOTI, Rodrigo Alessandro. **A luz e as trevas: os aspectos históricos, políticos e jurídicos da Inquisição na Idade Moderna**. Disponível em:

<<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/30622-32425-1-PB.pdf>>  
Acesso em 21 ago. 2018.

SCHWARCZ, Lilia K. Moritz. Peter Burke. A fabricação do rei. A construção da imagem pública de Luis XIV. *In: Revista de Antropologia*, São Paulo, v. 43, n. 1, 2000. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ra/v43n1/v43n1a09.pdf>>  
Acesso em 11 out. 2018.

SILVA, Eduardo Almeida Pellerin da. Algumas lucubrações sobre o princípio da legalidade no Direito Penal brasileiro. *In: Revista Jus Navigandi*, Teresina, fev. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23745/algumas-lucubracoes-sobre-o-principio-da-legalidade-no-direito-penal-brasileiro/1>>  
Acesso em 30 out. 2018.

SILVA, Felipe Antônio Falante da. Princípio da insignificância no STF e no STJ. *In: Revista Jus Navigandi*, Teresina, jun. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/58707/principio-da-insignificancia-no-stf-e-no-stj>>. Acesso em 17 nov. 2018.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *In: Revista Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 212, p. 89-94, abr.-jun., 1998. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47169/45637>>  
Acesso em 28 out. 2018.

SILVA, José Cirilo Cordeiro. CASAGRANDE, Elaine Glaci Fumagalli Errador. Os princípios constitucionais incidentes no direito penal brasileiro. *In: Revista Eletrônica Direito, Justiça e Cidadania*, v. 1, n. 1, 2010. Disponível em: <[http://docs.uninove.br/arte/fac/publicacoes/pdfs/jose\\_cirilo.pdf](http://docs.uninove.br/arte/fac/publicacoes/pdfs/jose_cirilo.pdf)>. Acesso em 30 out. 2018.

SILVA, Louise Trigo da. Algumas reflexões sobre o Direito Penal Máximo. *In: Revista Direito Mackenzie*, v. 6. n. 2, p. 217-224. Disponível em: <<http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/viewFile/6649/4617>>. Acesso em 24 nov. 2018.

SILVA, Marcos Faleiros da. Julgamentos de STF e STJ se baseiam na teoria do Direito Penal do Inimigo. *In: Revista Consultor Jurídico*: portal eletrônico de informações, 6 mar. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mar-06/marcos-silva-decisoes-stf-stj-mitigam-direitos-fundamentais>>. Acesso em 25 nov. 2018.

SILVEIRA, Renan Santana. A execução provisória da pena sob a ótica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *In: Revista Eletrônica Jurídico-Institucional do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte*, a. 7. n. 12, jul.-dez. 2017, p. 1-14. Disponível em: <[http://www.mprn.mp.br/revistaeletronicamprn/abrir\\_artigo.asp?cod=1078](http://www.mprn.mp.br/revistaeletronicamprn/abrir_artigo.asp?cod=1078)>. Acesso em 25 nov. 2018.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Direito penal mínimo versus direito penal máximo. *In: Jusbrasil: portal eletrônico de informações*, nov. 2012. Disponível em: <<https://amp-mg.jusbrasil.com.br/noticias/100211136/direito-penal-minimo-versus-direito-penal-maximo>>. Acesso em 24 nov. 2018.

SINOSINI, Giovanni Carvalho. **Evolução histórica da pena de prisão e os sistemas penitenciários**. Disponível em: <[http://revistaunar.com.br/juridica/documentos/vol7\\_n3\\_2013/3evolucaohistoricadapenadeprisaoeossistemaspenitenciarios.pdf](http://revistaunar.com.br/juridica/documentos/vol7_n3_2013/3evolucaohistoricadapenadeprisaoeossistemaspenitenciarios.pdf)> Acesso em 01 set. 2018.

SOARES, Fabrício Antonio. Critérios para a fixação da pena-base e da pena provisória. *In: Revista Jus Navigandi*, Teresina, a. 11, n. 920, 9 jan. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7762>>. Acesso em: 30 out. 2018.

SOARES, Igor Alves Noberto. Brevíssimas considerações sobre a formação do estado democrático de direito. *In: Conteúdo Jurídico*, Brasília: 10 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.43814&seo=1>>. Acesso em: 20 out. 2018.

SOUZA, Ney de. Aspectos da Inquisição Medieval. *In: Revista de Cultura Teológica*, v. 19, n. 73, jan.-mar. 2011, p. 59-88.

SOUZA, Paula de Andrade e. **O Direito Penal do Inimigo e o Garantismo Penal**. Artigo Científico (Especialista *Lato Sensu*) - Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos\\_conclusao/1semestre2012/trabalhos\\_12012/paulaandradesouza.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2012/trabalhos_12012/paulaandradesouza.pdf)>. Acesso em 20 nov. 2018.

SOUZA, Sharon Cristine Ferreira de. OLIVEIRA, Thiago Vieira Mathias de. A Filosofia Política de Hobbes e o Estado Absolutista. *In: Revista de Direito Público*, Londrina, v, 4, n. 2, p. 16-36, set.-dez. 2009. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/10868>> Acesso em 20 out. 2018.

TAVARES, Nathália Escansetti. **A tipicidade penal moderna**. Artigo Científico (Especialista *Lato Sensu*) - Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos\\_conclusao/2semestre2014/trabalhos\\_22014/NathaliaEscansettiTavares.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2014/trabalhos_22014/NathaliaEscansettiTavares.pdf)>. Acesso em 10 nov. 2018.

TEIXEIRA, Sérgio William Domingues. **Estudo sobre a evolução da pena, dos sistemas prisionais e da realidade brasileira em execução penal** – propostas para melhoria do desempenho de uma vara de execução penal. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2008.

THOMAZI, Robson Luís Marques. Noções sobre a Evolução do Estado e do Direito. *In: Revista Jus Navigandi*, Teresina, abr. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/41647/noco-esobre-a-evolucao-do-estado-e-do-direito>> Acesso em 20 out. 2018.

VILELA, Hugo Otávio Tavares. Ordenações Filipinas e Código Criminal do Império do Brasil (1830) – Revisitando e Reescrevendo a História. *In: RJLB*, a. 3, n. 4, p. 767-780, 2017. Disponível em: <[www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2017/4/2017\\_04\\_0767\\_0780.pdf](http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2017/4/2017_04_0767_0780.pdf)>. Acesso em 25 set. 2018.

WINTER, Lairton Moacir. A concepção de Estado e de poder político em Maquiavel. *In: Tempo de ciência*. v. 13., n. 25, p. 117-128, jan.-jun. 2006. Disponível em: <<http://e-revista.unioeste.br/index.php/tempodaciencia/article/viewFile/1532/1250>> Acesso em 20 out. 2018.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos de história de direito**. 3. ed. 2.tir. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ZENI, Bruna Schlindwein; RECKZIEGEL, Tânia Regina Silva. Contrato Social, Estado Democrático de Direito e Participação Popular. *In: XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, ANAIS...*, 04-07 nov. 2009, São Paulo, p. 9343-9353. Disponível em: <[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao\\_paulo/2834.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2834.pdf)> Acesso em 25 out. 2018.

**ANEXO****ANEXO I - EMENTA DOS JULGADOS CITADOS**

DOCUMENTO 01:

**Processo**

HC 9992876-47.2013.1.00.0000 MG - MINAS GERAIS 9992876-47.2013.1.00.0000

**Partes**

PACIENTE(S): ANDERSON FERREIRA DE ASSIS,  
IMPETRANTE(S): DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO;  
COATOR(A/S) (ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**Publicação**

DJe-256 10/11/2017

**Julgamento**

6 de Novembro de 2017

**Relator**

Min. ROBERTO BARROSO

Decisão: EMENTA: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO CONSUMADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. 1. Trata-se de habeas corpus, com pedido de concessão de liminar, impetrado contra acórdão unânime da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, de relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior, que negou provimento ao REsp 1.346.878, assim ementado: “PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. FURTO. BEM CUJO VALOR NÃO SE REVELA ÍNFIMO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. 1. O valor relativo ao aparelho celular furtado (R\$ 200,00 - duzentos reais) não se revela ínfimo, uma vez que corresponde a mais de 50% do salário mínimo nacional à época do crime - R\$ 380,00 (trezentos e oitenta reais). 2. Não se encontram presentes todas as condições necessárias para que se considere insignificante a conduta praticada. 3. Agravo regimental improvido.” 2. Extraí-se dos autos que o paciente foi condenado a 1 ano e 6 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 10 dias-multa pela prática do crime de furto simples (art. 155, do Código Penal) porque teria subtraído um telefone celular,

avaliado em R\$200,00. 3. O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais deu provimento à apelação defensiva apenas para isentar os recorrentes das custas processuais, ratificando a sentença condenatória. 4. O Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o recurso especial, não acolheu a tese de insignificância penal da conduta. 5. Neste habeas corpus, a defesa reitera a tese de que deve ser aplicado o princípio da insignificância. 6. A Procuradoria-Geral da República opinou pelo não conhecimento do habeas corpus e, se conhecido, pela denegação da ordem. Decido. 7. O habeas corpus não deve ser concedido. 8. O Supremo Tribunal Federal não admite a utilização do habeas corpus em substituição à ação de revisão criminal (v.g, RHC119.605- AgR, Rel. da minha relatoria; HC 111.412-AgR, Rel. Min. Luiz Fux; RHC 114.890, Rel. Min. Dias Toffoli; HC 116.827-MC, Rel. Min. Teori Zavascki; RHC 116.204, Rel<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup>. Cármen Lúcia; e RHC 115.983, Rel. Min. Ricardo Lewandowski). No caso, em consulta à página oficial do Superior Tribunal de Justiça na internet, verifico que a condenação transitou em julgado, em 20.11.2013. 9. O caso não autoriza a concessão da ordem de ofício. 10. Lembro que o Plenário deste STF reiterou o entendimento de que o princípio da insignificância incide quando presentes, cumulativamente, as seguintes condições objetivas: (i) mínima ofensividade da conduta do agente, (ii) nenhuma periculosidade social da ação, (iii) grau reduzido de reprovabilidade do comportamento, e (iv) inexpressividade da lesão jurídica provocada, ressaltando, ainda, que a contumácia na prática delitiva impede a aplicação do princípio. 11. No caso de que se trata, não estão configurados os requisitos necessários ao reconhecimento da irrelevância material da conduta. Para além de observar que o paciente cumpre pena por delito de roubo em feito criminal diverso (informação obtida na página oficial do TJ/MG na internet), o fato é que o valor bem furtado, R\$200,00, representava mais de 50% do salário mínimo vigente à época. Tudo a impossibilitar o acolhimento do pedido de absolvição do paciente. 12. Diante do exposto, com base no art. 21, § 1º, do RI/STF, nego seguimento ao presente habeas corpus. Publique-se. Brasília, 06 de novembro de 2017. Ministro Luís Roberto Barroso  
Relator Documento assinado digitalmente.

(STF - HC: 119837 MG - MINAS GERAIS 9992876-47.2013.1.00.0000, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 06/11/2017, Data de Publicação: DJe-256 10/11/2017).

DOCUMENTO 02:

**Processo**

HABEAS CORPUS 126.292 SÃO PAULO

**Partes**

PACTE.(S) :MARCIO RODRIGUES DANTAS

IMPTE.(S) :MARIA CLAUDIA DE SEIXAS

COATOR(A/S)(ES) :RELATOR DO HC Nº 313.021 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**Publicação**

**Julgamento**

Brasília, 17 de fevereiro de 2016.

**Relator**

MIN. TEORI ZAVASCKI

EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. A C Ó R D Ã O Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria, em denegar a ordem, com a consequente revogação da liminar, nos termos do voto do Relator. Vencidos os Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski

(Presidente). Falou, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Procurador-Geral da República.

DOCUMENTO 03:

**Processo**

**HABEAS CORPUS 133.566 RIO GRANDE DO SUL**

**Partes**

PACTE.(S) : JOSE ORION FLORES CORREA

IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

COATOR (A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**Julgamento**

05/04/2016

**Relator**

MIN. CÁRMEN LÚCIA.

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. DESCAMINHO. REITERAÇÃO DELITIVA DO PACIENTE A IMPOSSIBILITAR A INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NECESSÁRIA CONTINUIDADE DA AÇÃO PENAL NA ORIGEM. ORDEM DENEGADA. 1. Contumácia delitiva do Paciente. A jurisprudência deste Supremo Tribunal é firme no sentido de não se cogitar da aplicação do princípio da insignificância em casos nos quais o réu incide na reiteração do descaminho, evidenciada pela existência de procedimentos administrativos fiscais em seu desfavor, como se tem nestes autos. 2. Ordem denegada.

(STF - HC: 133566 RS - RIO GRANDE DO SUL 0051822-80.2016.1.00.0000, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 05/04/2016, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-095 12-05-2016).

DOCUMENTO 04:

**Processo**

HC 0062966-51.2016.1.00.0000 MG - MINAS GERAIS 0062966-51.2016.1.00.0000

**Partes**

PACTE.(S) : ADRIANO TIMOTHEO, IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO, COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**Publicação**

DJe-245 26/10/2017

**Julgamento**

23 de Outubro de 2017

**Relator**

Min. RICARDO LEWANDOWSKI

EMENTA: Trata-se de habeas corpus, com pedido liminar, impetrado em favor de Adriano Timotheo, contra acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ nos autos do AgRg no AREsp nº 794.462/MG, de relatoria do Ministro Ribeiro Dantas, assim ementado: “PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO. REINCIDÊNCIA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. A jurisprudência desta Quinta Turma reconhece que o princípio da insignificância não tem aplicabilidade em casos de reiteração da conduta delitiva, salvo excepcionalmente, quando as instâncias ordinárias entenderem ser tal medida recomendável diante das circunstâncias concretas do caso, o que não se infere na hipótese em apreço, máxime por se tratar de réu reincidente. Precedentes. 2. Agravo regimental não provido”. A impetrante alega, em síntese, que o paciente “[...] foi denunciado nos termos do art. 155, c/c art. 14, II, ambos do Código Penal. Em primeira instância, a denúncia foi julgada procedente para condenar o acusado a uma pena de 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão em regime inicialmente fechado e ao pagamento de 182 (cento e oitenta e dois) dias multa. Irresignado, o paciente apelou, requerendo a aplicação do princípio da insignificância, alternativamente, a redução da pena, bem como o abrandamento prisional fixado. O Tribunal de

Justiça de Minas Gerais, por sua vez, negou provimento ao recurso sob o fundamento de que o réu é reincidente e manteve a sentença condenatória em sua integralidade. Em face do acórdão, a Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais aviou Recurso Especial, requerendo novamente a aplicação do princípio da insignificância, sendo este inadmitido pelo TJMG, sob o fundamento da Súmula 83/STJ. Por conseguinte, a defesa interpôs Agravo em Recurso Especial junto ao STJ, o qual foi negado provimento. Assim, a defesa interpôs Agravo Regimental, sendo também negado provimento” (págs. 1-2 do documento eletrônico 1). Ao final, requer “seja reconhecida atipicidade material da conduta, com o reconhecimento do princípio da insignificância” (pág. 7 do documento eletrônico 1). Em 24/11/2016, encaminhei os autos à Procuradoria-Geral da República. O Ministério Público Federal, em parecer de lavra da Subprocuradora-Geral da República Cláudia Sampaio Marques, opinou pela denegação da ordem. Eis a ementa de sua manifestação: “PENAL. HABEAS CORPUS IMPETRADO CONTRA ACÓRDÃO QUE DESPROVEU AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO CONSTITUCIONAL PARA CABIMENTO DE HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CRIME DE FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. VALOR DO BEM. INAPLICABILIDADE. OUTROS ELEMENTOS A SEREM SOPEADOS. INEXPRESSIVIDADE PENAL DO FATO. NÃO CONFIGURAÇÃO. CONDUTA PRATICADA E RES FURTIVA QUE NÃO TÊM CONOTAÇÕES IRRELEVANTES NA ESFERA PENAL. REITERAÇÃO DELITIVA. PRECEDENTES. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO WRIT” (pág. 1 do documento eletrônico 6). É o relatório necessário. Decido. Bem examinados os autos, destaco, inicialmente, que, embora o presente writ tenha sido impetrado em substituição a recurso extraordinário, a Segunda Turma desta Corte não opõe óbice ao seu conhecimento. Nesse sentido, cito os seguintes precedentes: HC 126.791-ED/RJ, HC 126.614/SP e HC 126.808-AgR/PA, todos da relatoria do Ministro Dias Toffoli. Anote-se, também, que o art. 192 do Regimento Interno deste Supremo Tribunal Federal faculta ao Relator denegar ou conceder a ordem de habeas corpus, ainda que de ofício, quando a matéria for objeto de jurisprudência consolidada neste Supremo Tribunal. Por este motivo, passo ao exame do mérito desta impetração. No

Julgamento do HC 123.108/MG, da Relatoria do Ministro Roberto Barroso, o Plenário desta Suprema Corte decidiu, por maioria de votos, que a “aplicação do princípio da insignificância envolve um juízo amplo (conglobante), que vai além da simples aferição do resultado material da conduta, abrangendo também a reincidência ou contumácia do agente, elementos que, embora não determinantes, devem ser considerados”. Nesse sentido, as seguintes teses foram acolhidas: “(i) a reincidência não impede, por si só, que o juiz da causa reconheça a insignificância penal da conduta, à luz dos elementos do caso concreto; e (ii) na hipótese de o juiz da causa considerar penal ou socialmente indesejável a aplicação do princípio da insignificância por furto, em situações em que tal enquadramento seja cogitável, eventual sanção privativa de liberdade deverá ser fixada, como regra geral, em regime inicial aberto, paralisando-se a incidência do art. 33, § 2º, c, do CP no caso concreto, com base no princípio da proporcionalidade”. Muito bem. Ao julgarem a Apelação Criminal 1.0145.14.006906-6/001, os Desembargadores integrantes da 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Minas Gerais proferiram decisão, cuja ementa é a seguinte: “APELAÇÃO CRIMINAL - FURTO SIMPLES TENTADO - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS E SEQUER QUESTIONADAS - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - INAPLICABILIDADE - ANOTAÇÕES NA FAC E CAC QUE DEMONSTRAM SE TRATAR DE CRIMINOSO CONTUMAZ - CONDENAÇÃO CONFIRMADA - ABRANDAMENTO DO REGIME - INVIABILIDADE - RECURSO DESPROVIDO. 1. O crime, como fato social que é, deve ser apreciado em sua inteireza, devendo a aplicação do princípio da bagatela nortear-se não só pela afetação do bem jurídico ou desvalor do resultado, mas também pelo desvalor da ação, pelas circunstâncias do crime, pela repercussão na esfera da vítima e pelos antecedentes do acusado. 2. Se, por um lado, a Súmula n.º 269/STJ dispõe ser “admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais”, por outro, cediço ser possível a fixação do regime inicial fechado de cumprimento de pena ao réu reincidente que teve a pena-base fundamentadamente fixada acima do mínimo legal, ainda que condenado a pena inferior a 04 (quatro) anos, dada a interpretação conjunta dos arts. 59 e 33, §§ 2º e 3.º, do CP. Precedente do STJ. 3. Recurso não provido.” (pág. 234

do documento eletrônico 2). Pois bem, quanto à inaplicabilidade do princípio da insignificância, impende afirmar que o decisum combatido está em consonância com a jurisprudência desta Suprema Corte. Com efeito, ao analisarem a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância ao caso concreto, as instâncias inferiores, após aferirem o resultado material da conduta praticada pelo agente, ressaltaram a sua reincidência e contumácia na prática do delito em questão, elementos que, embora não determinantes, devem ser considerados. Tiveram em conta que “o réu já se viu envolvido em diversos outros delitos patrimoniais não apenas naquela Comarca de Juiz de Fora, como, também, nas Comarcas de Santos Dumont, Bicas e Matias Barbosa, tendo sido, inclusive, condenado em definitivo em vários processos ali notados” (pág. 237 do documento eletrônico 2). Na esteira do que aqui decidido, cito o seguinte precedente: “Agravo regimental em habeas corpus. 2. Furto. Insignificância. No julgamento conjunto dos HC 123.108, 123.533 e 123.734, o STF fixou orientação sobre a aplicação do princípio da insignificância aos casos de furto” Rel. Min. Roberto Barroso, Pleno, julgados em 3.8.2015. Decidiu que, se a coisa subtraída é de valor ínfimo (i) a reincidência, a reiteração delitiva e a presença das qualificadoras do art. 155, § 4º, devem ser levadas em consideração, podendo acarretar o afastamento da aplicação da insignificância; e (ii) nenhuma dessas circunstâncias determina, por si só, o afastamento da insignificância, cabendo ao juiz analisar se a aplicação de pena é necessária. Além disso, conclui que, (iii) uma vez aplicada pena privativa de liberdade inferior a quatro anos de reclusão ao reincidente, o juiz pode, se considerar suficiente, aplicar o regime inicial aberto, afastando a incidência do art. 33, § 2º, c, do CP. 3. As instâncias ordinárias têm margem larga para avaliação dos casos, concluindo pela aplicação ou não da sanção e, se houver condenação, fixando o regime. Essa atividade envolve análise do conjunto das circunstâncias e provas produzidas no caso concreto. Apenas em hipóteses excepcionais a via do habeas corpus será adequada a rever condenações. 4. Aplicação do princípio da insignificância. Subtração de aparelho celular, avaliado em R\$ 72,00 (setenta e dois reais). Reincidência específica. O paciente registrava uma série de condenações e antecedentes, indicando que o furto em questão não fora uma ocorrência criminal isolada em sua vida. 5. Agravo regimental a que se nega provimento” (HC 126.174-AgR/MG, Rel. Min.

Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJ 9/5/2016 - grifei). Todavia, é caso de conceder-se a ordem de habeas corpus quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, que deverá ser o aberto, nos termos do que decidido pelo Plenário desta Corte no HC 123.108/MG. Nesse sentido, transcrevo a ementa do seguinte julgado: "HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. DETRAÇÃO PENAL NA SENTENÇA CONDENATÓRIA. ALTERAÇÃO ESTABELECIDADA PELA LEI 12.736/2012. APLICAÇÃO IMEDIATA. IMPOSSIBILIDADE. JURISDIÇÃO ESGOTADA. REGIME PRISIONAL. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DE EXECUÇÃO. FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. 1. Inaplicável a modificação estabelecida na legislação processual penal acerca da detração penal a sentença condenatória antes da entrada em vigor da Lei 12.736/2012. 2. Na hipótese, excepcionalmente considerados os bens furtados e a desproporcionalidade da fixação do regime semiaberto do paciente, acolho o entendimento sufragado pelo Plenário desta Suprema Corte, no julgamento do HC 123.108/MG e do HC 123.533/SP, ambos da relatoria do Ministro Roberto Barroso, para impor o regime inicial aberto de cumprimento da pena. 3. Ordem de habeas corpus concedida de ofício" (HC 128.714/SP, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, DJ 16/12/2015 - grifei). Isso posto, concedo, de ofício, a ordem de habeas corpus (art. 192, caput, do RISTF), com fundamento diverso do que requerido, para determinar que a pena de reclusão do paciente seja cumprida inicialmente em regime aberto. Comunique-se. Publique-se. Brasília, 23 de outubro 2017. Ministro Ricardo Lewandowski Relator.

(STF - HC: 138749 MG - MINAS GERAIS 0062966-51.2016.1.00.0000, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 23/10/2017, Data de Publicação: DJe-245 26/10/2017).

DOCUMENTO 05:

**Processo**

MC HC 163762 SP - SÃO PAULO

**Partes**

PACTE.(S) : WESLEY LUCINDO DA SILVA, IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, COATOR(A/S)(ES) : RELATOR DO HC Nº 465.775 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**Publicação**

DJe-237 08/11/2018

**Julgamento**

5 de Novembro de 2018

**Relator**

Min. MARCO AURÉLIO

EMENTA: FURTO - COISA - PEQUENO VALOR - TIPICIDADE. PRISÃO PREVENTIVA - FUNDAMENTOS - SUBSISTÊNCIA. PRISÃO PREVENTIVA – PRAZO - EXCESSO. HABEAS CORPUS - LIMINAR - DEFERIMENTO PARCIAL. 1. O assessor Dr. Rafael Ferreira de Souza prestou as seguintes informações: O Juízo da Vara Plantão da Comarca de Guarulhos/SP, no processo nº 0000650-67.2018.8.26.0535, converteu em preventiva a prisão em flagrante do paciente, ocorrida no dia 17 de março de 2018, ante o suposto cometimento da infração prevista no artigo 155, cabeça (furto), do Código Penal. Disse insuficiente a substituição da custódia por medida cautelar diversa. Assentou necessária a prisão por conveniência da instrução processual e para assegurar a aplicação da lei penal. Apontou a existência de anotações na folha de antecedentes do paciente pela prática de crimes patrimoniais, e o fato de haverem sido impostas medidas alternativas em audiência de custódia, vindo a cometer novos delitos 1 mês após o implemento, a revelar a personalidade voltada à prática de delitos. O Juízo da Primeira Vara Criminal da Comarca de Guarulhos, em 3 de abril de 2018, recebeu a denúncia. No dia 4 de junho seguinte, indeferiu pedido de revogação da preventiva, aludindo à permanência dos motivos ensejadores. Chegou-se ao Superior Tribunal de Justiça com o habeas corpus nº 465.775/SP, inadmitido pelo Relator. A Defensoria Pública do Estado de São Paulo destaca o pequeno valor

do objeto subtraído, consubstanciado em 1 frasco de creme avaliado em R\$ 30,00, recuperado pelo estabelecimento comercial. Sustenta a atipicidade da conduta, dizendo ser o caso de observância do princípio da insignificância. Assevera a inidoneidade do ato mediante o qual determinada a prisão, dizendo-o fundamentado em elementos genéricos. Realça o excesso de prazo da medida, a perdurar por mais de 6 meses. Requer, no campo precário e efêmero, a suspensão do processo-crime até o julgamento final desta impetração, com o afastamento da custódia. No mérito, postula o trancamento da ação penal. Consulta ao sítio do Tribunal estadual revelou ter sido o paciente condenado, no último dia 21 de agosto, a 1 ano e 6 meses de reclusão, em regime inicial de cumprimento fechado, e ao pagamento de 15 dias-multa. O Juízo negou o direito de recorrer em liberdade, ressaltando a reincidência. Afirmou permaneceram os motivos da prisão. Andamento processual demonstra a interposição de apelação, pendente de apreciação. A fase é de exame da medida de urgência. 2. No tocante ao pedido de suspensão do processo-crime, considerada a alegada atipicidade da conduta, cumpre atentar para a ordem jurídica. Sendo o bem furtado de pequeno valor, tem-se figura típica específica. Eis o preceito, do Código Penal, regedor da matéria: Art. 155. Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa. [...] § 2º Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa. Não há ilegalidade a conduzir à providência pretendida. Quanto à custódia, observem que o Juízo, ao converter a prisão em flagrante em preventiva, destacou a existência de diversas anotações na folha de antecedentes do paciente pela prática de delitos patrimoniais, bem assim o fato de haverem sido impostas medidas alternativas em audiência de custódia, vindo a cometer novo crime 1 mês após o implemento. Na sentença, ao negar o direito de recorrer solto, frisou a reincidência. Sem prejuízo do princípio da não culpabilidade, a prisão se impunha, ante a periculosidade, ao menos sinalizada. Daí ter-se como razoável e conveniente o pronunciamento atacado. A inversão da ordem do processo-crime “no que direciona a apurar para, selada a culpa, em verdadeira execução da pena, prender” foi justificada, atendendo-se ao figurino legal. O paciente está recolhido, sem culpa formada, desde 17 de março de 2018, ou seja, há 7

meses e 18 dias. Surge o excesso de prazo. Privar da liberdade, por tempo desproporcional, pessoa cuja responsabilidade penal não veio a ser declarada em definitivo viola o princípio da não culpabilidade. Concluir pela manutenção da medida é autorizar a transmutação do ato mediante o qual implementada, em execução antecipada de sanção, ignorando-se garantia constitucional. A superveniência de sentença condenatória não afasta a natureza preventiva da prisão. O artigo 283, cabeça, do Código de Processo Penal, ao versar os títulos prisionais provisórios, contempla o flagrante, a temporária e a preventiva, sinalizando que as custódias decorrentes de sentença penal condenatória recorrível integram a última. O artigo 387, § 1º, denomina, expressamente, preventiva a prisão oriunda de condenação não transitada em julgado. 3. Defiro parcialmente a liminar. Expeçam alvará de soltura a ser cumprido com as cautelas próprias: caso o paciente não se encontre custodiado por motivo diverso da prisão preventiva imposta no processo nº 0016008-38.2017.8.21.0086, da Segunda Vara Criminal da Comarca de Cachoeirinha/RS. Advirtam-no da necessidade de permanecer com a residência indicada ao Juízo, atendendo aos chamamentos judiciais, de informar eventual transferência e de adotar a postura que se aguarda do cidadão integrado à sociedade. 4. Colham o parecer da Procuradoria-Geral da República. 5. Publiquem. Brasília, 5 de novembro de 2018. Ministro MARCO AURÉLIO Relator.

(STF - MC HC: 163762 SP - SÃO PAULO, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 05/11/2018, Data de Publicação: DJe-237 08/11/2018).

DOCUMENTO 06:

**Processo**

HC 84.412-0 SP - SÃO PAULO

**Partes**

PACTE.(S): BILL CLEITON CRISTOVÃO, OU BIL CLEITON CRISTOVÃO, OU BIL CLEITON CHRISTOFF, OU BIU CLEYTON CRISTOVÃO, OU BILL CLEITON CRISTOFF, OU BIL CLEYTON CRISTOVÃO.

IMPTE.(S): LUIZ MANOEL GOMES JUNIOR

COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**Publicação**

D.J. 19/11/2004

**Julgamento**

19 de Outubro de 2004

**Relator**

Min. MARCO AURÉLIO

EMENTA: Princípio da insignificância. Identificação dos vetores cuja presença legitima o reconhecimento desse postulado de política criminal. Conseqüente (sic) descaracterização da tipicidade penal, em seu aspecto material. Delito de furto. Condenação imposta a jovem desempregado, com apenas 19 anos de idade. "res furtiva" no valor de r\$ 25,00 (equivalente a 9,61% do salário mínimo atualmente em vigor). Doutrina. Considerações em torno da jurisprudência do STF. Pedido deferido. O princípio da insignificância qualifica-se como fator de descaracterização material da tipicidade penal. O princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele

visados, a intervenção mínima do Poder Público. O postulado da insignificância e a função do Direito Penal: “de minimis, non curat praetor”. O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efeito ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O Direito Penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor – por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes – não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. ACÓRDÃO. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, unanimidade de votos, em deferir o pedido de “habeas corpus” e, com fundamento no princípio da insignificância, em invalidar a condenação penal imposta ao ora paciente, determinando, em consequência (sic), a extinção definitiva do procedimento penal que contra ele foi instaurado (Processo-crime nº 238/2000- 1ª Vara Criminal da comarca de Barretos/SP), nos termos e para os fins indicados no voto do Relator. Brasília, 19 de outubro de 2004. Celso de Mello, Presidente e Relator.

(BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 84.412, Relator: Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 19/10/2004).