

LUIZ GABRIEL MONTEIRO RODRIGUES

**UMA ANÁLISE DOS ACÓRDÃOS DO STF QUE CITAM A VISÃO DE
BECCARIA A RESPEITO DA PROPORCIONALIDADE**

Brasília

2017

LUIZ GABRIEL MONTEIRO RODRIGUES

**UMA ANÁLISE DOS ACÓRDÃOS DO STF QUE CITAM A VISÃO DE
BECCARIA A RESPEITO DA PROPORCIONALIDADE**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em
Direito do Centro Universitário de Brasília

Orientador: Professor Humberto Fernandes
de Moura

Brasília

2017

LUIZ GABRIEL MONTEIRO RODRIGUES

**UMA ANÁLISE DOS ACÓRDÃOS DO STF QUE CITAM A VISÃO DE
BECCARIA A RESPEITO DA PROPORCIONALIDADE**

Monografia apresentada ao Curso de Direito,
da Faculdade de Ciências
Jurídicas e Sociais, como requisito parcial
para a obtenção do grau de Bacharel em
direito do UniCEUB – Centro Universitário de
Brasília.

Brasília, ____ de _____ de 2017.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Humberto Fernandes

Professor Examinador

Professor Examinador

Ao meu orientador pelo apoio e paciência e ao meu amigo Hálisson, pela amizade e apoio, sem ele, e sua habilidade, este trabalho não existiria.

RESUMO

O Livro *Dei delitti e delle pene* é a obra prima de Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria. Diferente da literatura que costuma acompanhar teses e decisões nos autos dos diversos entes do Poder judiciário, este livro foi concebido há séculos livre do tecnicismo, mas com grandes e pujantes reflexões acerca do Sistema Penal e sua execução. Os preceitos propostos, os desafios encarados e as conclusões alcançadas permanecem atuais ao sistema pátrio e fora dele, logo é pertinente estudar uma obra que permanece aclamada pela prática jurídica e apta a motivar a discussão acadêmica e profissional. Neste ponto, é importante relacionar o que é dito pelo Guardião Constitucional acerca do tema, mesmo que delimitando abrangência da pesquisa, haja vista os ideais apresentados refletirem o que é, ou, ao menos o que deveria ser um sistema penal eficaz, com teses que servirão, inclusive, como diretriz à reforma que urge o Direito Penal e seus derivados no contexto do Brasil.

Palavras-chave: Direito. Direito Penal. Criminologia. Cesare Beccaria. Proporcionalidade. Algemas. Sistema Penal. Supremo Tribunal Federal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1 Críticas, ideias e institutos discutidos no livro “Dos delitos e das penas” - Cesare Beccaria	2
1.1 Biografia do autor.	2
1.2 Apresentação e contextualização do livro “Dos delitos e das penas”	5
1.2.1 Origem das penas e o direito de punir	5
1.2.2 Interpretação e obscuridade das leis - Princípio da legalidade,	10
1.2.2.1 Restrição de liberdade e segurança pessoal	18
1.2.3 Índícios do delito, forma do julgamento, testemunhas e interrogatórios sugestivos	20
1.2.3.1 Testemunhas e acusações secretas	20
1.2.3.3 - Da tortura	22
1.2.4 Da duração do processo e da prescrição	23
1.2.5 Crime tentado, da cumplicidade e da impunidade	24
1.2.6 Das penas	25
1.2.6.1 Detração da prisão preventiva ou temporária	28
1.2.7 Da proporcionalidade	28
1.2.8 Divisão dos delitos	31
2 Estudo dos acórdãos prolatados pelo Supremo Tribunal Federal que abordem simultaneamente o princípio da proporcionalidade e a obra de Cesare Beccaria	33
2.1 Da metodologia	33
2.1.1 Habeas Corpus nº 126292 - SP	34
2.1.2 Recurso Extraordinário nº 592581 - RS	35

2.1.3 Habeas Corpus n. 123108 - MG, Habeas Corpus nº 123734 - MG e Habeas Corpus nº 123533 - SP	36
2.1.4 Ação Penal nº 470 - MG	38
2.1.5 Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 29 - DF, Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 30 - DF e ADI 4578/AC.	38
2.1.6 Habeas Corpus nº 89429 - RO.	39
2.2 Estudo do habeas corpus nº 126292 - SP	40
2.3 Estudo do recurso extraordinário nº 592581 - SP	43
2.4 Estudo do habeas corpus nº 89429 - RO	46
CONCLUSÃO	49
REFERÊNCIAS	51

INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata acerca do livro “*Dei delitti e delle pene*” (Dos delitos e das penas) de autoria de Cesare Beccaria. O livro, amplamente estudado no cenário jurídico e criminológico mundial possui grande relevância na formação argumentativa de advogados, promotores e juízes no Brasil e exterior.

As ideias trazidas pelo autor em questão abarcam princípios tão fundamentais ao Direito Penal, Processo Penal e sua Execução que apesar de terem sido emitidas a mais de 250 anos possuem uma alta compatibilidade com o Sistema Penal pátrio, como se demonstrará em diante.

Um dos princípios abordados pelo autor estudado com maior abrangência em sua obra é o da proporcionalidade e razoabilidade, que, apesar de possuir um capítulo específico para a relação entre este princípio e a pena (Capítulo XXIII) está permeado por toda a obra.

Conforme se observará a frente, para a legislação italiana da época de edição da obra não existia o ideal de aplicação da pena proporcional ao delito ou proteção estatal equivalente à necessidade. Todavia, Beccaria como um precursor da política criminal iluminista lançou as bases para a construção desse pensamento.

Com um interregno temporal superior a dois séculos associado à publicidade e aclamação da obra, é importante questionar: Os preceitos apresentados por Cesare Beccaria são atuais, aplicados pelo Poder Judiciário e, em situação afirmativa, devidamente interpretados?

Por esse motivo é importante e interessante demonstrar através deste estudo detido o acesso que o Supremo Tribunal Federal dá aos ideais propostos por Cesare Beccaria à sua jurisprudência. Com consciência da enormidade de citações e embasamentos teóricos dados a este nobre lombardo será realizada uma seleção de acórdãos que envolvam os temas como propostos no capítulo introdutório, que incluam simultaneamente o princípio da proporcionalidade e a obra de Cesare Beccaria como fundamento do convencimento dos doutos ministros do Supremo Tribunal Federal.

1 Críticas, ideias e institutos discutidos no livro “Dos delitos e das penas” - Cesare Beccaria

Este capítulo foi formulado com a intenção de moldar a base de informações para o desenvolvimento do trabalho, cada detalhe exposto tem a finalidade de trazer um conhecimento direcionado, mesmo que superficial, acerca do Livro “Dos delitos e das penas” de maneira a oferecer base teórica para o alcance do objetivo, que é estudar o uso de Cesare Beccaria pelo STF, especificamente no tocante ao princípio da proporcionalidade e assim, melhor guarnir o interlocutor na formação de sua opinião quanto ao tema selecionado.

O livro em questão apresenta questionamento direto do modelo de política penal praticado na Itália, e Europa, durante o século XVIII; as oposições se deram principalmente ao modelo do sistema penal *lato sensu* que favorecia a desproporcionalidade das medidas punitivas e a insegurança jurídica.

Apesar do interregno temporal, cada instituto apresentado e discutido na obra prima do Marquês de Beccaria possui uma aplicação ainda útil ao Brasil do século XXI, ou, pelo menos, um instituto equivalente que mostre o resultado da singela, porém palpável evolução da política criminal em quase três séculos.

1.1 Biografia do autor.

Cesare Francesco Giuseppe Maria Gaspare Melchior Baldassare Antonio Marcellino, comumente conhecido como Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria e atualmente tratado apenas como Cesare Beccaria, foi um célebre Economista e Jurista italiano que nasceu em 1738 na província de Lombardia - Itália, filho de pai e mãe aristocratas¹. Sua formação acadêmica teve início na Escola Jesuíta de Parma,

¹ PEREIRA, Marcos A. *Cesare Beccaria: precursor do direito penal moderno*. São Paulo: Lafonte, 2011. p. 14.

conforme historiadores a opção pelo método de ensino católico demonstrava a intenção de seus genitores em dar prosseguimento aos negócios familiares.²

Segundo a opinião do autor estudado a educação que recebeu durante a adolescência e juventude, em verdade, representaram um modelo de “educação fanática”, alinhada ao modelo tradicional clássico de moral ocidental. Já no ambiente acadêmico, alcançou sua formação superior no curso de Direito pela Universidade de Pavia, em 1758.³

Ainda durante sua juventude começou a demonstrar interesse pelos temas político-sociais e iniciou sua pesquisa através do estudo de diversos pensadores iluministas que auxiliaram na formação de seus ideais. Recebeu grande influência com a leitura apaixonada dos franceses Montesquieu, D’Alambert e Diderot, e ingleses como Locke e Hume, donde trouxe para si os ideais do contratualismo que tão habilmente sustenta em sua obra.⁴

Alguns anos após sua graduação tornou-se membro da ilustre Academia dos Punhos (“*L’Accademia dei Pugnì*”), vertente milanesa de pensadores iluministas, fundada pelos irmãos Verri (Pietro e Alessandro) e que sediava suas reuniões na residência destes.⁵

Inserido nos debates e estudos acerca de ideias do iluminismo Beccaria aprofundou seu envolvimento com a obra dos autores que lhe forneceram o embasamento ideológico de seu trabalho, pois este grupo tinha o intuito de debater sobre a organização do Estado, a relevância do indivíduo enquanto cidadão e a

² BECCARIA, Cesare. In: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2016. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Cesare_Beccaria&oldid=46801629>. Acesso em: 05, jun. 2017.

³ PEREIRA, Marcos A. *Cesare Beccaria: precursor do direito penal moderno*. São Paulo: Lafonte, 2011. p. 14.

⁴ MONDOLFO, Rodolfo. *Cesare beccaria y su obra*. Oberdan Caletti(trad.). Buenos Aires, DePalma, 1946. p. 7.

⁵ BECCARIA, Cesare. In: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2016. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Cesare_Beccaria&oldid=46801629>. Acesso em: 05, jun. 2017.

influência de instituições externas nas decisões políticas. Em uma carta, datada de 1766, enviada ao Abade Morellet o autor afirma como Montesquieu possuiu, nos cinco anos que antecederam, papel especial em sua “conversão para a filosofia”.⁶

O engajamento do grupo que compunha fundou-se primordialmente na oposição ferrenha ao domínio repressivo que a Itália sofria por parte da Áustria, exercido à época por Carlos VI em Milão. Suas publicações eram realizadas através do periódico “*Il Caffé*” que serviu como vitrine a suas ideias; um fato interessante relativo ao nome do jornal é que o consumo de café era considerado prática impura pelo Clero, a adoção deste nome para a publicação demonstrava a oposição do grupo à influência exercida pela Igreja Católica na cúpula política de sua cidade, e nação.⁷

No consagrado espaço de debate da residência dos irmãos Verri o autor apurou o seu estudo das Ciências Criminais.

Cesare Beccaria foi um dos primeiros pensadores italianos a sustentar publicamente a necessidade do rompimento de vínculos entre o Estado (instituição e poder políticos) e o Clero (poder religioso), que nesse momento histórico possuía influência direta sobre as decisões políticas e dominava grande parte da economia na Europa.

O confronto das ideias a que teve acesso com a política criminal na Itália e na Europa, principalmente no que diz respeito às leis e juízes, deu origem aos questionamentos expostos na edição de sua obra mais célebre “*Dos Delitos e das Penas*”, que foi publicada, inicialmente de forma anônima, em Janeiro de 1764 após revisão e edição de Pietro Verri.⁸

⁶ PEREIRA, Marcos A. *Cesare Beccaria: precursor do direito penal moderno*. São Paulo: Lafonte, 2011. p. 15.

⁷ CALAMANDREI, Piero. Prefácio. In: BECCARIA, Cesare. *De los delitos y de las penas*. S. Sentís Melendo e M. Ayerra Redín(trads.). Buenos Aires: EJE, 1958. p. 9.

⁸ MONDOLFO, Rodolfo. *Cesare beccaria y su obra*. Oberdan Caletti(trad.). Buenos Aires, DePalma, 1946. p. 17.

Um adendo se mostra importante: alguns autores apontam Beccaria como um dos pais da Criminologia, todavia este termo só foi concebido, por Raphael Garófalo, e dissociado do Direito Penal séculos após a edição do livro; portanto é inadequado afirmar que Beccaria se direcionava ao estudo dessa matéria, apesar de sua obra ser crucial para a formação do referido campo de estudo sociojurídico.⁹

Quanto ao trato, o Marquês de Beccaria ficou conhecido por ser pacato e tímido certa feita ao ser convidado à Paris por Voltaire retornou em curto espaço de tempo por não se adaptar aos modos e costumes da grande metrópole e em grande parte por, em sua palavras, “imaginação de marido” que produzia imagens de sua esposa chorando e enferma de saudades, o que não era real.¹⁰

1.2 Apresentação e contextualização do livro “Dos delitos e das penas”

Superada a seção que trata da história do autor, que tem a finalidade de demonstrar o contexto fático de produção da obra estudada e os detalhes que influenciaram a produção de ideias a seguir, passa o texto ao estudo não exaustivo do livro em questão: *Dei delitti e delle pene* - “Dos delitos e das penas”.

É importante ressaltar que, devido as influências que recebe de cientistas políticos e sociólogos, Cesare Beccaria não se limitou a redigir um manual de sugestões ao direito, mas sim uma análise profunda do sistema penal que, por fim, refletia detalhes do contexto social

Desta forma, seguem os assuntos conforme expostos na obra e como entendidos na doutrina mais autorizada, e por se dizer, especializada e difusa, que trata sobre a obra de Cesare Beccaria.

⁹ FERNANDES, Newton e Fernandes, Valter Criminologia Integrada, 2ª edição., rev., atual., e ampl., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002.

¹⁰ MONDOLFO, Rodolfo. *Cesare beccaria y su obra*. Oberdan Caletti(trad.). Buenos Aires, DePalma, 1946. p. 51 e ss.

1.2.1 Origem das penas e o direito de punir

Segundo o posicionamento expresso pelo autor estudado¹¹, a origem das penas e do direito estatal de aplicá-las se deu na instituição do contrato social. Beccaria, declaradamente defensor o contratualismo, atribuiu ao seu modelo a instituição do bem estar social, e o dever de manutenção no caso de eventual perturbação.

De acordo com Zaffaroni¹², Beccaria foi responsável por adequar a ciência criminal ao ideais iluminista e contratualista. Logo, conforme exposto na obra em foco, desde o momento que os homens passaram a se juntar em comunidades e se reconhecerem como tal, surgiu a necessidade de conter os ataques, internos ou externos, à sua integridade.

Segundo o entendimento de Sérgio Salomão Shecaira e Alceu Corrêa Júnior¹³, a história da pena poderá ser dividida em cinco períodos: vingança privada, divina, pública e períodos humanitário e científico.

Desse modo, o primeiro esboço de um modelo de pena originou-se como a resposta ao mal causado por um ofensor, ainda em épocas de desorganização social, e funcionou como modelo de retribuição que era exclusivamente embasado em tutela privada; ante a aplicação dos meios e da intensidade que satisfizessem a indignação do ofendido, sem qualquer manifestação dos princípios, ou sequer dos ideais de proporcionalidade ou humanização.¹⁴

¹¹ BECCARIA, Cesare. In "Dos Delitos e das Penas". São Paulo: Martin Claret, 2000. p. 19.

¹² ZAFFARONI, Eugeni Raúl. *Apuntos sobre el pensamiento penal en el tiempo*. Buenos aires: Hammurabi, 2007. p . 81.

¹³ SHECAIRA, Sérgio Salomão; JUNIOR, Alceu Corrêa. Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 23.

¹⁴ DIAS, Diomar Cândida Pereira , *Evolução histórica da pena como vingança*. Disponível em: <http://vadoaju.blogspot.com.br/2012/08/teoria-da-pena-evolucao-historica-da.html> - Acesso: 05. jun. 2017. p. 2.

Nas palavras de Magalhães Noronha¹⁵, “a pena, em sua origem, nada mais foi que *vindita*, pois é mais que compreensível que naquela criatura, dominada pelos instintos, o revide à agressão sofrida devia ser fatal, não havendo preocupações com a proporção, nem mesmo com a justiça.”

O Código de Hamurabi, inspirado na Lei de Talião (“olho por olho e dente por dente”) é um dos conjuntos normativos mais antigos de que se tem notícia, em seu texto já previa punições aos infratores com modalidades de ação que até ensaiaram o uso da proporcionalidade, mas que desconsideravam a dignidade da pessoa humana; hoje esta compilação comparada aos ordenamentos modernos é extremada a difamação, por exemplo, poderia ser punida com a morte.¹⁶

A Bíblia, texto que orienta duas entre as maiores religiões monoteístas atuais, e que serviu de fundamento ideológico a maioria das constituições ocidentais possui um conjunto de normas previsto no pentateuco (cinco livros de autoria mosaica). Nela encontram-se punições como o pagamento em dobro por danos causados de forma fraudulenta, e até uma excludente de ilicitude para eventual morte causada ao ladrão pelo ofendido, caso a vítima surpreenda o delinquente na prática do ato.¹⁷

Com a ascensão do modelo de sociedade ocidental, a civilização grega apresentou grande avanço na instituição do Direito Penal; neste modelo social a lei tornou-se antropocêntrica, de modo que a norma passou a encarar o celerado além dos interesses vingativos do ofendido, e as deliberações legais surgiram com as primeiras indicações dos ideais de proporcionalidade e humanização.¹⁸

Ocorre que durante a alta Idade Média a realidade obscureceu-se, todo o ideal sacro da punição retornou através da Igreja Romana e a humanização perdeu

¹⁵ NORONHA, E. M. Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 220.

¹⁶ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014. p. 80.

¹⁷ DÍAZ-PABÓN, Luís Ángel. Bíblia do Pescador. Êxodo 22:1-4. Tradução de Vasti Rodrigues e Silva e Karen de Andrade Bandeira. 1ª ed. Rio de Janeiro: CPAD, 2014. 1440 p. p. 88.

¹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal brasileiro [11. 2015.

força. O restabelecimento da discussão sobre a humanidade das punições só se reergueu com o Renascimento.

Com o surgimento e ascensão desse período confuso entre estado e religião o Estado voltou a praticar a divinização das penas, modelo de produção e aplicação de normas em que o crime era equiparado ao pecado e a ofensa feita ao outro ou à sociedade passou a ter cunho de afronta à Deus, logo a punição serviria para correção de conduta e para a expiação de corpo e espírito; praticada em grande parte por meio de suplícios horrendos definidos pela autoridade religiosa.¹⁹

No auge da Idade Média a estruturação de um Poder Judiciário parecia uma ideia inócua, a confusão entre poder estatal e o Clero tornava suas atuações quase indistintas, o ideal de justiça voltou a se recostar na satisfação do ofendido por intermédio da vingança operada por si, com a particularidade de que deveria ser aceita - ou até mesmo executada - pelo senhor do feudo ou cidade em que se inseria.²⁰

Foi o tempo de uma releitura da tutela privada.

O uso do direito penal como instrumento de coerção e controle social foi uma das ferramentas da Igreja Romana à época, pois por intermédio da punição material e palpável ao pecado o Clero pôde instituir a dominação de sua classe que perdurou por quase um milênio.

A transição dos feudos para reinos e impérios trouxe também uma transferência desse poder - que conforme Beccaria²¹ representava a entrega de pequenas porções da própria liberdade ao soberano - e novamente retirou da tutela do indivíduo o poder retributivo.

¹⁹ FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 35. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

²⁰ GROSSI, Paolo. *El orden juridico medieval*. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 31.

²¹ BECCARIA, Cesare. *In "Dos Delitos e das Penas"*. São Paulo: Martin Claret, 2000. p. 18.

Esta ideia do poder de punitivo entregue como monopólio às mãos do Estado veio à tona com o pensamento contratualista defendido por John Locke - um dos grandes influenciadores do pensamento contratualista de Beccaria. Esta é a instituição da renascença, como resultado da renovação do pensamento humano no final da Idade Média, que rompeu com a barbaridade e o teocentrismo vigentes.

Ao integrar o novo modelo de contrato social, o cidadão que se torna participante da escolha de seu soberano ou representantes, cede uma pequena porção de sua liberdade à coletividade, logo, uma ofensa ao indivíduo também é um ataque ao bem estar coletivo, ao lançar os fundamentos deste ideal de Estado como detentor do direito de representação social e defensor do bem comum, o crime passou a ser uma ofensa ao Estado.²² Todavia, a confusão entre fé e legislação permanecia, e no posicionamento tímido , porém contundente, do autor²³ esta prática é inconcebível em uma sociedade democrática

Na interpretação Foucault²⁴, a partir deste momento ocorreu o surgimento de uma “sociedade disciplinar”, ou seja, ocorreu uma mudança na detenção do poder que passou a trabalhar com “coerções sutis” por meio da lei penal e punição, que gradativamente gerava uma sensação de vigilância constante no consciente coletivo.

Com o início da Renascença e o advento do contratualismo surgiu o ideal da reforma penal com a sugestão de humanização das leis propostas, das punições aplicadas, do meios utilizados para tanto e dos estabelecimentos penais e, conseqüentemente, a proporcionalização da pena aos delitos praticados; os reformistas opunham-se veementemente aos meios cruéis ou desumanos, aplicados como reprimenda à maioria dos delitos, pois restou demonstrado, no

²² ANDRADE, Fernando Dias. A razão democrática em Beccaria. *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*. São Bernardo do Campo. v. 4, 1998. p.p 115 e ss.

²³ BECCARIA, Cesare. In "Dos Delitos e das Penas". São Paulo: Martin Claret, 2000. p. 95.

²⁴ FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 35. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

entendimento destes estudiosos, a sua ineficácia em ressocializar o delinquente e ensinar a população.²⁵

Beccaria, como vanguardista da Reforma Penal²⁶, ergueu-se contra a banalização e o extremismo da pena, seu escrito apresenta um princípio doutrinário absorvido inclusive pela Constituição Federal de 1988, o da subsidiariedade do Direito Penal. Ora, nem toda situação que perturbe a vida em sociedade pode ser alvo de pena pois o uso moderado do poder coercitivo estatal garante sua credibilidade e contundência; sempre que a ofensa puder ser tratada por modo diverso de pena, que seja.²⁷

Baratta²⁸, ao tratar da reforma resgata o pensamento de Durkheim, autor que alterou seu posicionamento quanto ao delinquente durante a produção de sua obra; outrora o desviante foi visto como ser completamente anti-social pelo simples fato de estar rompendo com contrato social, noutra giro, o alemão passou a retirar do indivíduo a culpa exclusiva pelo delito, entendendo que o crime é fato social resultante de uma combinação de fatores que impulsionaram o agente até o fato, somados ao exercício de sua vontade.

Esta mudança crucial na pena e no sistema penal também é resultado de uma profunda mudança na sociedade, nas palavras de Pachukanis²⁹, “a política penal traz a marca dos interesses da classe à qual serve”, ou seja a punição que determinada sociedade aplica a seus desviantes carrega consigo a marca da própria sociedade, especialmente daqueles que nela detém o poder.

²⁵ CÂMARA, Guilherme Costa. Beccaria e o pensamento jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciência Criminas*. São Paulo. v. 11, n. 44, jul./set. 2003, p. 318 e ss.

²⁶ BECCARIA, Cesare. In "Dos Delitos e das Penas". São Paulo: Martin Claret, 2000. p. 49.

²⁷ BOZZA, Fábio da Silva. Prevenção geral negativa e as contribuições da obra de Beccaria. In: BUSATO, Paulo César(org.). *Ler Beccaria hoje*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 180.

²⁸ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 59.

²⁹ PACHUKANIS, Eugeny Bronislanovich. *Teoria Geral do Direito e o Marxismo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1989. p. 149.

1.2.2 Interpretação e obscuridade das leis - Princípio da legalidade,

Cesare Beccaria trata de uma inclinação humana a que nomeia “princípio universal de dissolução”³⁰, que seria o desvio intrínseco à intenção dos homens pra que tão logo surjam as normas, as descumpram, conduzindo suas ações na contramão do bem estar social; aqueles que cedem a esta inclinação chamou cidadão delinquente.

A constatação deste viés comportamental trouxe à baila uma nova questão: Como retribuir o mal causado, corrigir o comportamento e advertir os não envolvidos sobre as consequências da prática de um delito?

Para o autor³¹, estes questionamentos apenas poderiam ser respondidos por meio da positivação do poder estatal através da norma, da aplicação desta em desfavor do delinquente e do resultado coercitivo que a aplicação rápida e eficaz desta causa no consciente coletivo.

Os ordenamentos jurídicos da Itália, e Europa em geral, não possuíam um código criminal definido que retirava margem aos excessos e parcialidades do magistrado, antes suas leis reproduziam os pensamentos de uma Monarquia absolutista, imposta por poder divino³²; este fato resultava em julgamentos fruto de pura liberalidade do magistrado, que segundo toda frente iluminista, era um absurdo.

Nesse ponto Beccaria propôs uma reforma direta nesse modelo³³, que possuía tantos textos legais quanto obscuridade e indeterminação, o que para toda uma nação, em verdade, representa uma insegurança tamanha que chega a ser mais cruel que determinados suplícios.³⁴

³⁰ BECCARIA, Cesare. In "Dos Delitos e das Penas". São Paulo: Martin Claret, 2000. p. 19.

³¹ BECCARIA, Cesare. In "Dos Delitos e das Penas". São Paulo: Martin Claret, 2000. p. 17.

³² CALAMANDREI, Piero. Prefácio. In: BECCARIA, Cesare. *De los delitos y de las penas*. S. Sentís Melendo e M. Ayerra Redín (trads.). Buenos Aires: EJE, 1958. p. 40 e ss..

³³ BECCARIA, Cesare. In "Dos Delitos e das Penas". São Paulo: Martin Claret, 2000. p. 24.

³⁴ TERÁN LOMAS, Roberto A. M. Beccaria y los conceptos fundamentales del derecho penal. *Revista Jurídica Argentina La Ley. Derecho penal: Doctrinas Esenciales*. Buenos aires, 2011.p. 11 e ss.

Logo, em um estado moderno não há poder absoluto concentrado nas mãos de um único ente ou indivíduo, no modelo tripartite de Montesquieu³⁵, outrora esboçado por John Locke e que serviu de arrimo para Beccaria e o modelo adotado no Brasil, o poder deverá ser separado em Executivo, Legislativo e Judiciário.

Para estabelecer uma distinção é necessário destacar que o modelo de Montesquieu é muito conservador com relação aos padrões atuais apesar da orientação revolucionária para seu tempo. Noutra giro, também é preciso afirmar que este autor era um aristocrata, logo sua tese orientava-se a fim de proteger sua classe; apesar das intenções dispostas, os ideais propostos em “O espírito das leis” serviram às ideias das revoluções liberais do século XVIII.³⁶

Ocorre que o modelo de estado e a forma como as instituições deste estavam sendo operadas em 1764 eram, na opinião de Beccaria³⁷, ineficazes e arcaicas; no âmbito da política criminal, especialmente, desde a formação da norma até a execução da pena o sistema não atingia os fins mais nobres do bem estar social.

O autor lombardo afirma³⁸ que a materialização do poder de um estado gerado pelo ajuntamento social voluntário é a norma, pois através dela grupos outrora desorganizados, que formavam os primeiros embriões sociais, organizaram as relações entre indivíduos e grupos.

Beccaria ressalta portanto³⁹ que a lei raramente é produzida visando o bem comum; pelo contrário, o resultado legislativo reflete o interesse da casta minoritária e detentora do poder, ou pontualmente o resultado de fato político histórico e de grande clamor social. A lei justa deve trazer consigo a observação atenta ao meio

³⁵ MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. Martins Fontes, 2010. p. 27 e ss..

³⁶ GOMES, Luiz Flávio. Beccaria (250 anos) e o drama do castigo penal: civilização ou barbárie?. São Paulo: Saraiva, 2014. p 47 e ss.

³⁷ BECCARIA, Cesare. *In* "Dos Delitos e das Penas". São Paulo: Martin Claret, 2000. p. 94.

³⁸ BECCARIA, Cesare. *In* "Dos Delitos e das Penas". São Paulo: Martin Claret, 2000. p. 20.

³⁹ BECCARIA, Cesare. *In* "Dos Delitos e das Penas". São Paulo: Martin Claret, 2000. p. 22..

social, a fim de gerar o máximo de conforto e segurança para a maioria dos cidadãos.

Quando a norma apresenta os valores que defende têm-se em mãos a definição do bem jurídico, estes não são universais ou indiscutíveis, mas retratam quais institutos o legislador intenciona proteger. Conforme aplica Montesquieu, toda pena que não derive de uma necessidade é por si um exercício de tirania, logo a produção da lei penal de uma democracia deve focar o bem estar social, ou será injusta.⁴⁰

Ora, se apenas a lei poderá definir as punições de cada crime e o poder de produzi-las é exclusivo do legislador - que se presume ser o representante de todos os indivíduos unidos pelo mesmo contrato social - segundo afirma Beccaria⁴¹, o legislativo que defende os próprios interesses produzirá leis penais que protegem seus pares, subjagam o cidadão comum e isolam o desviante de origem humilde.

No atual contexto, as decisões políticas demonstram grande subordinação, mesmo que tácita, aos poderes das corporações capitalistas. Logo as normas, e decisões com fundamento nestes princípios viciados terminam por arriscar o bem estar social a fim de atender uma determinada parte influente e rica dos cidadãos.⁴²

Inserido no contexto de repartição de poderes invocado pelo autor, é possível concluir ao soberano legislador compete a produção de leis aplicáveis ao todo, mas não o julgamento da adequação de fatos à norma, pois esta responsabilidade assenta-se sobre o Poder Judiciário.

O Poder Judiciário é reconhecido na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 2º, e no inciso III do parágrafo 4º do artigo 60; tem sua independência frente aos demais. Seu papel primo é de braço pacificador do estado, pois tem a função de

⁴⁰ GOMES, Luiz Flávio. *Fundamentos e limites do Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 375 e ss.

⁴¹ BECCARIA, Cesare. *In "Dos Delitos e das Penas"*. São Paulo: Martin Claret, 2000. p. 25.

⁴² REGNASCO, Maria Josefina. *Crisis de civilización*. Bueno Aires: Jorge Baudino Ediciones, 2012. p. 34.

interpretar e aplicar a lei aos litígios entre indivíduos, de acordo com Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino⁴³, o Judiciário tem a competência de interpretar e aplicar o direito às divergências a ele submetidas de forma coercitiva e definitiva, restabelecendo o equilíbrio das relações.

Ainda nessa senda orienta o Senhor Ministro Gilmar Ferreira Mendes⁴⁴ que o judiciário como existe atualmente no Brasil representa a materialização do princípio da proteção judicial efetiva, que se mostra ativo na grande gama de ações constitucionais possíveis a fim de resguardar a objetividade da norma constitucional e a subjetividade de direitos e garantias fundamentais.

A autonomia constitucional que recebe este Poder por meio da definição de sua competência é ampla, porém limitada, a grandeza de sua atuação é contida como qualquer de seus pares. Observa-se que a lei votada no Legislativo vincula o Judiciário com a admissão de interpretação que não deturpe o sentido da norma, aí reside outro importante motivo para que as leis sejam claras e precisas: impedir o excesso do magistrado.⁴⁵

Quanto ao julgamento, é necessário atentar ao princípio da legalidade, que vincula tanto o Direito Penal pátrio (artigo 1º do CP) quanto a Administração Pública como um todo (artigo 37 da CF/88) o que incluirá o Poder Judiciário. Cabe ressaltar, porém, que este princípio, conforme idealizado pelo iluminismo e reforçado pelos reformistas é inconcebível nos padrões atuais.⁴⁶

Conforme proposto no inciso II do artigo 5º da CF/88, o princípio da legalidade, como vige em ordenamento pátrio, consiste na desobrigação do cidadão em cumprir qualquer determinação que não lhe seja feita por lei. A manifestação

⁴³ ALEXANDRINO, Marcelo & PAULO, Vicente. Direito Constitucional descomplicado - 14 ed. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2015. p. 679.

⁴⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 10ª ed. - rev. e atual. - São Paulo: Saraiva. 2015. p. 961.

⁴⁵ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014. p. 100.

⁴⁶ CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. *o caráter retórico do princípio da legalidade*. Porto alegre: Síntese 1979. p. 75 e ss.

constitucional deste no âmbito penal consta do inciso XXXIX do mesmo artigo, que esboça tamanha rigidez na atuação do ente estatal que sequer dá margem ao Poder Executivo para sua atuação regulamentar devido a exigência de lei formal para definir crimes, penas. Este texto legal apresenta ainda o princípio específico da anterioridade da lei penal.⁴⁷

Logo, ao magistrado em qualquer instância é vedado o direito de produzir norma ou criar situação de exceção, desta forma é impossível que o representante do Poder Judiciário ultrapasse os limites legais, permaneça aquém do que determina o texto normativo ou ignore o alegado pelas partes, sob risco de faltar na prestação jurisdicional ou excedê-la rompendo com sua imparcialidade.

No entendimento do autor estudado, o juiz “*deve fazer um silogismo perfeito*”⁴⁸ entre fato e norma, sem julgamentos *infra*, *ultra*, *extra* ou *citra petita*, respeitando sempre a hierarquia das normas, que no Brasil é entendida pela doutrina unânime ao modelo kelseniano⁴⁹.

Reina pois a Lei, e a ela se submeterá o fato que lhe afronta, ou não; adequados fato e norma o magistrado decidirá pela liberdade ou punição, que deverá também respeitar os limites propostos na norma, que por sua vez deverá ter sido erigida sobre o princípio da proporcionalidade.⁵⁰

Conforme Beccaria⁵¹, se o julgador for levado a fazer interpretação que ultrapasse o trinômio supracitado, ou se optar por tanto tornará toda a sentença

⁴⁷ ALEXANDRINO, Marcelo & PAULO, Vicente. Direito Constitucional descomplicado - 14 ed. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2015. p. 127.

⁴⁸ BECCARIA, Cesare. In "Dos Delitos e das Penas". São Paulo: Martin Claret, 2000. p. 22.

⁴⁹ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Martins Fontes, 2005.

⁵⁰ COPETTI, André. *Direito Penal e estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2000. p. 133.

⁵¹ BECCARIA, Cesare. In "Dos Delitos e das Penas". São Paulo: Martin Claret, 2000. p. 23.

incerta e obscura, o que no ordenamento jurídico pátrio enseja a oposição de Embargos Declaratórios⁵², nos termos do artigo 382 do Código de Processo Penal.

Segue na afirmação de que o homem terá uma forma diversa de enxergar o mesmo objeto ou situação de acordo com o decorrer do tempo e da conjuntura da vida em que se insere, ou seja, o livre convencimento do magistrado, em verdade, nunca poderá ser completamente imparcial se for levado em conta que sua realidade e ambiente intervirão em sua análise do fato; a segurança jurídica, tão necessária para manutenção da ordem pública, resta ameaçada pelas paixões humanas.⁵³

Logo, o Juiz encontra-se limitado à lei que lhe é entregue pelo Estado, e às provas produzidas nos autos, para proferir sua decisão; isto se dá mesmo que possua conhecimento externo sobre o caso, pois a função que desempenha é eminentemente cognitiva.⁵⁴ No capítulo VI⁵⁵, ao tratar das prisões como espaço onde se executa modalidade de pena privativa de liberdade, chama a atenção às condições do ambiente, que insalubre e desumano finda por relegar o condenado ao opróbrio, sem o ressocializar.

A prisão, portanto, descarrega sobre os ombros do apenado toda uma carga de infâmia e estigma social, enfraquece os vínculos e limita grandemente sua reintegração ao convívio. Interessante observar que, apesar do tempo que transcorreu entre as proposições de Beccaria e a atualidade brasileira⁵⁶ não ocorreram transformações pujantes para humanizar o espaço prisional, ou para reintegrar o apenado ao meio; se muito, o que há é uma maquiagem no sistema que

⁵²BONFIM, Edilson Mougnot. Curso de processo penal. de acordo com as Leis n. 11.689/2008 e 11.719/2008. São Paulo: Saraiva, p. 303-304, 2009..

⁵³ BECCARIA, Cesare. In "Dos Delitos e das Penas". São Paulo: Martin Claret, 2000. p. 23.

⁵⁴ GOMES, Luiz Flávio. Beccaria (250 anos) e o drama do castigo penal: civilização ou barbárie?. São Paulo: Saraiva, 2014. p 88.

⁵⁵ BECCARIA, Cesare. In "Dos Delitos e das Penas". São Paulo: Martin Claret, 2000. p. 26.

⁵⁶ PIMENTA, Victor Martins. Conter o poder punitivo: alternativas ao encarceramento em massa. Artigo em publicação eletrônica. Carta Maior. Publicado em 29/06/2015. Disponível em <http://cartamaior.com.br/?/Editoria/Principios-Fundamentais/Conter-o-poder-punitivo-alternativas-aoencarceramento-em-massa/40/33871>. Acesso em junho de 2017.

carece de outros séculos de evolução para refletir atenção aos preceitos propostos.⁵⁷

Desta forma, é por demais arriscado à boa técnica, à segurança jurídica e ao bem estar social decretar prisão baseada em mera suposição, a exemplo da prisão preventiva, que por falsa sensação de punir a impunidade acabou tornando-se instrumento paliativo para o judiciário brasileiro⁵⁸.

De maneira conclusiva, o autor afirma que no modelo vigente à época⁵⁹, de certa forma semelhante ao atualmente aplicado no Brasil, a interpretação de uma lei com a definição de seus interesses nada mais é que *“o resultado de boa ou má lógica de um juiz (...) da violência das paixões do magistrado (...) que mudam as aparências e desnaturam os objetos no espírito inconstante do homem”*.

Este assunto traz à baila a questão da Segurança Jurídica no livro em discussão: Ora, este ideal foi proposto de forma implícita na obra de Beccaria⁶⁰, ao afirmar a necessidade do magistrado de se manter adstrito à norma posta e que, conseqüentemente, esta norma seja clara e precisa, o autor lançou as bases para a aplicação deste princípio ao direito penal.

Na opinião de J.J Canotilho⁶¹, a segurança jurídica poderá ser definida como o direito que o indivíduo tem de confiar nas normas e atos decisórios do estado com relação à sua pessoa. Para tanto estes atos devem estar alicerçados em norma vigente e válida, e os efeitos jurídicos de cada ato da parte ou do estado devem ser previsíveis com fundamento na leis, e posteriormente na jurisprudência atualizada e recorrente.

⁵⁷ Vide: Conselho Nacional do Ministério Público. A visão do Ministério Público sobre o sistema prisional brasileiro - 2016 / Conselho Nacional do Ministério Público. – Brasília : CNMP, 2016. 344 p.

⁵⁸ GOMES, Luiz Flávio. Beccaria (250 anos) e o drama do castigo penal: civilização ou barbárie?. São Paulo: Saraiva, 2014. p 179..

⁵⁹ BECCARIA, Cesare. In "Dos Delitos e das Penas". São Paulo: Martin Claret, 2000. p. 22.

⁶⁰ BECCARIA, Cesare. In "Dos Delitos e das Penas". São Paulo: Martin Claret, 2000. p. 49.

⁶¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, DL 2003, 2003.

O resultado da segurança jurídica é a estabilidade e eficácia das relações jurídicas, segundo Beccaria, seria o resultado lógico da junção prática dos preceitos supracitados⁶². Pois o cidadão com acesso a norma (que é clara, precisa e redigida em linguagem corrente e acessível) poderá conhecer os resultados de suas ações caso se adequem a tipificação da lei, antes que decida pela ação ou inércia.

O caráter sociológico da obra se mostra então desde o princípio com a finalidade de criticar a má gestão dos recursos resultantes do ajuntamento social. Segundo Beccaria afirma, as leis representam a vontade da minoria detentora do poder ou mero resultado casual de um momento de grande clamor político quando deveriam refletir isonomia aristotélica no estado de direito⁶³.

No Capítulo V⁶⁴ da Obra, Cesare Beccaria trata sobre a obscuridade das leis. Em sua opinião as leis são formuladas com linguagem arcaica e inacessível ao cidadão comum, de forma que este ao ter contato com a norma não consegue entender com objetividade o binômio delito e punição. No auge da legislação, apenas o texto claro e simples teria acesso, e toda lei obscura e imprecisa seria substituída ou revogada.⁶⁵

Outra questão importante está no fato de que o indivíduo ao se deparar com texto que ao alcance de seu conhecimento seja ininteligível não poderá refletir sobre gravidade da resposta estatal a um eventual desvio de conduta, desta forma a norma em sua complexidade perde o efeito coercitivo.

No entendimento de Beccaria⁶⁶, quanto mais pessoas pudessem acessar e compreender o texto legal menos delitos haveriam, pois não existiriam dúvidas que a certeza da punição e da reprovabilidade da conduta *“põe freio à eloquência das paixões”*.

⁶² BECCARIA, Cesare. In "Dos Delitos e das Penas". São Paulo: Martin Claret, 2000. p. 23.

⁶³ BECCARIA, Cesare. In "Dos Delitos e das Penas". São Paulo: Martin Claret, 2000. p. 15.

⁶⁴ BECCARIA, Cesare. In "Dos Delitos e das Penas". São Paulo: Martin Claret, 2000. p. 24.

⁶⁵ CÂMARA, Guilherme Costa. Beccaria e o pensamento jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciência Criminais*. São Paulo. v. 11, n. 44, jul./set. 2003, p. 327.

⁶⁶ BECCARIA, Cesare. In "Dos Delitos e das Penas". São Paulo: Martin Claret, 2000. p. 102.

Acerca do acesso às normas ainda, existe outro ponto crucial sobre a utilidade da imprensa na divulgação das leis, pois através de seus meios é possível alcançar os mais remotos ajuntamentos populacionais, uma imprensa livre é crucial na manutenção de uma democracia, e principalmente no trabalho cíclico da geração de uma justiça social⁶⁷

Diante das reformas legislativas que têm sido operadas no Brasil no último ano é possível notar que o questionamento de Beccaria permanece atual; a maioria da população, formada por trabalhadores, têm sido prejudicada para atender os interesses de uma minoria de grandes influenciadores empresários e políticos.

É cruel imaginar que tais propostas de lei apresentadas apenas são acessadas por uma parcela reduzida da população, e o real efeito e intenção da norma são depreendidos por uma parcela ainda menor, além do mais, a mídia em sua maioria absoluta pende para determinada posição política, que mesmo quando divergente entre os canais de comunicação, nunca apresenta a informação de maneira imparcial.⁶⁸

Em uma situação ideal a produção legislativa deveria ser resultado de um congresso forte e atento às necessidades e direitos básicos da população que os elegeu, com intuito de gerar o máximo de bem estar social a maioria dos cidadãos, fato quase inexistente ou, no melhor caso, esporádico na democracia como um todo, seja no Brasil ou no exterior.

1.2.2.1 Restrição de liberdade e segurança pessoal

No entendimento deste autor⁶⁹, o fim da reunião em sociedade é atingir segurança pessoal, pois em favor deste aglomerado opinativo abdicou-se de

⁶⁷ PEREIRA, Nilo. IMPRENSA E DEMOCRACIA. Síntese: Revista de Filosofia, v. 3, n. 12, p. 12-26, 1961.

⁶⁸ GUZMÁN DALBORA, José Luis. Consecuencias In: MATUS ACUÑA, Jean Pierre (dir.). *Beccaria 250 años después: dei delitti e delle pene -de la obra maestra a los becarios*. Montevideu - Buenos Aires: Editorial B de F-Euros Editores SRL, 2011. p. 48.

⁶⁹ BECCARIA, Cesare. In "Dos Delitos e das Penas". São Paulo: Martin Claret, 2000. p. 26.

pequena parte de suas liberdades a fim de manter a própria integridade e não apenas do bem comum. A crítica então, reside na fraqueza institucional que representa efetuar uma prisão com o uso do poder estatal para dar vida a arbitrariedades sem fundamento normativo algum.

O modelo ideal de sistema penal deve sopesar segurança social e liberdade, de forma que se restringirá a última apenas em casos limítrofes e de extrema necessidade. Beccaria idealizou o Direito Penal como *ultima ratio*, sob uma visão garantista e não minimalista.⁷⁰

No contexto atual do Brasil, qualquer prisão arbitrária não tem legitimidade pois até mesmo para a decretação da prisão preventiva - modalidade mais fundada em incertezas - é necessário sejam preenchidos determinados requisitos. Conforme dispõe Aury Lopes Júnior⁷¹, esta modalidade só pode ser avocada se demonstrados o *periculum libertatis* e o *fumus comissi delicti*, que ao exigirem fundamentação do magistrado imobilizam a maior parte das arbitrariedades.

No conceito exposto por Lopes, o *fumus comissi delicti* é a união dos indícios mínimos de autoria associados a provas consistentes da materialidade do fato; por *periculum libertatis* entende-se o risco que a liberdade do suspeito representa para a correta persecução das provas, para garantia do *ius puniendi* e para eventuais vítimas e testemunhas ou para a sociedade como um todo.

Mas cabe ressaltar que, o judiciário pátrio não se encontra livre de decisões abusivas, ou fundadas em persecução insuficiente para embasar uma condenação. Ora, o estudo do Direito Administrativo chega a elencar a possibilidade de responsabilização civil do estado pela prisão ilegal, de forma objetiva conforme dispõe o inciso LXXV do artigo 5º da CF/88.⁷²

⁷⁰ CÂMARA, Guilherme Costa. Beccaria e o pensamento jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciência Criminas*. São Paulo. v. 11, n. 44, jul./set. 2003, p. 311.

⁷¹ LOPES Jr, Aury. *Direito Processual penal* - 11ª ed. São Paulo: Saraiva. 2014. p.854

⁷² ALEXANDRINO, Marcelo & PAULO, Vicente. *Direito Administrativo descomplicado* - 23 ed. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2015. p.870.

Em última instância, o autor trata dos delitos contra a tranquilidade pública, modalidade que hoje equivale às contravenções penais, interessante observar este caso pois Beccaria foi o primeiro também a observar a tripartição dos delitos - crime, delito e contravenções penais- apesar de não nomeá-los desta forma.⁷³ Entretanto, o sistema aplicado no Brasil é bipartido, pois não há diferenciação clara entre crime e delito, apesar de demonstrar a influência do doutrinador italiano ao resguardar aos fatos de baixa ofensividade um regramento próprio, a Lei de Contravenções Penais.⁷⁴

⁷³ GOMES, Luiz Flávio. Beccaria (250 anos) e o drama do castigo penal: civilização ou barbárie?. São Paulo: Saraiva, 2014. p 114 e ss.

⁷⁴ GARCÍA - PABLOS DE MOLINA, Antônio e Gomes, Luiz Flávio. *Criminologia*. 8. d. São Paulo: RT, 2012. p. 609.

1.2.3 Índícios do delito, forma do julgamento, testemunhas e interrogatórios sugestivos

O autor trata ainda das modalidades de produção de provas usadas à época⁷⁵, que haviam sido constituídas em uma realidade de completo desdém aos preceitos da dignidade da pessoa humana e da presunção de inocência. Em verdade a modalidade que vigorava era presunção de culpabilidade, haja vista o modelo incorporado.

Apresenta, de forma introdutória a possibilidade de dividir os meios probatórios em interdependentes e independentes,⁷⁶ quanto a sua obtenção e sustentação em juízo; e em perfeitos e imperfeitos quanto ao seu grau de precisão, de forma que a prova perfeita aponte sem quaisquer obscuridades a existência do delito e sua autoria, e a imperfeita abra espaço para aplicação do princípio da presunção de inocência ou até mesmo pela impossibilidade de comprovar a prática delituosa.

Reforça portanto a necessidade de clareza nas normas a fim de fornecer ao juiz uma base certa para a adequação, ou não, do fato.

1.2.3.1 Testemunhas e acusações secretas

Trata, nesta senda⁷⁷, da valoração da prova testemunhal principalmente quando os depoimento prestados advém de indivíduo com índole duvidosa, a exemplo de ex-condenados; ou de quando estes fatores se contrapõe a outras provas constantes no processo, obtidas por meio lícito e que se aproximam da perfeição.

Na jurisprudência pátria, a idoneidade e o desinteresse da testemunha no resultado do caso são preceitos recorrentes nas análises, inclusive com a vedação ao testemunho anônimo, apesar da existência do programa de proteção à

⁷⁵ BECCARIA, Cesare. *In* "Dos Delitos e das Penas". São Paulo: Martin Claret, 2000. p. 27 e ss.

⁷⁶ BECCARIA, Cesare. *In* "Dos Delitos e das Penas". São Paulo: Martin Claret, 2000. p. 28.

⁷⁷ BECCARIA, Cesare. *In* "Dos Delitos e das Penas". São Paulo: Martin Claret, 2000. p. 30.

testemunha e vítima que resguarda a integridade do depoente sem arriscar a segurança das decisões.⁷⁸

1.2.3.2 - Interrogatórios sugestivos e juramentos

Trata ainda dos interrogatórios sugestivos⁷⁹. Em seu tempo o costume de formular quesitos que impelissent o acusado a se incriminar gerava certa confusão de ideias e latente ineficácia. Conforme propõe Beccaria, a natureza humana não se auto flagela em condições comuns, o que leva os interrogatórios a se tornarem sessões de tortura ou inquisição religiosa, e quando por dever de consciência o acusado assume a prática de crime é quase impossível que o tenha feito por meio da sugestão do inquiridor, mas sim por peso de seu dever moral .

Com o intuito de proteger o bom decorrer do processo, fala ainda no Capítulo XI⁸⁰ com relação aos juramentos, prática com inclinação religiosa adotada pelos tribunais italianos à época, e que permanece utilizada na atualidade, tanto em sistemas *common law* (Estado Unidos da América) como romano-germânicos (Brasil e Itália) onde exista forte tradição de religiões cristãs; no Brasil a prática de jurar sobre a Bíblia ou qualquer outra expressão de fé não tem mais utilidade, uma boa opção de acordo com Beccaria⁸¹ pois não existirá juramento que garanta a veracidade das informações prestadas por um réu.

Nesta orientação, erguida contra meios de obtenção de prova, que envolvem a inteligência da memória e opinião humana, Bermejo⁸² afirma que o direito do estado durante a persecução penal necessita de limitações, que residem nos direitos humanos, propostos através das garantias fundamentais no ordenamento brasileiro, que incluem entre si a vedação à autoincriminação por parte do investigado/acusado

⁷⁸ Neste sentido: STF HC 112.811 - SP e HC 90.321 - SP

⁷⁹ BECCARIA, Cesare. In "Dos Delitos e das Penas". São Paulo: Martin Claret, 2000. p. 35.

⁸⁰ BECCARIA, Cesare. In "Dos Delitos e das Penas". São Paulo: Martin Claret, 2000. p. 36.

⁸¹ BECCARIA, Cesare. In "Dos Delitos e das Penas". São Paulo: Martin Claret, 2000. p. 37.

⁸² BERMEJO, Roberto. Manual para una economía sostenible. Los Libros de la Catarata, 2011. p. 193.

no inciso LXIII do artigo 5º da Constituição Federal vigente recentemente ratificada pelo Superior Tribunal de Justiça⁸³.

1.2.3.3 - Da tortura

O termo tortura advém do latim, *tortum*, uma tipo de corda utilizada para impingir sofrimento físico a alguém, pouco tempo após o surgimento deste objeto ocorreu a criação do termo *tortur*, que significa “aquele que aplica a tortura”.⁸⁴ Esta prática, que hoje é considerada abusiva e ilegítima, outrora foi utilizada pela sociedade como meio eficaz de persecução penal, que afligiu culpados e inocentes por séculos.

Na concepção de Cesare Beccaria, e de outros filósofos iluministas, este modo de adquirir confissões mostrava-se ineficaz em seus próprios fundamentos, pois a certeza de um delito torna a prática desnecessária e a incerteza fá-la mais vil que a ação criminosa, fundado no princípio da presunção de inocência.⁸⁵

O autor sustenta⁸⁶ ainda que a tortura beneficia os mais resistentes em detrimento dos mais fracos, pois o culpado que sustém a mentira não sucumbirá a pena *per se*, mas o inocente que confessa ato que não praticou para se ver livre dos flagelos imediatos responderá pelos crimes que não são seus.

O primeiro edito histórico que proibiu a tortura noticiado ocorreu em 1740 na Prússia por mãos de Frederico II, Rei da Prússia, e deflagrou um movimento abolicionista por toda a Europa; este rei compôs a lista dos soberanos que aderiram

⁸³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.208.583/ES. Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 04/12/2012, DJe 11/12/2012. Brasília, DF. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201001626420&dt_publicacao=11/12/2012. Acesso em: 12 set. 2017.

⁸⁴ FARIA, Ernesto. Dicionário escolar latino português. 6 ed. Rio de Janeiro: FAE, 1988. p. 551

⁸⁵ BECCARIA, Cesare. In "Dos Delitos e das Penas". São Paulo: Martin Claret, 2000. p. 38.

⁸⁶ BECCARIA, Cesare. In "Dos Delitos e das Penas". São Paulo: Martin Claret, 2000. p. 40.

ao despotismo esclarecido iniciado pelo movimento iluminista, movimento que representou o início das discussões a respeito dos Direitos Humanos na Europa.⁸⁷

A Carta Magna impõe nos incisos III, XLIII e XLIX do artigo 5º a vedação e inafiançabilidade da prática do crime de tortura, e a garantia de manutenção da integridade física e moral dos cidadãos como parte das garantias fundamentais. Na legislação ordinária, a Lei n. 9455/97 representa a tipificação do crime de tortura atualmente aplicada.

1.2.4 Da duração do processo e da prescrição

No Capítulo XIII⁸⁸ o autor trata “Da duração do processo e da prescrição”, este ideal lançou os alicerces para o princípio atual da duração razoável do processo. Segundo Beccaria, o tempo que deve durar o processo não poderá exceder o necessário para o exercício do contraditório e da ampla defesa.

No entendimento deste doutrinador, a celeridade com que a retribuição estatal ocorre em desfavor do delinquente é ponto crucial para a eficácia do poder coercitivo da pena; a imediatidade da punição põe *“freio útil contra os celerados”*.⁸⁹

Para o autor, a demora na prestação jurisdicional gera na coletividade sentimento de impunidade; a relevância deste preceito é tamanha que para o ordenamento jurídico vigente constitui direito fundamental, de forma que é proposto na Convenção Americana de Direitos Humanos e a na Convenção Européia.⁹⁰

⁸⁷ SZNICK, Valdir. Tortura: histórico, evolução e crime. São Paulo: LEUD, 1998.p. 21 e ss.

⁸⁸ BECCARIA, Cesare. In "Dos Delitos e das Penas". São Paulo: Martin Claret, 2000. p. 43.

⁸⁹ BECCARIA, Cesare. In "Dos Delitos e das Penas". São Paulo: Martin Claret, 2000. p. 61 citar CIDH

⁹⁰ Vide: Organização dos Estados Americanos, Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf . Acesso em 12 set. 2017.

Uadi Lammêgo Bulos⁹¹ trata a duração razoável do processo como o dever que as autoridades têm de exercer suas atribuições com rapidez e presteza, eliminando os excessos técnicos ou as práticas procrastinatórias, além de usar de seu poder como condutores do processo para impedir que as partes o façam.

Trata ainda dos prazos prescricionais⁹², que considera devam ser maiores conforme seja grave o delito, a fim de resguardar a sociedade da impunidade, ao invés da aplicação de prescrição maior de acordo com as dificuldades encontradas quando da persecução penal, prática comum à época.

É interessante expor a profunda ligação que estes princípios possuem com a proporcionalidade, desta vez da ofensa à duração da instrução e julgamento e formar um paralelo com a realidade nacional, com relatos de processos que se estendem por décadas para condenar réus que permaneceram em liberdade ou para absolver inocentes que estavam presos.

1.2.5 Crime tentado, da cumplicidade e da impunidade

Beccaria propôs ainda a consideração do crime iniciado, porém não consumado, para evitar a impunidade, reservando contudo aos crimes completos as penas de maior vulto e às tentativas penas parciais.

Estas proposições são apresentadas no Capítulo XIV⁹³ (“Dos Crimes Começados; Dos Cúmplices; Da Impunidade”). Nesta senda orienta, trata ainda sobre os partícipes e cúmplices, atentando para que respondam de forma proporcional à sua relevância para o resultado final da conduta, sem equiparação aos reais mentores e executores do fato.

Chama atenção para ao caso da prática criminosa mediante paga, pois neste caso, na opinião do autor, a vantagem oferecida pelo mandante ao executor suprime o risco da ação de um equipara a responsabilidade de ambos.

⁹¹ BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva. 2015. p.

⁹² BECCARIA, Cesare. In "Dos Delitos e das Penas". São Paulo: Martin Claret, 2000. p. 45.

⁹³ BECCARIA, Cesare. In "Dos Delitos e das Penas". São Paulo: Martin Claret, 2000. p. 47.

Na opinião de Zaffaroni e Pierangeli⁹⁴, a parte de projeto do ato que ocorre exclusivamente no foro íntimo do indivíduo não pode ser considerado como tentativa por motivações óbvias, apesar de ensejar o delito, pois não produz qualquer efeito. Todavia, no decorrer o *iter criminis* o autor transpassa da fase interna para a externa, material, com os atos preparatórios e a execução para que por fim consume o ato.

Se a ação for interrompida durante os atos preparatórios, em determinados casos onde a mera preparação já constitua ato infracional, e durante a execução sem que ocorra a consumação do delito considerar-se-á o crime tentado. Na inteligência do inciso II do artigo 14 do Código Penal pátrio⁹⁵ os atos preparatórios também são desconsiderados para tanto, logo apenas a execução sem consumação caracteriza tentativa.

À época de Beccaria, alguns tribunais deixavam de punir o cúmplice e os partícipes, e desconsideravam o crime tentado; com este posicionamento o autor demonstra sua intenção em garantir a punição de qualquer indivíduo que tenha agido em desfavor do bem comum, a erradicação da impunidade ergueu-se como um dos conceitos mais importantes do livro.

1.2.6 Das penas

A pena privativa de liberdade, por sua vez, surgiu no início do Séc. XIX, segundo Foucault⁹⁶, com uma “instituição de fato” sem qualquer embasamento teórico, e com a finalidade de controlar a moral e a mentalidade dos reclusos.

Esse novo modelo trouxe consigo a necessidade da separação dos reclusos por idade, sexo e principalmente pelo seu grau de periculosidade, além de outros

⁹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raul. ; PIERANGELI, José Henrique. Da tentativa: doutrina e jurisprudência. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p 57.

⁹⁵ BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

⁹⁶ FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 35. ed. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 84.

fatores; esta carência de análise do histórico social e do perfil psicológico do delinquente desenvolveu na senda da execução penal novas áreas de conhecimento com a psicologia, a sociologia, a assistência social e a polícia judiciária.⁹⁷

O autor em questão protege o ideal de que a intensidade das punições deverá espelhar a sociedade a que se aplica, pois quão meno civilizada for a nação mais intensos deverão ser os castigos para que sejam impressionantes aos seus olhos e possam prevenir os delitos de maneira eficaz; todavia aos povos esclarecidos punições menos degradantes surtirão efeitos similares.⁹⁸

Importante observar que no século XIX vigorava a Revolução Industrial e o poder político, outrora concentrado nas mãos da nobreza e do clero, transferia-se para a burguesia e as riquezas não eram mais definidas pelo ajuntamento de terras e plantações, mas pela propriedade de matéria prima, maquinário e linhas de produção.

Este fato trouxe consigo aumento no consumismo e um aumento na disparidade econômica entre classes sociais, cresceu também a criminalidade principalmente os crimes patrimoniais como furtos e roubos. A humanização das relações de trabalho estava se operando, com uma onda de abolição da escravidão, este pensamento atingiu também o direito penal.

Ora, um trabalhador que não consome é inútil para a economia, por isso não havia interesse na escravidão. Um apenado que não se ressocializa para voltar a ser produtivo é desinteressante para o bem comum, e não possuía espaço neste novo modelo social; tratar o pequeno delinquente como inimigo social tornou-se desinteressante.

A pena, sob a ótica do Direito Penal, é a medida sancionatória imposta pelo estado a todo o que comete conduta típica, ilícita e culpável, assim reconhecida pelo

⁹⁷ BRASIL. Lei n. 7210, de 11-07-1984 : Lei de Execução Penal. In : BRASIL. Código Penal, Código de Processo Penal, Constituição Federal.

⁹⁸ BECCARIA, Cesare. In "Dos Delitos e das Penas". São Paulo: Martin Claret, 2000. p. 51.

ordenamento jurídico pátrio, na vigência do atual sistema penal possui fim ressocializador. Em sentido *lato* a pena é a medida retributiva aplicada em resposta a qualquer ato que represente um desvio ao conjunto de normas e a moral existente em determinado grupo social.⁹⁹

O Vocabulário Jurídico Plácido e Silva¹⁰⁰ dá a seguinte definição de pena:

Do latim poena, é o vocábulo, no sentido técnico do Direito, empregado em acepção ampla e restrita. Em sentido amplo e geral, significa qualquer espécie de imposição, de castigo ou de aflição, a que se submete a pessoa por qualquer espécie de falta cometida. Desse modo, tanto exprime a correção que se impõe, como castigo, à falta cometida pela transgressão a um dever de ordem civil, como a um dever de ordem penal. (...) E, assim, no conceito do Direito Penal, a pena é a expiação ou o castigo, estabelecido por lei, no intuito de prevenir e de reprimir a prática de qualquer ato ou omissão de fato que atente contra a ordem social, o qual seja qualificado como crime ou contravenção. Seja numa ou noutra acepção, a pena integra sempre o sentido de reparação, mostre-se uma compensação pecuniária, evidenciada pela multa ou pela pena convencional; ou um castigo, imposto como repressão ou reprimenda ao ato delituoso cometido. (...) uma reparação moral e social à sociedade pelo crime ou contravenção cometida, em perturbação à ordem pública. (...). Pena. É assim comum a aplicação do vocábulo no sentido de imposição ou sanção. Outro não é o significado da expressão sob pena de, que exprime a indicação do que se deve impor ou fazer quando não cumprido o preceito, a regra ou o dever, a que se está obrigado. Segundo as circunstâncias, a pena recebe várias qualificações: civil, convencional, criminal, pública, corporal, de prisão, complementar, acessória, principal etc.

Rogério Greco¹⁰¹ trata a pena como consequência natural que o estado impõe ao infrator, no exercício do *ius puniendi* (direito adquirido pelo estado através do contrato social, termo consagrado por Rousseau). Relativiza porém a injeção direta de tal conceito ao contexto prático atual, pois o dever/poder estatal de punir

⁹⁹ GRECO, Rogério Curso de Direito Penal / Rogério Greco - 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014. p. 147.

¹⁰⁰ E SILVA, Oscar José de Plácido, and Geraldo Magela Alves. *Vocabulário jurídico: A-Z*. Company. 31ª edição. Ed. Forense, 2014. [Minha Biblioteca].

¹⁰¹ GRECO, Rogério Curso de Direito Penal / Rogério Greco - 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014. p. 477 e ss.

deve ser balizado pelos princípios constitucionais que compõem o cerne do corrente Estado de direito.

No início da confecção de sua obra “Dos delitos e das penas”, em 1763, o autor estudado teve como trabalho de campo a observação do rígido e ineficaz sistema penal vigente em seu país. No entendimento do autor, a aplicação das penalidades era desumana e excessiva, e, não bastando isso era incapaz de ressocializar o apenado ou ter efeito coercitivo sobre a população.

Nas palavras de Beccaria, *“Não é o rigor do suplício que previne os crimes com mais segurança, mas a certeza do castigo, o zelo vigilante do magistrado e essa severidade inflexível que só é uma virtude no juiz quando as leis são brandas”*¹⁰²

Em análise detida de cada uma das modalidades inicia com a pena de morte, que julga ineficaz por confrontar a intenção do contrato social, que é prover o bem estar comum, e, também impossibilitar a reintegração do apenado; ademais afirma que essa modalidade torna-se um espetáculo vil oferecido aos cidadão ao invés de uma maneira eficaz de exercer coerção e, em última instância, defende um modelo que adote a pena perpétua de escravidão, pois essa possuiria maior capacidade de assombrar o cidadão comum do que a morte, fim do sofrimento terreno, teria para os celerados munidos de bravura ou indiferença.¹⁰³

Em sequência, refere-se às penalidades que causam comoção social, favorável ou não ao acusado, mas que expõe e denigrem sua imagem perante a nação, a saber: os banimentos, confiscações e a infâmia, que ultrapassavam a pessoa do condenado e derramavam sobre sua família as cóleras estatais, ora, através da crítica a este preceito Beccaria lançou¹⁰⁴ as bases para o ideal de pena

¹⁰² BECCARIA, Cesare. *In* "Dos Delitos e das Penas". São Paulo: Martin Claret, 2000. p. 64.

¹⁰³ BECCARIA, Cesare. *In* "Dos Delitos e das Penas". São Paulo: Martin Claret, 2000. p. 51.

¹⁰⁴ BECCARIA, Cesare. *In* "Dos Delitos e das Penas". São Paulo: Martin Claret, 2000. p. 59 e ss.

personalíssima, que atualmente resta assegurado no inciso XLV do artigo 5º da Constituição Federal.¹⁰⁵

1.2.6.1 Detração da prisão preventiva ou temporária

Beccaria propôs quando tratou da publicidade e presteza das penas¹⁰⁶ que a prisão do acusado justificar-se-ia apenas em casos nos quais sua liberdade poria a risco às investigações ou próprio julgamento ou, se por risco de fuga poderia gerar a impunidade.

Porém, já naquela época entendia que qualquer fosse o prazo que o acusado passasse preso, fundado em incertezas, e a disposição do estado este deveria ser subtraído do montante final em caso de condenação. O ordenamento jurídico brasileiro absorveu estes preceitos e hoje a Lei de Execuções Penais, em seu artigo 66 inciso III prevê tal detração.¹⁰⁷

1.2.7 Da proporcionalidade

A época da edição da obra, conforme já exposto, os juízes não contavam com um Código Criminal posto, o que terminava por lhes conceder, de certa forma, uma disponibilidade acerca do que fazer com a liberdade alheia de acordo exclusivamente com seus interesses. Critérios como a classe social do indivíduo e sua orientação religiosa influenciavam decisões que deveriam pautar-se apenas em critérios objetivos, e terminavam por dar a delitos equivalentes penas excessivamente desproporcionais baseadas em fatores externos e indiferentes ao fato.¹⁰⁸

¹⁰⁵ BRASIL. **Constituição** (1988). **Constituição** da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

¹⁰⁶ BECCARIA, Cesare. In "Dos Delitos e das Penas". São Paulo: Martin Claret, 2000. p. 62.

¹⁰⁷ GRECO, Rogério Curso de Direito Penal / Rogério Greco - 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014. p.568 e ss.

¹⁰⁸ MODONA, Guido Neppi. *L'utile sociale nella concezione penalistica di Cesare Beccaria*. *Rivista Italiana de Diritto e Procedura Penale*. Milano. v.v 32, 1989. p. 494 e ss.

O livro estudado oferece então a ideia de proporcionalidade na aplicação das punições, com isso as penas aplicadas devem ter apenas intuito ressocializador ao “impedir o culpado de ser nocivo futuramente à sociedade” e coercitivo ao “desviar seus concidadãos da senda do crime”, mas utilizar em sua moderação de critérios estritamente legais e objetivo.

Aplicado ao Direito Penal, o princípio da proporcionalidade representa que a intensidade da retribuição gerada pelo estado deve ser diretamente proporcional ao mal que o delito causou, portanto, reprimir um crime patrimonial praticado sem violência com amputação (modalidade aplicada em países muçulmanos¹⁰⁹) é um exemplo extremo de afronta a tal princípio.

Logo, nessa senda, todo o trabalho de Beccaria gira em torno da ideia de que o excesso de punição é desnecessário para atingir qualquer fim social. O ponto de equilíbrio, na opinião de Beccaria, reside na pena que gere maior impacto na sociedade com seu efeito coercitivo, sem contudo ser cruel ao apenado.¹¹⁰ Nisto pois, entende-se que interesse comum dos homens é de que “não haja delito”, mas diante de sua inevitabilidade frente “as desordens geradas pelas paixões humanas”, o interesse é de que gradativamente seja reduzida sua incidência.¹¹¹

O princípio da proporcionalidade, que é deveras tratado como contido no princípio da razoabilidade, é definido por Humberto Ávila¹¹² como a necessidade que os entes estatais optem por meios “adequados, necessários e proporcionais” para a realização de seus interesses. Um meio só pode ser adequado se promover resultado, será necessário se entre opções pares for a de menor restrição aos

¹⁰⁹ LIPOVETSKY E SILVA, Natália et al. Breve estudo sobre o sistema jurídico islâmico. Revista do Centro Acadêmico Afonso Pena, v. 12, n. 2, 2009.

¹¹⁰ BECCARIA, Cesare. In "Dos Delitos e das Penas". São Paulo: Martin Claret, 2000. p. 68.

¹¹¹ CURY U., Henrique, *Proporción entre los delitos y las penas*. In: MATUS ACUÑA, Jean Pierre (dir.) *Beccaria 250 años después: dei delitti e delle pene - de la obra maestra a los becarios*. Montevideu - Buenos Aires: Editorial B de F - Euros Editores SRL, 2011. p. 86.

¹¹² ÁVILA, Humberto Bergmann. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 2011.

direitos e garantias fundamentais e será proporcional quando o mal que causar for equivalente ou inferior aos benefícios que produza.

Ocorre que o tema enfrentado é objeto de controvérsia até hoje, materialmente ainda não existe ordenamento que tenha atingido equilíbrio total entre o dano causado pelo delinquente e a resposta da sociedade. É bem verdade que erros gritantes não ocorrem no Brasil - como punir um furto de forma igual ao homicídio - mas o sistema como vige abre margem, ainda arriscada, à discricionariedade viciada de um magistrado.¹¹³

Noutro giro, o uso da proporcionalidade invoca, nos moldes do autor,¹¹⁴ a aplicação do princípio da insignificância pois o fato que seja tão ínfimo que sequer cause dano mensurável à sociedade não pode ser valorado na esfera penal; este princípio é amplamente reconhecido no Brasil e aplica-se aos fatos que apesar de preencherem parte dos requisitos objetivos de um ilícito penal, em verdade, atacam coisa ou situação tão irrelevante ao direito que são tratados como ninharia.¹¹⁵

Beccaria¹¹⁶ ao propor a proporcionalidade, usou modelo ligeiramente diverso do professor Ávila: segundo ele a retribuição será equivalente e eficaz quando ultrapassar ligeiramente o mal causado pelo delito. Mas, segundo Beccaria, se o rigor das penas for excessivo, instigará a audácia do culpado em evitá-las e o impelirá ao acúmulo de delitos para que possa unir na punição do primeiro delito a retribuição de todos.

Noutro ponto, a aplicação da proporcionalidade para que seja entendida deve abarcar o conceito de delito como utilizado pelo iluminismo. O rompimento com o conceito religioso do ato tem em si o grande preceito: “a verdadeira medida dos

¹¹³ GOMES, Luiz Flávio. *Beccaria (250 anos) e o drama do castigo penal: civilização ou barbárie?*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 105.

¹¹⁴ BECCARIA, Cesare. *In "Dos Delitos e das Penas"*. São Paulo: Martin Claret, 2000. p. 70.

¹¹⁵ CURY U., Henrique, *Proporción entre los delitos y las penas*. In: MATUS ACUÑA, Jean Pierre (dir.) *Beccaria 250 años después: dei delitti e delle pene - de la obra maestra a los becarios*. Montevideu - Buenos Aires: Editorial B de F - Euros Editores SRL, 2011. p. 88.

¹¹⁶ BECCARIA, Cesare. *In "Dos Delitos e das Penas"*. São Paulo: Martin Claret, 2000. p. 54.

delitos é o dano feito para a sociedade”, ou seja, o pensamento apresentado pelo clero de que o fato ilícito tipificado em verdade era uma operação espiritual maligna e - manifestação satânica - não possui mais forças: o delito é objetivamente a afronta ao contrato social.¹¹⁷

A defesa deste posicionamento termina por dispor de outras três ideias acerca da da essência do delito: i) a aceitação de que a mera intenção do agente basta para a existência de delito; ii) que estaria em jogo exclusivamente a dignidade do ofendido; ou iii) o nível do fato na escala dos pecados determinaria sua punição.

Ao delimitar sua teoria, Beccaria terminou por lançar os alicerces de um novo programa político criminal que possui as seguintes diretrizes: i) impossibilidade da punição pelo que ocorre no plano ideal (princípio da materialização); ii) o status ou condição da vítima não pode ser o único determinante para constituição ou gravidade do delit, apesar de ser relevante a depender do fato (princípio da igualdade no direito penal); e, iii) crime e pecado não se confundem, assim como Clero e Estado (secularização).¹¹⁸

Conclui afirmando que as leis devem espelhar o estado da nação, ou seja, se o nível de desenvolvimento social da massa beira a selvageria, a pena deverá acompanhar esta inclinação bárbara, todavia se o meio social é em sua maioria formado por povo instruído e adaptado à vida em sociedade, a função coercitiva da norma e da punição serão alcançados em ponto deveras inferior.¹¹⁹

1.2.8 Divisão dos delitos

Continua Beccaria, em sua obra, tratando da divisão dos delitos e funcionamento do sistema penal à sua época. Quanto a divisão dos delitos este

¹¹⁷ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Apuntes sobre el pensamiento penal en el tiempo*. Buenos Aires: Hammurabi, 2007. p. 82.

¹¹⁸ GOMES, Luiz Flávio. Beccaria (250 anos) e o drama do castigo penal: civilização ou barbárie?. São Paulo: Saraiva, 2014. p 111..

¹¹⁹ BECCARIA, Cesare. *In "Dos Delitos e das Penas"*. São Paulo: Martin Claret, 2000. p.101.

texto perpassará de forma concisa, a título informativo, a fim de destacar os ensinamentos apresentados que possuem influência ou aplicação na atualidade.

A divisão apresentada pelo autor lombardo em sua obra consiste em: a) crimes de lesa majestade; b) contra a segurança dos cidadãos; e, c) em desfavor da tranquilidade pública, que na verdade representam hoje o que se entende por contravenções.

Os crimes lesa majestade consistiam em afrontas ideológicas ao monarca, ao tempo punidas de forma extremamente severa e que, factualmente, não ofereciam risco por se tratarem de simples exposição de opinião.

Todavia, Beccaria aproveitou-se¹²⁰ deste tópico para atacar a prática de “punir o pensamento”, ou seja, atacar quem expõe ideias que divirjam do que impõe o soberano. Este direito restou assegurado na Declaração dos Direitos do homem, alguns anos após a edição da obra, com o seguinte verbete: “Ninguém será molestado por suas opiniões, ainda que sejam sediciosas”.

Quando tratou dos crimes contra os cidadãos - a saber: roubo, furto, violências e afins - o doutrinador trabalhou profundamente o conceito de honra, que conforme Vargas¹²¹

¹²⁰ BECCARIA, Cesare. In "Dos Delitos e das Penas". São Paulo: Martin Claret, 2000. p. 73.

¹²¹ VARGAS P., CURY U., Henrique, *Proporción entre los delitos y las penas*. In: MATUS ACUÑA, Jean Pierre (dir.) *Beccaria 250 años después: dei delitti e delle pene - de la obra maestra a los becarios*. Montevidéo - Buenos Aires: Editorial B de F - Euros Editores SRL, 2011. p. 86. 2011, p. 118.

2 Estudo dos acórdãos prolatados pelo Supremo Tribunal Federal que abordem simultaneamente o princípio da proporcionalidade e a obra de Cesare Beccaria

Este capítulo tem como finalidade estabelecer uma conexão entre o pensamento e o ensinamento de Beccaria com o ordenamento jurídico vigente no Brasil, e a jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal - STF. A intenção não é esgotar a aplicação do princípio da proporcionalidade ao atual contexto do Brasil, haja vista restar integrado a quase todos os preceitos do processo penal vigentes, mas apresentar uma visão geral e prática de como o ensinamento de Beccaria pôde ser adotado, ou não, no dia a dia do Brasil.

Sem demoras, tomando como ponto de partida o princípio da proporcionalidade, será analisada a utilização deste na jurisprudência pátria, de maneira a buscar sua comparação com o modelo de proporcionalidade proposto por Cesare Beccaria. Nesse sentido, caso se encontre compatibilidade, serão analisadas possíveis alterações que porventura tenha sofrido com o tempo ou para se adaptar a situação fática nacional.

2.1 Da metodologia

Para realização desta pesquisa ocorreu o uso da seguinte metodologia: em acesso realizado no dia 7 de agosto de 2017 ao sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal realizou-se pesquisa de jurisprudência por meio da ferramenta oferecida no sítio em questão. De acordo com os parâmetros de pesquisa jurisprudencial aplicou-se os seguintes termos “proporcionalidade” e “Beccaria”, ligados por meio do conectivo lógico “e”.

O resultado encontrado foi, no mínimo, interessante, pois a pesquisa resultou em 10 acórdãos que envolvem temas de grande repercussão e que estiveram envoltos em discussões polêmicas no direito pátrio. Dentre os temas selecionados encontram-se a possibilidade de execução provisória de pena privativa

de liberdade em segunda instância, a Ação Penal n. 470 (vulgo “mensalão”) e o acórdão que vigorou por uma década antes da edição de legislação específica sobre o uso indiscriminado de algemas no sistema penal.

Ocorre que para boa condução deste trabalho é necessário que haja uma seleção dos julgados com abordagem de maior profundidade e compatibilidade com o disposto no primeiro capítulo deste trabalho, a fim de que o texto atenda sua finalidade informativa mediante no estudo não exaustivo da jurisprudência proveniente do Guardião Constitucional.

Com a intenção de adequação contextual é importante que haja um resumo objetivo de cada um dos acórdãos discutidos para que reste demonstrada a abordagem feita pelo Supremo Tribunal Federal ao princípio da proporcionalidade a relação com a obra de Cesare Beccaria diante do caso concreto.

2.1.1 Habeas Corpus nº 126292 - SP

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. (HC 126292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016)

O tema do referido acórdão é a possibilidade de execução provisória da pena privativa de liberdade após prolação acórdão condenatório em segunda instância, mesmo na ausência de trânsito em julgado. Este tema é objeto de discussão acirrada no meio jurídico, devido a sustentação de posturas em favor e em desfavor da mudança na execução penal.

A parte contrária à alteração alegou afronta ao princípio da presunção de inocência, todavia o tribunal não reconheceu a referida tese ao afirmar que, devido à morosidade do decorrer processual, e a ineficiência da execução penal gerada pela infinidade de recursos passíveis de interposição exclusivamente com o intuito de impedir o trânsito em julgado da condenação e início da execução penal.

2.1.2 Recurso Extraordinário nº 592581 - RS

Ementa: REPERCUSSÃO GERAL. RECURSO DO MPE CONTRA ACÓRDÃO DO TJRS. REFORMA DE SENTENÇA QUE DETERMINAVA A EXECUÇÃO DE OBRAS NA CASA DO ALBERGADO DE URUGUAIANA. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DESBORDAMENTO DOS LIMITES DA RESERVA DO POSSÍVEL. INOCORRÊNCIA. DECISÃO QUE CONSIDEROU DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE PRESOS MERAS NORMAS PROGRAMÁTICAS. INADMISSIBILIDADE. PRECEITOS QUE TÊM EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE IMEDIATA. INTERVENÇÃO JUDICIAL QUE SE MOSTRA NECESSÁRIA E ADEQUADA PARA PRESERVAR O VALOR FUNDAMENTAL DA PESSOA HUMANA. OBSERVÂNCIA, ADEMAIS, DO POSTULADO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA MANTER A SENTENÇA CASSADA PELO TRIBUNAL. I - É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais. II - Supremacia da dignidade da pessoa humana que legitima a intervenção judicial. III - Sentença reformada que, de forma correta, buscava assegurar o respeito à integridade física e moral dos detentos, em observância ao art. 5º, XLIX, da Constituição Federal. IV - Impossibilidade de opor-se à sentença de primeiro grau o argumento da reserva do possível ou princípio da separação dos poderes. V - Recurso conhecido e provido.(RE 592581, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 13/08/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016).

Este caso foi alvo de Incidente de Repercussão Geral por intermédio da decisão RE 592581 RG. Em suma, o Tribunal Pleno do STF reconheceu a competência do Poder Judiciário para determinar ao Poder Executivo que proceda reforma em estabelecimentos prisionais; o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul emitiu decisão ordenando a reforma da Casa do Albergado de Uruguaiana em

atenção aos Direitos Humanos dos internos que estavam submetidos a condição degradante .

Ocorre, todavia, que o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul recorreu da decisão afirmando que tal sentença, em verdade, feria o princípio republicano da separação de poderes.

A discussão se estendeu até a via recursal extraordinária, quando o Supremo Tribunal Federal afirmou que a dignidade da pessoa humana, em sua supremacia principiológica, se sobrepõe aos limites da separação e independência dos poderes; de maneira que o ato ou omissão que fira o essa dignidade, proveniente de qualquer dos Poderes, deverá ser contido pelos demais.

2.1.3 Habeas Corpus n. 123108 - MG, Habeas Corpus nº 123734 - MG e Habeas Corpus nº 123533 - SP

Estes três casos tratam de temas semelhantes, em geral discute-se quanto à aplicação do princípio da insignificância ao crime de furto na existência de conduta que, para o Direito Penal, não represente lesão ao bem jurídico tutelado. Seguem as ementas:

Ementa: PENAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CRIME DE FURTO SIMPLES. REINCIDÊNCIA. 1. 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. 2. Por maioria, foram também acolhidas as seguintes teses: (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. 3. No caso concreto, a maioria entendeu por não aplicar o princípio da insignificância, reconhecendo, porém, a necessidade de abrandar o regime inicial de cumprimento da pena. 4. Ordem concedida de ofício, para alterar de semiaberto para aberto o regime inicial de

cumprimento da pena imposta ao paciente. (HC 123108, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/08/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016).

Ementa: PENAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CRIME DE FURTO TENTADO. RÉU PRIMÁRIO. QUALIFICAÇÃO POR ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO E ESCALADA. 1. 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. 2. Por maioria, foram também acolhidas as seguintes teses: (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. 3. Caso em que a maioria formada no Plenário entendeu por não aplicar o princípio da insignificância, nem abrandar a pena, já fixada em regime inicial aberto e substituída por restritiva de direitos. 4. Ordem denegada.(HC 123734, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/08/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 01-02-2016 PUBLIC 02-02-2016).

Ementa: PENAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CRIME DE FURTO TENTADO. REINCIDÊNCIA. CONCURSO DE AGENTES. 1. 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. 2. Por maioria, foram também acolhidas as seguintes teses: (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. 3. No caso concreto, a maioria entendeu por não aplicar o princípio da insignificância, reconhecendo, porém, a necessidade de abrandar o regime inicial de cumprimento da pena. 4. Ordem concedida de ofício, para alterar de semiaberto para aberto o regime inicial de cumprimento da pena

imposta à paciente.(HC 123533, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/08/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-030 DIVULG 17-02-2016 PUBLIC 18-02-2016).

Aos casos acima ementados o conflito discutido no Supremo Tribunal Federal envolve o embate entre o princípio da insignificância, abordado sob a mesma égide em todos os casos, e os bens jurídicos tutelados pela norma penal, com fundamento de que a aplicação do princípio supracitado não pode ser baseada apenas no resultado material da conduta delituosa, Dessa maneira, apresenta a proporcionalidade como critério principiológico aplicado ao fato para a definição de regime inicial de cumprimento de pena.

Importante apontar que, entre os três casos existe uma diferença marcante, em dois os réus eram reincidentes, o que prejudicou aplicação da insignificância nos juízos de piso e no STF, todavia foi-lhes concedido o direito ao cumprimento de pena em regime inicial aberto. Noutro giro, especificamente no HC 123734 - SP, a ré gozava do benefício da primariedade e já respondia em liberdade com sua pena convertida em medida restritiva de direitos, o que fez com que apesar de reconhecida a incidência do princípio da insignificância ao seu caso também não lhe trouxesse qualquer alteração, haja vista estar em situação favorável, no entendimento dos Ministros.

2.1.4 Ação Penal nº 470 - MG

Esse processo é um dos casos mais relevantes do cenário jurídico e político contemporâneo no Brasil. Iniciada através do Inquérito n. 2245 instaurado no próprio Supremo Tribunal Federal com dezenas de réus e Embargos Declaratórios opostos este caso que teve seu julgamento iniciado em agosto de 2012 e que se estendeu por aproximadamente quatro meses e meio e teve 25 dos 38 réus condenados após prolação do primeiro acórdão. Segue cabeçalho da ementa, a fim de resguardar o espaço textual do trabalho:

AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. PRELIMINARES REJEITADAS, SALVO A DE CERCEAMENTO DE DEFESA PELA NÃO INTIMAÇÃO DE

ADVOGADO CONSTITUÍDO. ANULAÇÃO DO PROCESSO EM RELAÇÃO AO RÉU CARLOS ALBERTO QUAGLIA, A PARTIR DA DEFESA PRÉVIA. CONSEQUENTE PREJUDICIALIDADE DA PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA PELA NÃO INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS ARROLADAS PELA DEFESA. (AP 470, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-074 DIVULG 19-04-2013 PUBLIC 22-04-2013 RTJ VOL-00225-01 PP-00011).

2.1.5 Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 29 - DF, Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 30 - DF e ADI 4578/AC.

Os casos em questão trata da aplicação retroativa da Lei Complementar n. 135/2010 (Lei da Ficha Limpa). De acordo com os dispositivos vigentes os indivíduos que possuíssem condenação criminal por intermédio de acórdão prolatado em segunda instância, anterior à vigência da lei em questão, não poderiam se candidatar as eleições de 2014 devido o impedimento legal.

O Supremo Tribunal Federal deixou consignado que este impedimento não encontra óbice no inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição Federal, haja vista a mera expectativa de concorrer a cargo eletivo não representa direito adquirido, e os requisitos bastantes para fazê-lo passaram a incluir a inexistência de condenação nos moldes apresentados pelo num espaço temporal de 8 anos.

Em suma, consagra a atenção da LCP135/10 ao princípio da proporcionalidade pois ao acrescentar hipóteses de inelegibilidade atende aos fins morais a que se propôs e proporciona à sociedade a isenção de optar por candidatos que atendam critérios objetivos de conduta ética e moral. A única alteração operada pelo Supremo está na data de início de contagem do prazo, outrora prevista na legislação para se iniciar após o cumprimento da pena.

Em seguida o cabeçalho da ementa do acórdão, a fim de resguardar a objetividade do trabalho.

ACÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE E ACÇÃO
DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE EM JULGAMENTO

CONJUNTO. LEI COMPLEMENTAR Nº 135/10. HIPÓTESES DE INELEGIBILIDADE. ART. 14, § 9º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MORALIDADE PARA O EXERCÍCIO DE MANDATOS ELETIVOS. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA À IRRETROATIVIDADE DAS LEIS: AGRAVAMENTO DO REGIME JURÍDICO ELEITORAL. ILEGITIMIDADE DA EXPECTATIVA DO INDIVÍDUO ENQUADRADO NAS HIPÓTESES LEGAIS DE INELEGIBILIDADE. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL): EXEGESE ANÁLOGA À REDUÇÃO TELEOLÓGICA, PARA LIMITAR SUA APLICABILIDADE AOS EFEITOS DA CONDENAÇÃO PENAL. ATENDIMENTO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO: FIDELIDADE POLÍTICA AOS CIDADÃOS. VIDA PREGRESSA: CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO. PRESTÍGIO DA SOLUÇÃO LEGISLATIVA NO PREENCHIMENTO DO CONCEITO. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI. AFASTAMENTO DE SUA INCIDÊNCIA PARA AS ELEIÇÕES JÁ OCORRIDAS EM 2010 E AS ANTERIORES, BEM COMO E PARA OS MANDATOS EM CURSO. (ADC 29, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 16/02/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-127 DIVULG 28-06-2012 PUBLIC 29-06-2012 RTJ VOL-00221-01 PP-00011).

2.1.6 Habeas Corpus nº 89429 - RO.

Este último caso representa precedente que foi deveras arguido em defesas criminais até que se pacificou a jurisprudência quanto ao uso de algemas. No entendimento do STF o uso de algemas deve corresponder a risco justificado de fuga ou à segurança da ação estatal, e periculosidade do agente demonstrada.

O autor do HC em questão demonstrou que em toda prisão, mas principalmente naquelas acompanhadas pela mídia e com grande comoção população o uso de algemas em agente sem qualquer periculosidade possui caráter infamante. O fundamento para o reconhecimento de tanto restou demonstrado nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Segue a ementa do caso:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. USO DE ALGEMAS NO MOMENTO DA PRISÃO. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA EM FACE DA CONDUTA PASSIVA DO PACIENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRECEDENTES. 1. O uso legítimo de algemas não é

arbitrário, sendo de natureza excepcional, a ser adotado nos casos e com as finalidades de impedir, prevenir ou dificultar a fuga ou reação indevida do preso, desde que haja fundada suspeita ou justificado receio de que tanto venha a ocorrer, e para evitar agressão do preso contra os próprios policiais, contra terceiros ou contra si mesmo. O emprego dessa medida tem como balizamento jurídico necessário os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Precedentes. 2. Habeas corpus concedido.

(HC 89429, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 22/08/2006, DJ 02-02-2007 PP-00114 EMENT VOL-02262-05 PP-00920 RTJ VOL-00200-01 PP-00150 RDDT n. 139, 2007, p. 240)

2.2 Estudo do habeas corpus nº 126292 - SP

O caso em tela trata da possibilidade de execução provisória de pena privativa de liberdade mediante decisão condenatória em segunda instância mesmo com a inexistência de trânsito em julgado do *decisium*. O relatório foi lavrado pelo Ministro Teori Zavascki e explica, em suma, que se trata de Habeas Corpus impetrado contra decisão denegatória de pedido liminar de liberdade, proferida pelo Senhor Ministro Francisco Falcão, à época Presidente do Superior Tribunal de Justiça - STJ.

Afirma o relator que o réu houvera sido condenado a uma pena de 5 anos e 4 meses de prisão, com regime inicial fechado, pela prática de conduta disposta nos incisos I e II do §2º do artigo 157 do Código Penal pátrio. Após sentença, condenatória, mas que concedeu a possibilidade de recorrer em liberdade, o réu apresentou recurso e teve os pedidos apelativos indeferidos e decretada sua prisão provisória.

O pleito passou ao STJ pela via de Habeas Corpus, sem sucesso em suas alegações e terminou, por fim, em mãos do STF para julgamento do remédio constitucional resumido acima.

Os apontamentos acerca do uso do princípio da proporcionalidade no feito em questão são diversos e remontam em parte o pensamento de Cesare Beccaria,

porém demonstram que o interregno temporal trouxe consigo uma sofisticação do pensamento.

O Ministro Luís Roberto Barroso, em seu voto, abordou o princípio estudado com clara orientação garantista, que remonta o pensamento de Beccaria, importante esclarecer que na visão de autores como José de Faria Costa¹²², pela sua maneira de apresentar e sistematizar princípios penais liberais, o autor estudado apresentava grande inclinação a uma postura de garantismo.

Ou seja, na mesma face que se limitaria o poder do estado e seus representantes a fim de conter atrocidades, também se garantiria meios de cumprimento fiel da lei para assegurar o estado de paz social e afastar o sentimento de impunidade, neste sentido é possível observar seu esboço do princípio da duração razoável do processo, quando afirma que além de garantir que o réu não sofra pela incerteza de seu veredicto a celeridade processual garantirá a sensação de pronta resposta estatal e segurança jurídica¹²³

Passa-se ao destrinchar do acórdão, inicialmente no tópico n. 12¹²⁴ de seu voto, O Ministro Barroso trouxe à baila o sistema utilizado por Robert Alexy¹²⁵, que trata acerca da operacionalização dos princípios, a fim de que sejam tomados como “mandados de otimização” ao invés de regras absolutas. Logo a aplicação dos mesmos a situação fático-jurídica deveria pautar-se pelo uso da ponderação através da instrumentação do princípio da proporcionalidade.

No item II.2¹²⁶ do esse Ministro avoca o princípio da presunção de inocência, aplicável sempre que não tenha ocorrido o trânsito em julgado da decisão condenatória, e demonstra que para a aplicação de medida condenatória provisória

¹²² COSTA, José de Faria. *Ler Beccaria Hoje. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra. v. 74. 1998. p.91 e ss.

¹²³ BECCARIA, Cesare. *In "Dos Delitos e das Penas"*. São Paulo: Martin Claret, 2000. p. 44.

¹²⁴ HC 126292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016. p 38.

¹²⁵ ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997. p. 162.

¹²⁶ HC 126292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016. p 40.

é necessária a aplicação da proporcionalidade *stricto sensu* e da ponderação para analisar o fato concreto e isolado do caso a se discutir.

Logo nos parágrafos seguintes, realizando ponderação, apresenta a necessidade de sobreposição do princípio da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente em detrimento do princípio da não culpabilidade, mas isso reservado ao estudo de cada caso¹²⁷.

Na sequência adentra à conceituação do princípio da proporcionalidade como aplicada atualmente, no Brasil, e pela corte em voga. Segundo o douto Ministro Luís Roberto Barroso, ao contrário do entendimento outrora esboçado quando do início da aplicação deste princípio, a “vedação ao excesso” não constitui mais o cerne do princípio estudado pois representa apenas a episteme negativa de tal preceito, antes abrange ainda a aplicação positiva, conforme citada outrora, da garantia de que não haja proteção insuficiente por parte do estado¹²⁸.

Nas palavras de Luiz Flávio Gomes¹²⁹, o princípio da vedação à proteção deficiente nada mais é que uma derivação prática do princípio da proporcionalidade; dessa maneira, a lei posta ou interpretada por meio de jurisprudência não poderá tutelar insuficientemente os Direitos Humanos que estejam envolvidos em qualquer relação jurídica.

O confronto das abordagens feitas pelo doutrinador estudado e pelos ministros votantes a tona inicialmente a divergência de abordagens do princípio. O contexto do sistema penal na obra de Beccaria guarda semelhanças com a realidade do Brasil, mas abordagem dos preceitos jurídicos em um estado democrático tende a ser mais ampla, conforme demonstrado acima.

¹²⁷ HC 126292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016. p 41.

¹²⁸ HC 126292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016. p 42.

¹²⁹ GOMES, Luiz Flávio. Princípio da proibição de proteção deficiente. Disponível em <http://www.lfg.com.br> 16 dezembro. 2009.

No livro estudado, os ideais de ponderação como apresentados por Alexy sequer haviam sido lançados, antes o engajamento do autor ainda apresentava maior ênfase na necessidade de moderação na aplicação das penas¹³⁰; logo uma aplicação negativa do princípio da proporcionalidade que buscava a vedação ao excesso.

Todavia, a própria deliberação do contratualismo envolve a entrega de pequena parte de suas liberdades em favor do Estado, a fim de receber desse a proteção e ação de instituições estatais, como o Poder Judiciário. Logo, é possível ver a influência da orientação garantista, consagrada por Luigi Ferrajoli séculos após, que advém da aplicação prática do contratualismo à gestão do sistema penal, que resultaria, entre outros, na presteza da aplicação das punições a fim de tornar quase palpável o efeito coercitivo no consciente coletivo.¹³¹

Por conseguinte, avoca o pensamento de Beccaria¹³², a fim de tratar da perspectiva de uma punição moderada, trazendo outra vez à tona os ideais de garantia da presteza da máquina pública, dando ao poder de *vindita* estatal o caráter de inevitabilidade e celeridade, a fim de garantir o poder coercitivo da punição.¹³³

Desta maneira, ao observar o julgado apresentado é possível denotar a influência do princípio da proporcionalidade, como demonstrado por Beccaria em sua obra, nas argumentações apresentadas no voto do Ministro Luís Roberto Barroso, de maneira que tenha influenciado em seu posicionamento, inclusive, com desdobramentos de sua evolução através do estudo do Direito Criminal.

2.3 Estudo do recurso extraordinário nº 592581 - SP

Como resumido anteriormente, deste caso adveio o acórdão que legitima autoridade ao Poder Judiciário de emitir ordem obrigando o poder executivo a

¹³⁰ BECCARIA, Cesare. In "Dos Delitos e das Penas". São Paulo: Martin Claret, 2000. p. 70.

¹³¹ BECCARIA, Cesare. In "Dos Delitos e das Penas". São Paulo: Martin Claret, 2000. p. 62.

¹³² HC 126292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016. p 43.

¹³³ BECCARIA, Cesare. In "Dos Delitos e das Penas". São Paulo: Martin Claret, 2000. p. 64.

realizar reformas em estabelecimentos prisionais quando a inação deste resulte em ofensa a dignidade da pessoa humana, de maneira que tal decisão não ferirá o princípio da separação de poderes.

Inicialmente o relator, Ministro Ricardo Lewandowski, lança mão da proporcionalidade ao tratar do caráter ressocializador da pena¹³⁴ proposta por Claus Roxin¹³⁵, utilizando-se da necessidade de uma abordagem racional e proporcional da aplicação da pena a fim de que nem uma insuficiência estatal nem o excesso de punição ocorram, mas que o ponto exato de retribuição e ressocialização sejam atingidos ao lidar com o preso.

A primeira citação à Cesare Beccaria no caso em tela encontra-se ainda no voto do relator e trata acerca das prisões como fábricas de criminosos¹³⁶, nas palavras do relator é importante ressaltar que a opinião expressa por Beccaria permanece atual, apesar de ter sido emitida no florescer da escola Iluminista.

Na opinião do autor estudado¹³⁷, as prisões apresentavam maior serviência às atrocidades de tiranos que a correção de conduta do apenado; logo a finalidade precípua da correção restaria prejudicada diante da prestação deficiente por parte do Estado.

Todavia, de acordo com o entendimento do Douto Ministro, a realidade das prisões brasileiras ainda se adequa ao proposto por Beccaria, pois a negligência do Poder Executivo em conceder estabelecimentos penais que atendam aos conceitos básicos relacionados à dignidade da pessoa humana termina por transformá-los em verdadeiras casas de tortura e tirania.

¹³⁴ RE 592581, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 13/08/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016. p. 14.

¹³⁵ ROXIN, Claus. Problemas Fundamentais do Direito Penal. Lisboa: Veja, 1986. p. 40.

¹³⁶ RE 592581, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 13/08/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016. p. 25.

¹³⁷ BECCARIA, Cesare. *In* "Dos Delitos e das Penas". São Paulo: Martin Claret, 2000. p. 49.

Ainda no Capítulo XV do livro estudado o autor traz a relação que existe entre a rigidez do castigo e sua capacidade de comoção social. Ora, a opinião de Beccaria é de que a aplicação da pena deve apenas tornar a conduta delituosa menos vantajosa que o seu resultado, qualquer resultado que exceda esse fato a torna desproporcional ao delito. Desta maneira, devem ser considerados além do *quantum* da condenação as aflições que esta causa ao apenado, bem como as condições em que cumprirá a pena.¹³⁸

As condições desumanas dos estabelecimentos prisionais geram todos os meses uma gama de pedidos de Habeas Corpus nos mais variados âmbitos do Judiciário, a fim de livrar os apenados dos danos físicos e psicológicos que lhe possam ser causados, discussão que chegou diversas vezes ao STF¹³⁹.

O Ministro Ricardo Lewandowski segue afirmando que as condições carcerárias criticadas por Beccaria e por Foucault¹⁴⁰, em verdade não obtiveram melhoria com o passar do tempo, chegando a ser piores em determinados pontos do Brasil. Na opinião do julgador a condição do cárcere não apenas torna a pena desproporcional como cria no condenado a sensação de inimizade à sociedade ao invés de reintegração.¹⁴¹

Uma última citação à Beccaria é realizada pela Ministra Carmen Lúcia em seu voto¹⁴², ao avocar a introdução do livro¹⁴³, em que o autor estudado apresenta de maneira concisa os sofrimentos experimentados pelos presidiários italianos à sua época, interessante é o jogo sintático produzido pela douta julgadora ao afirmar que

¹³⁸ BECCARIA, Cesare. In "Dos Delitos e das Penas". São Paulo: Martin Claret, 2000. p. 50.

¹³⁹ Neste Sentido, exemplificativamente: HC 104486, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 28/09/2010, DJe-200 DIVULG 21-10-2010 PUBLIC 22-10-2010 EMENT VOL-02420-04 PP-00703

¹⁴⁰ FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir. Rio de Janeiro: Vozes, 2009. p. 62.

¹⁴¹ RE 592581, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 13/08/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016. p. 26.

¹⁴² RE 592581, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 13/08/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016. p. 109.

¹⁴³ BECCARIA, Cesare. In "Dos Delitos e das Penas". São Paulo: Martin Claret, 2000. p. 16.

a frase em questão “pareceria perfeitamente aproveitável por um de nós para falar das condições dos presos e das prisões brasileiras” ao citar, entre outras características, a “aparência repugnante dos xadrezes e das masmorras”.

Pelo demonstrado, é possível perceber a relação entre a aplicação do princípio da proporcionalidade na execução penal e a condição dos estabelecimentos penais. O caso em discussão assumiu caráter de repercussão geral devido a precariedade dos presídios em todo país e teve profunda influência das ideias de Cesare Beccaria pela compatibilidade do que há relatado do sistema que vigia a mais de dois séculos na Itália e a atual realidade dos estabelecimentos penais no Brasil.

2.4 Estudo do habeas corpus nº 89429 - RO

O caso em questão trata acerca de Habeas Corpus impetrado com a finalidade de resguardar a imagem pública do réu. Este se colocaria à disposição das autoridades desde que sua prisão não envolvesse algemas, haja vista a publicidade e atenção da mídia que receberia; justificava ainda os pedidos na ausência de violência da conduta delituosa que lhe era imputada, no remoto risco de fuga e na periculosidade mínima do agente.

A Ministra Carmen Lúcia traz à tona a desproporcionalidade gerada pelo uso da algema quando sirva exclusivamente à infâmia do acusado ao invés de garantir a própria segurança e a de outros.¹⁴⁴ Na opinião da Ministra, as prisões assumiram para a mídia um caráter de espetáculo e exposição, antes mesmo que ocorra a apuração e individualização de condutas a mídia toma suposições por verdade absoluta e faz do réu condenado na opinião pública. Neste sentido o uso indiscriminado das algemas pode causar ao réu em ação penal um dano irreparável à sua imagem pública, principalmente em casos de grande comoção social.

¹⁴⁴ HC 89429, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 22/08/2006, DJ 02-02-2007 Inteiro teor. p. 12.

Logo, traz a tona o pensamento de Beccaria, que habilmente delimita a infâmia por intermédio da reprovabilidade social do fato.¹⁴⁵No entendimento do autor, um fato que não é considerado vergonhoso pela opinião pública não pode ser tratado como infamante.

O cerne da discussão desse caso resta demonstrado no risco da vergonha pública de uma prisão que é a condução do preso algemado diante do público e da mídia profissional ou amadora.

Outra questão relevante ao caso, abordada por Beccaria¹⁴⁶, é a mancha de infâmia deixada na reputação do, outrora acusado, que teve sua inocência reconhecida juridicamente. O montante de pena atribuído pela lei receberá o acréscimo da humilhação pública do condenado, mas ferirá injustamente a honra do inocente, em qualquer caso o uso de algemas de maneira sem fundamentação mostra desproporcionalidade ao fato.¹⁴⁷

Ainda no voto da relatora aduz o posicionamento de que a particularidade de um caso não se aplicará ao todo, de maneira que o uso das algemas, assim como o uso das leis deverá obedecer ao critério específico de cada caso. Enquanto comprovada a inexistência de resistência ou periculosidade do agente não haverá o uso de algemas, mas isso caso a caso¹⁴⁸.

É interessante trazer à baila o entendimento do autor estudado um pouco mais a frente: é sabido que para Beccaria em certos casos a proporcionalidade assumia um caráter taliânico, como no caso das penas infamantes, para esse autor o uso da infâmia justificar-se-ia quando o delito também houvesse exposto a vítima à ignomínia; logo ao contrário do que se depreende de uma análise desatenta, o autor

¹⁴⁵ BECCARIA, Cesare. *In* "Dos Delitos e das Penas". São Paulo: Martin Claret, 2000. p. 60.

¹⁴⁶ BECCARIA, Cesare. *In* "Dos Delitos e das Penas". São Paulo: Martin Claret, 2000. p. 26.

¹⁴⁷ HC 89429, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 22/08/2006, DJ 02-02-2007 Inteiro teor. p. 13.

¹⁴⁸ HC 89429, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 22/08/2006, DJ 02-02-2007 Inteiro teor. p. 17.

em questão não se opunha completamente às penas infamantes pelo seu caráter desumano, mas aceitava sua aplicação quando úteis e proporcionais ao fato.¹⁴⁹

Ante o exposto observa-se a influência de Beccaria quanto ao caráter infamante no uso de algemas no momento da prisão, principalmente as de grande exposição midiática. Todavia enquanto o posicionamento do STF encara a vertente humanitária da discussão, a fim de garantir que o uso desse instrumento de restrição seja proporcional ao comportamento e periculosidade do agente¹⁵⁰, para Beccaria a vergonha pública deverá seguir proporcionalmente a infâmia que porventura se causou à vítima, com aplicação mais direta e socialmente acessível, conforme propõe acerca da presteza das penas¹⁵¹.

¹⁴⁹ GOMES, Luiz Flávio. Beccaria (250 anos) e o drama do castigo penal: civilização ou barbárie?. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 165.

¹⁵⁰ HC 89429, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 22/08/2006, DJ 02-02-2007 Inteiro teor. p. 15.

¹⁵¹ BECCARIA, Cesare. *In* "Dos Delitos e das Penas". São Paulo: Martin Claret, 2000. p. 61 e ss.

CONCLUSÃO

Ao término do conciso trabalho, é possível reconhecer a influência de Cesare Beccaria na produção jurisprudencial pátria, ao menos quanto ao princípio da proporcionalidade. O tema proposto se mostra relevante pela abrangência da obra do autor estudado com relação à reestruturação da maioria dos sistemas penais do mundo ocidental.

É interessante ressaltar que dentre os acórdãos delimitados apenas três puderam ser selecionados devido à amplitude do princípio escolhido. Um estudo pormenorizado do princípio da proporcionalidade no STF e de outros institutos propostos por Beccaria em sua obra demonstrará a influência e relevância deste autor no entendimento esboçado pelo STF em diversos posicionamentos de seus ministros.

Desta maneira foi possível concluir que, quanto ao princípio da proporcionalidade o Supremo Tribunal Federal adota o entendimento de Beccaria de maneira indireta, entendendo seu direcionamento basal mas com ressalvas. Isso é possível demonstrar pela inclinação taliânica do autor estudado, que não é incorporada pelo STF.

No primeiro capítulo foi possível concluir que a obra de Beccaria foi sim produzida inicialmente para acessar o sistema penal italiano e a Europa como um todo. Todavia a maestria com que foi tecida garante que tenha compatibilidade com todo sistema que busque por eficácia, humanização ou impacto social.

No segundo capítulo, ao estudar os julgados selecionados é possível reconhecer a influência deste nobre autor na formação e no convencimento dos doutos julgadores, que claramente passaram pelo curso jurídico. Noutra giro, é concluí-se também que as políticas públicas afeitas à aplicação da pena ainda não reconheceram falhas apontadas em uma obra jurídico-sociológica de mais de dois séculos, de maneira que situações desumanas denunciadas por Beccaria ainda

perduram com tamanha compatibilidade com o delineado na obra que a torna atual e vigente.

Finalmente, é interessante perceber que a obra de um autor Italiano, que viveu há séculos atrás permanece atual. Um livro que não é dotado de técnica jurídica exacerbada, mas antes foi conduzido pela paixão e indignação de um autor que em suas cartas ao abade Morelet assumiu inclinar-se mais à Filosofia que ao Direito, é admitida e respeitada pela elite do Judiciário pátrio a ponto de lhes iluminar e direcionar o caminho das decisões.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDRINO, Marcelo & PAULO, Vicente. Direito Administrativo descomplicado. 23 ed. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2015.
- ALEXANDRINO, Marcelo & PAULO, Vicente. Direito Constitucional descomplicado 14 ed. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2015.
- ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997.
- ANDRADE, Fernando Dias. A razão democrática em Beccaria. Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. São Bernardo do Campo. v. 4, 1998.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 2011.
- BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- BECCARIA, Cesare. In "Dos Delitos e das Penas". São Paulo: Martin Claret, 2000.
- BERMEJO, Roberto. *Manual para una economía sostenible. Los Libros de la Catarata*, 2011.
- BONFIM, Edilson Mougnot. Curso de processo penal. de acordo com as Leis n. 11.689/2008 e 11.719/2008. São Paulo: Saraiva.
- BOZZA, Fábio da Silva. Prevenção geral negativa e as contribuições da obra de Beccaria. In: BUSATO, Paulo César(org.). Ler Beccaria hoje. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.
- BRASIL. Lei n. 7210, de 11-07-1984: Lei de Execução Penal. In : BRASIL. Código Penal, Código de Processo Penal, Constituição Federal.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.208.583/ES. Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 04/12/2012, DJe 11/12/2012. Brasília, DF. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201001626420&dt_publicacao=11/12/2012. Acesso em: 12 set. 2017.
- BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva. 2015.

CALAMANDREI, Piero. Prefácio. In: BECCARIA, Cesare. *De los delitos y de las penas*. S. Sentís Melendo e M. Ayerra Redín(trads.). Buenos Aires: EJEJA, 1958

CÂMARA, Guilherme Costa. Beccaria e o pensamento jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciência Criminais*. São Paulo. v. 11, n. 44, jul./set. 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, DL 2003, 2003.

BECCARIA, Cesare. In: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2016. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Cesare_Beccaria&oldid=46801629>. Acesso em: 05, jun. 2017.

COPETTI, André. *Direito Penal e estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2000.

COSTA, José de Faria. Ler Beccaria Hoje. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra. v. 74. 1998.

CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. *o caráter retórico do princípio da legalidade*. Porto alegre: Síntese 1979.

CURY U., Henrique, *Proporción entre los delitos y las penas*. In: MATUS ACUÑA, Jean Pierre(dir.)*Beccaria 250 años después: dei delitti e delle pene - de la obra maestra a los becarios*. Montevidéo - Buenos Aires: Editorial B de F - Euros Editores SRL, 2011.

DIAS, Diomar Cândida Pereira, *Evolução histórica da pena como vingança*. Disponível em: <http://vadoaju.blogspot.com.br/2012/08/teoria-da-pena-evolucao-historica-da.html> - Acesso: 05. jun. 2017.

DÍAZ-PABÓN, Luís Ángel. *Bíblia do Pescador. Êxodo 22:1-4*. Tradução de Vasti Rodrigues e Silva e Karen de Andrade Bandeira. 1ª ed. Rio de Janeiro: CPAD, 2014. 1440 p.

E SILVA, Oscar José de Plácido, and Geraldo Magela Alves. *Vocabulário jurídico: A-Z*. Company. 31ª edição. Ed. Forense, 2014. [Minha Biblioteca].

FARIA, Ernesto. *Dicionário escolar latino português*. 6 ed. Rio de Janeiro: FAE, 1988.

FERNANDES, Newton e Fernandes, Valter *Criminologia Integrada*, 2ª edição., rev., atual., e ampl., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Rio de Janeiro: Vozes, 2009.

GARCÍA - PABLOS DE MOLINA, Antônio e Gomes, Luiz Flávio. Criminologia. 8. d. São Paulo: RT, 2012. GOMES, Luiz Flávio. Beccaria (250 anos) e o drama do castigo penal: civilização ou barbárie?. São Paulo: Saraiva, 2014. p 47 e ss.

GOMES, Luiz Flávio. Beccaria (250 anos) e o drama do castigo penal: civilização ou barbárie?. São Paulo: Saraiva, 2014. p 88.

GOMES, Luiz Flávio. Fundamentos e limites do Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 2012. GOMES, Luiz Flávio. Princípio da proibição de proteção deficiente. Disponível em <http://www.lfg.com.br> 16 dezembro. 2009.

GRECO, Rogério Curso de Direito Penal / Rogério Greco - 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014. p. 147.

GROSSI, Paolo. El orden juridico medieval. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 31.

GUZMÁN DALBORA, José Luis. Consecuencias In: MATUS ACUÑA, Jean Pierre (dir.). Beccaria 250 años después: dei delitti e delle pene -de la obra maestra a los becarios. Montevidéo - Buenos Aires: Editorial B de F-Euros Editores SRL, 2011. p . 48.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 89429, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 22/08/2006, DJ 02-02-2007. Inteiro teor.

KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do estado. Martins Fontes, 2005.

LIPOVETSKY E SILVA, Natália et al. Breve estudo sobre o sistema jurídico islâmico. Revista do Centro Acadêmico Afonso Pena, v. 12, n. 2, 2009.

LOPES Jr, Aury. Direito Processual penal - 11ª ed. São Paulo: Saraiva. 2014. p.854

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 10ª ed. - rev. e atual. - São Paulo: Saraiva. 2015.

MODONA, Guido Neppi. L'utile sociale nella concezione penalística di Cesare Beccaria. Rivista Italiana de Diritto e Procedura Penale. Milano. v.v 32, 1989. p. 494 e ss.

MONDOLFO, Rodolfo. Cesare beccaria y su obra. Oberdan Caletti(trad.). Buenos Aires, DePalma, 1946. p. 7.

MONTESQUIEU. O espírito das leis. Martins Fontes, 2010. p. 27 e ss..

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 104486, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 28/09/2010, DJe-200 DIVULG 21-10-2010 PUBLIC 22-10-2010 EMENT VOL-02420-04 PP-00703

NORONHA, E. M. Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 220.

PACHUKANIS, Eugeny Bronislanovich. Teoria Geral do Direito e o Marxismo. Rio de Janeiro: Renovar, 1989. p. 149.

PEREIRA, Marcos A. Cesare Beccaria - precursor do direito penal moderno. São Paulo: Lafonte, 2011. p. 14.

PEREIRA, Nilo. IMPRENSA E DEMOCRACIA. Síntese: Revista de Filosofia, v. 3, n. 12, p. 12-26, 1961.

PIMENTA, Victor Martins. Conter o poder punitivo: alternativas ao encarceramento em massa. Artigo em publicação eletrônica. Carta Maior. Publicado em 29/06/2015. Disponível em <http://cartamaior.com.br/?/Editoria/Principios-Fundamentais/Conter-o-poder-punitivo-alternativas-aoencarceramento-em-massa/40/33871>. Acesso em junho de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 592581, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 13/08/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016. p. 14.

REGNASCO, Maria Josefina. Crisis de civilización. Bueno Aires: Jorge Baudino Ediciones, 2012. p. 34.

ROXIN, Claus. Problemas Fundamentais do Direito Penal. Lisboa: Veja, 1986. p. 40.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; JUNIOR, Alceu Corrêa. Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 23.

SZNICK, Valdir. Tortura: histórico, evolução e crime. São Paulo: LEUD, 1998.p. 21 e ss.

TERÁN LOMAS, Roberto A. M. Beccaria y los conceptos fundamentales del derecho penal. Revista Jurídica Argentina La Ley. Derecho penal: Doctrinas Esenciales. Buenos aires, 2011.p. 11 e ss.

VARGAS P., CURY U., Henrique, Proporción entre los delitos y las penas. In: MATUS ACUÑA, Jean Pierre(dir.)Beccaria 250 años después: dei delitti e delle pene - de la obra maestra a los becarios. Montevidéo - Buenos Aires: Editorial B de F - Euros Editores SRL, 2011. p. 86.

Conselho Nacional do Ministério Público. A visão do Ministério Público sobre o sistema prisional brasileiro - 2016 / Conselho Nacional do Ministério Público. – Brasília : CNMP, 2016. 344 p.

Organização dos Estados Americanos, Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf . Acesso em 12 set. 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Apuntos sobre el pensamiento penal en el tiempo. Buenos aires: Hammurabi, 2007. p . 81.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. ; PIERANGELI, José Henrique. Da tentativa: doutrina e jurisprudência. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p 57.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Apuntes sobre el pensamiento penal en el tiempo. Buenos Aires: Hammurabi, 2007. p. 82.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal brasileiro [11. 2015.