



**UEPB**  
**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA**  
**CAMPUS I**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**

**DÉBORAH MENDONÇA AMARAL DE MEDEIROS**

**EXPANSÃO DA INTERVENÇÃO PENAL NO BRASIL: A GARANTIA DOS  
DIREITOS FUNDAMENTAIS FRENTE AO DIREITO SIMBÓLICO NA SOCIEDADE  
DE RISCO**

**CAMPINA GRANDE**  
**2019**

**DÉBORAH MENDONÇA AMARAL DE MEDEIROS**

**EXPANSÃO DA INTERVENÇÃO PENAL NO BRASIL: A GARANTIA DOS  
DIREITOS FUNDAMENTAIS FRENTE AO DIREITO SIMBÓLICO NA SOCIEDADE  
DE RISCO**

Trabalho de conclusão apresentado à  
Coordenação do curso de Direito da  
Universidade Estadual da Paraíba como  
requisito parcial à obtenção do título de  
Bacharel em Direito.

**Área de concentração:** Direito Penal.

**Orientador:** Prof. Dr. Luciano Nascimento Silva.

**CAMPINA GRANDE  
2019**

M488e Medeiros, Deborah Mendonca Amaral de.  
Expansão da intervenção penal no Brasil [manuscrito] : a  
garantia dos direitos fundamentais frente ao direito simbólico  
na sociedade de risco / Deborah Mendonca Amaral de  
Medeiros. - 2019.  
23 p.  
Digitado.  
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) -  
Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências  
Jurídicas, 2019.  
"Orientação : Prof. Dr. Luciano Nascimento Silva ,  
Coordenação do Curso de Direito - CCJ."  
1. Garantismo Penal. 2. Direito Penal Simbólico. 3.  
Beccaria. 4. Luigi Ferrajoli. I. Título  
21. ed. CDD 345.05

**DÉBORAH MENDONÇA AMARAL DE MEDEIROS**

**EXPANSÃO DA INTERVENÇÃO PENAL NO BRASIL: A GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS FRENTE AO DIREITO SIMBÓLICO NA SOCIEDADE DE RISCO**

Trabalho de conclusão apresentado à Coordenação do curso de Direito da Universidade Estadual da Paraíba como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em: 27 / NOVEMBRO / 2019.

**BANCA EXAMINADORA**



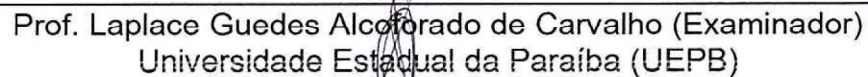
---

Prof. Dr. Luciano Nascimento Silva (Orientador)  
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)




---

Prof. Dr. Antônio Roberto Faustino da Costa (Examinador)  
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



---

Prof. Laplace Guedes Alcorado de Carvalho (Examinador)  
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



## SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO .....	5
2	O ILUMINISMO E O PROCESSO DE CIVILIDADE DO DIREITO PENAL ....	6
3	GARANTISMO PENAL .....	9
4	A CARTA MAGNA DE 1988 E O GARANTISMO PENAL DE LUIGI FERRAJOLI .....	10
5	LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL BRASILEIRA E DIREITO PENAL SIMBÓLICO .....	13
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	17
	REFERÊNCIAS .....	19

# EXPANSÃO DA INTERVENÇÃO PENAL NO BRASIL: A GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS FRENTE AO DIREITO SIMBÓLICO NA SOCIEDADE DE RISCO

Déborah Mendonça Amaral de Medeiros

## RESUMO

Este artigo tem como objetivo investigar se a expansão da intervenção penal no Brasil tem garantido os Direitos Fundamentais previstos na Carta Magna. Parte-se de uma abordagem histórica que mostra que a racionalidade do Direito Penal teve como ponto de partida o Iluminismo, que defendeu a existência de direitos inerentes à existência humana, denominados de Direitos Naturais. Alguns desses direitos foram demonstrados através da análise bibliográfica da obra “Dos delitos e das penas” escrita pelo Marquês de Beccaria. Nos séculos XIX e XX, surgiu o positivismo que só considerava esses direitos como válidos se positivados e chamou-os de Direitos Humanos. Após a Segunda Guerra, esses passaram a ter caráter universal e, quando positivados, denominados de Direitos Fundamentais. Para garanti-los, Luigi Ferrajoli (2002) criou um modelo de sistema jurídico-penal ideal, formado por dez princípios axiológicos fundamentais, denominado de Sistema Garantista. Esses princípios foram adotados pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e se constituem como Direitos Fundamentais do povo brasileiro. Por essa ser parâmetro de validade de todo o ordenamento jurídico brasileiro, foi utilizado o método dedutivo que partiu da premissa de que as leis penais infraconstitucionais brasileiras garantem esses Direitos Fundamentais. Entretanto, foi demonstrado que a doutrina afirma haver leis penais simbólicas. Essas, apesar de serem consideradas válidas pelos órgãos jurisdicionais, ferem o princípio da necessidade ou economia do Direito Penal, trazendo uma proteção simbólica que, na realidade, agrava a criminalidade. Esse estudo é relevante, pois, segundo dados estatísticos a maioria dos cidadãos brasileiros acredita que o Direito Penal Máximo é a solução para diminuir a criminalidade no país.

**Palavras-Chave:** Garantismo Penal. Direito Penal Simbólico. Beccaria. Luigi Ferrajoli.

## ABSTRACT

This article aims to investigate whether the expansion of criminal intervention in Brazil has guaranteed the Fundamental Rights provided for in the Magna Carta. It starts from a historical approach that shows that the rationality of Criminal Law had as its starting point the Enlightenment, which defended the existence of rights inherent to human existence, called Natural Rights. Some of these rights were demonstrated through the bibliographical analysis of the book “Crimes and penalties” written by Marquês de Beccaria. In the nineteenth and twentieth centuries, positivism emerged, which only considered these rights as valid if positivized and called them Human Rights. After World War II, these became universal and, when positivized, called Fundamental Rights. To guarantee them, Luigi Ferrajoli (2002) created an ideal criminal-legal system model, formed by ten fundamental axiological principles, called the Guarantor System. These principles were adopted by the Constitution of

the Federative Republic of Brazil of 1988 and constitute as Fundamental Rights of the Brazilian people. As this is a parameter of validity of the entire Brazilian legal system, the deductive method was used, which was based on the premise that Brazilian non-constitutional criminal laws guarantee these Fundamental Rights. However, it has been shown that the doctrine claims to have symbolic criminal laws. These, although considered valid by the courts, violate the principle of necessity or economy of criminal law, bringing a symbolic protection that actually aggravates criminality. This study is relevant because, according to statistical data, most Brazilian citizens believe that the maximum criminal law is the solution to reduce crime in the country.

**Palavras-Chave:** Criminal Guarantee. Symbolic Criminal Law. Beccaria. Luigi Ferrajoli.

## 1 INTRODUÇÃO

A racionalidade foi empregada ao Direito Penal através do Iluminismo, um movimento intelectual que surgiu, no século XVIII, que defendia a existência de Direitos Naturais que são universais, imutáveis e inerentes à existência humana. Estes, para os iluministas, deveriam se sobrepôr às vontades do Estado. Nos séculos XIX e XX, sobressaiu o pensamento positivista que enxergava como Direito apenas as leis positivadas pelo Estado. Os direitos naturais passaram, então, a se chamar “Direitos Humanos”, que teriam fundamento nas conquistas históricas, ao invés da natureza humana. Após as atrocidades da Segunda Guerra Mundial, os países integrantes da Organização das Nações Unidas reconheceram que os Direitos Humanos são universais e a positivação destes passou a ser denominada de Direitos Fundamentais.

Em 1995, o positivista Luigi Ferrajoli, baseado nos Direitos Naturais, criou um modelo de sistema jurídico-penal ideal, denominado de Sistema Garantista, formado por dez princípios axiológicos fundamentais que, segundo o autor, conferem validade substancial às leis penais. Esses princípios foram adotados pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e se constituem como Direitos Fundamentais do povo brasileiro. Entretanto, diante da alta e rápida produção legislativa do Congresso Nacional brasileiro, emergiu a necessidade de investigar se a expansão da intervenção penal no Brasil tem garantido os Direitos Fundamentais previstos na Carta Magna, que é o objetivo geral deste artigo. Para isso, além dos métodos procedimentais histórico, bibliográfico e estatístico, foi utilizado o método dedutivo que parte da premissa que as leis infraconstitucionais brasileiras garantem esses direitos.

Todavia, como será demonstrado ao longo do texto, existem leis penais infraconstitucionais, que apesar de serem consideradas válidas pelo Supremo Tribunal Federal, são denominadas por alguns juristas como simbólicas, por ferirem o princípio da necessidade ou economia do Direito Penal, que institui o Direito Penal Mínimo no ordenamento jurídico pátrio. Este artigo possui relevância uma vez que, através de dados estatísticos relativos à eleição de 2018, para o cargo de Presidente da República, foi verificado que a maioria dos cidadãos brasileiros acredita que o Direito Penal Máximo é a solução para a diminuição da criminalidade no País, o que vai contra o Direito Fundamental garantido pelo princípio da economia do Direito Penal.

## 2 O ILUMINISMO E O PROCESSO DE CIVILIDADE DO DIREITO PENAL

De acordo com Horta (2005), nas sociedades primitivas, o que predominava era a lei do mais forte. Quando alguém se sentia ofendido, simplesmente revidava da forma que quisesse e, por uma questão de medo, os mais fracos submetiam-se à vontade dos mais fortes. Com o passar do tempo, os vínculos humanos se tornaram mais fortes e a competência de punir o ofensor se estendeu à família e ao clã daquele que foi ofendido. Além disso, conforme a autora supracitada, as crenças místicas e religiosas originavam e fundamentavam muitas das regras dos primeiros agrupamentos e civilizações humanas e a violação delas tinha como consequências a vingança divina, ou seja, penas que visavam vingar a ofensa feita à divindade afrontada pela quebra daquela regra.

Segundo Bezerra, com a queda do Império Romano Ocidental, surgiu o período conhecido como Idade Média. Nele, o direito de punir cabia ao Senhor Feudal, de forma arbitrária, e à Igreja Católica, que, além da pena de morte, aplicava, em nome da religião, torturas e prisões como formas de obrigar o acusado a confessar seu delito e pagar por ele. Conforme Gasparetto Junior, com as Cruzadas, houve a queda do sistema feudal e a ascensão do Absolutismo. Este era um sistema político que, segundo Pissurno, se caracterizava pela concentração de poder nas mãos do Monarca. Esse poder era arbitrário e o Rei punia quem quisesse, pelo motivo que determinasse ser merecedor de punição.

No século XVIII, também conhecido como o Século das Luzes, de acordo com Bezerra, houve o Iluminismo, que foi um movimento intelectual caracterizado pela retomada do pensamento científico e da racionalidade crítica. Dessa forma, os seus integrantes questionaram, dentre outras coisas: o absolutismo, propondo novos tipos de Estados e formas de governos; os dogmas da Igreja Católica que, na época, tinham força de lei; os ensinamentos das escolas católicas a respeito da física, da matemática, da medicina e de outras áreas; o sistema econômico vigente; os tipos de penas utilizados na época e a eficiência dessas.

Apesar da repressão dos reis absolutistas e da Igreja Católica, o Século das Luzes se caracterizou por possuir um grande número de pensadores e obras. Esses, mesmo divergindo em alguns pontos de suas teses, segundo Rainer Sousa, possuíam pensamentos em comuns como a existência dos direitos naturais, ou seja, direitos intrínsecos à existência humana, e a necessidade de pôr fim ao poder absoluto dos reis, através da prevalência dos direitos naturais a qualquer Poder Estatal e da existência de leis públicas e escritas.

Por convergirem em suas principais ideias, é pertinente afirmar que esses pensadores iluministas fizeram parte da mesma Escola Jurídica. Essa, segundo Bandeira (2012), ficou conhecida como Clássica, termo pejorativo dado pelos membros da Escola Positiva, mais precisamente por Enrico Ferri. Mas, segundo Horta (2005), também pode ser denominada como Escola Jurídica Italiana, Filosófico-jurídica, Crítico Forense ou Idealista.

A Escola Clássica possuiu muitos pensadores que refletiram sobre o Direito Penal, dentre eles, destaca-se Cesare Bonesana, mais conhecido pelo título de Marquês de Beccaria, já que sua obra “*Dei Delitti e Delle Pene*” (Dos delitos e das penas), de acordo com Marinucci (1998), influenciou a elaboração da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, publicada em 1789, durante a Revolução



Francesa e, conseqüentemente, a elaboração das constituições e demais legislações dos países ocidentais que, em sua maioria, foram iluminados pelos reflexos dessa revolução.

O Marquês de Beccaria (1764) era contratualista, ou seja, acreditava que o Poder Estatal deriva de uma pequena parte da liberdade cedida por cada homem que a ele está sujeito, visando à sobrevivência. Como consequência disso, ele se posicionou a favor do Direito Penal Mínimo e contra o uso de penas cruéis. Ele disse que o que previne os crimes é a certeza do castigo e não a crueldade dele. Afirmou também que as penas cruéis ou são rapidamente modificadas, ou não vigoram por muito tempo, deixando os crimes impunes. Quanto ao uso de pena de morte, Beccaria escreveu o seguinte:

A soberania e as leis não são mais do que a soma das pequenas porções de liberdade que cada um cedeu à sociedade. Representam a vontade geral, resultado da união das vontades particulares. Mas, quem já pensou em dar a outros homens o direito de tirar-lhe a vida? Será o caso de supor que, no sacrifício que faz de uma pequena parte de sua liberdade, tenha cada indivíduo querido arriscar a própria existência, o mais precioso de todos os bens? (BECCARIA, 1764, p.90).

Outras consequências do contratualismo, evidenciadas na obra “Dos delitos e das penas”, são: a igualdade civil, ou seja, as leis e as penas devem ser as mesmas para todos, sem distinção por classe social; e a impossibilidade de qualquer cidadão se eximir das penas previstas em lei, pois elas não foram criadas apenas para protegê-lo, como também a todos aqueles que cederam sua liberdade para participar daquela sociedade. Por esses motivos, Beccaria (1764) afirmou que as leis penais devem ser: claras; escritas pela língua oficial do Estado, de forma que sejam facilmente compreendidas por todos os seus cidadãos; públicas; e precisas. Observe o seguinte trecho da obra supracitada:

Se a interpretação arbitrária das leis é um mal, também o é a sua obscuridade, pois precisam ser interpretadas. Esse inconveniente é bem maior ainda quando as leis não são escritas em língua vulgar (10). Enquanto o texto das leis não for um livro familiar, uma espécie de catecismo, enquanto forem escritas numa língua morta e ignorada do povo, e enquanto forem solenemente conservadas como misteriosos oráculos, o cidadão, que não puder julgar por si mesmo as conseqüências que devem ter os seus próprios atos sobre a sua liberdade e sobre os seus bens, ficará na dependência de um pequeno número de homens depositários e intérpretes das leis (BECCARIA, 1764, p.36).

Além das características supracitadas, Beccaria (1764) defendeu que as penas, que devem estar previstas previamente nas leis, precisam ser eficazes, duráveis, proporcionais aos delitos e o menos cruéis possíveis no corpo do culpado. Só assim, elas seriam capazes de desempenhar as funções para as quais foram criadas que são impedir que o delinquente cometa novos crimes e que os demais cidadãos cometam delitos na esperança de ficarem impunes.

Para que as penas sejam eficazes, Beccaria (1764) também afirmou que é preciso que as formalidades dos julgamentos, previstas em lei, sejam rápidas o suficiente para que todos os cidadãos associem a prática do crime ao sofrimento da pena. Nesse mesmo sentido, ele se mostrou a favor da prescrição das penas quando o delinquente voluntariamente se exilar por muito tempo, já que o exílio voluntário por si só já pune o delinquente e o exemplo gerado através da punição

perde a eficácia com a distância entre a prática do crime e a aplicação do castigo. Todavia, é pertinente afirmar que Beccaria foi contra o uso de asilos como forma de penalizar os delinquentes, pois, além de causarem a sensação de impunidade para os demais cidadãos, o delinquente poderia encontrar abrigo em outro Estado, ficando impune. Além de eficazes, Beccaria disse que as penas devem ser duráveis, de acordo com a proporcionalidade entre o crime e a pena. Essa proporção ocorre conforme a natureza do delito, sendo maior a punição para os crimes mais funestos à sociedade, evitando, dessa forma, que se tornem comuns.

Além da publicidade das leis e penas, Beccaria (1764) defendeu que sejam do conhecimento de todos as acusações; os julgamentos e as provas dos crimes. Dessa forma, é viabilizado o direito de defesa de quem está sendo acusado e é garantida a segurança jurídica dos cidadãos, que terão a certeza de que a lei está sendo cumprida e que aqueles que forem acusados só serão condenados se houver provas incontestáveis de que cometeram o crime.

Para que os julgamentos sejam justos, Beccaria (1764), de acordo com as ideias de Montesquieu, afirmou que deve haver uma divisão do exercício do poder estatal. Dessa forma, haveria uma separação entre o acusador, o legislador e o juiz. Ao legislador, cabe: definir quais condutas serão criminosas, de forma que todas as demais sejam consideradas permitidas; fixar as penas de cada delito; e estabelecer as formalidades dos julgamentos, de maneira que não comprometam a verdade. O juiz, por sua vez, deve limitar-se apenas à constatação do fato, verificando se existiu ou não o crime, e se existem provas incontestáveis da autoria do fato. Nesse sentido, veja o que afirmou Beccaria (1764):

Qual será, pois o legítimo interprete das leis? O soberano, isto é, o depositário das vontades atuais de todos; e não o juiz, cujo dever consiste exclusivamente em examinar se tal homem praticou ou não um ato contrário às leis.

O juiz deve fazer um silogismo perfeito. A maior deve ser a lei geral; a menor, a ação conforme ou não à lei; a consequência, a liberdade ou a pena. Se o juiz for constrangido a fazer um raciocínio a mais, ou se o fizer por conta própria, tudo se torna incerto e obscuro (p.32).

Sendo a clemência virtude do legislador e não do executor das leis, devendo manifestar-se no Código e não em julgamentos particulares (p.115).

Segundo Beccaria (1764), as condutas tipificadas, pelo legislador, como crimes devem ser nocivas à sociedade e suas existências fáceis de serem provadas, pois a punição de atos indiferentes e a impunidade causada pela dificuldade de provar o fato ou a autoria, e, portanto, de punir aqueles que de fato delinquiram, acabam por efetuar função inversa à pretendida com a legislação das penas. Seguindo essa lógica, ele afirmou que não deve ser punida a mera intenção de cometer um delito, mas a execução desse. E tal punição deve ser proporcional aos atos executórios, sendo maior a punição daqueles que os completaram em relação àqueles que apenas tentaram. Essa mesma gradação de penas deve ocorrer quando houver cúmplices, se não forem todos executantes imediatos, exceto quando um dos cúmplices receber alguma recompensa particular, o que compensa a diferença do risco, devendo, nesse último caso, ser aplicada a mesma punição para ambos os cúmplices.

Quanto à acusação, Beccaria (1764) se posicionou contra o uso de interrogatórios sugestivos, com a finalidade de arrancar do acusado a confissão do crime ou descobrir os possíveis cúmplices, principalmente através da tortura. Ele

afirmou que, além de ser contra a natureza humana acusar-se a si mesmo, a confissão através da tortura pode ser obtida apenas com o intuito de o acusado livrar-se da dor presente que, muitas vezes, é mais longa e rigorosa do que os males futuros advindos da condenação. Ademais, Beccaria escreveu:

Eis uma proposição bem simples: ou o delito é certo, ou é incerto. Se é certo, só deve ser punido com a pena fixada pela lei, e a tortura é inútil, pois já não se tem necessidade das confissões do acusado. Se o delito é incerto, não é hediondo atormentar um inocente? Com efeito, perante as leis, é inocente aquele cujo delito não se provou (BECCARIA, 1764, p.62-63).

Beccaria defendeu que aquele que fosse acusado não deveria ser preso, antes do julgamento, salvo se houver possibilidade de fuga ou de ocultação das provas do crime. Ele também advogou pela separação, nas prisões, entre o inocente suspeito e o criminoso convicto, pois o acusado nem sempre é culpado e, caso ele seja inocentado em julgamento, o período que passou preso não deve deixar-lhe infâmia alguma.

### **3 GARANTISMO PENAL**

Nos séculos XIX e XX, predominou o pensamento da Escola Jurídica Positivista que negava a existência de direitos naturais, ou seja, universais, imutáveis e inerentes à existência humana. Eles, então, substituíram a expressão “Direitos Naturais” por “Direitos Humanos”, sendo esse último a positivação dos direitos que eram considerados naturais pela Escola Clássica, que para os positivistas tinham fundamentação histórica e política. Como os juspositivistas só enxergavam, como direito, as leis escritas, independente de qual fosse o conteúdo material dessas, a legalidade relativizou a proteção dos Direitos Humanos e permitiu os horrores e torturas ocorridas durante a Segunda Guerra Mundial. Ao fim dessa guerra, foi criada a Declaração Universal dos Direitos do Homem, o primeiro documento sancionado pela Organização das Nações Unidas (ONU), organização formada por vários países para evitar novos conflitos mundiais. Nesse momento, os Direitos Humanos passaram a ser vistos como inerentes à existência humana, configurando-se como um gênero dos quais os Direitos Fundamentais são espécies, sendo esses os Direitos Humanos positivados.

Observando as constituições dos países que assinaram esse acordo, em 1995, apesar de se considerar positivista, Luigi Ferrajoli (2002) criou a obra “Derecho y razón: teoría del garantismo penal”, na qual defendeu que não basta haver validade formal em um sistema jurídico, mas também validade substancial, que se encontra na justiça e na proteção dos direitos naturais, defendidos pelos iluministas. Sendo assim, ele criou o sistema garantista, também denominado cognitivo ou de legalidade estrita, que consiste em um modelo de sistema jurídico-penal ideal que jamais será perfeitamente satisfazível, mas deverá ser seguido ao máximo pelos Estados de Direito, para que seja assegurada a existência da racionalidade, da separação entre direito e moral, da estrita legalidade, da justiça, da efetividade, da validade e da legitimidade da intervenção punitiva.

O sistema garantista criado por Ferrajoli (2002) é composto por dez princípios axiológicos fundamentais, não deriváveis entre si, são eles: o princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; o princípio

da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito; o princípio da necessidade ou da economia do Direito Penal; o princípio da lesividade ou da ofensividade do evento; o princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; o princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; o princípio da jurisdicionariade, também no sentido lato ou no sentido estrito; o princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; o princípio do ônus da prova ou da verificação; e o princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade. Sobre eles, Ferrajoli afirmou:

O modelo garantista descrito em SG apresenta as dez condições, limites ou proibições que identificamos como garantias do cidadão contra o arbítrio ou o erro penal. Segundo este modelo, não se admite qualquer imposição de pena sem que se produzam a comissão de um delito, sua previsão legal como delito, a necessidade de sua proibição e punição, seus efeitos lesivos para terceiros, o caráter externo ou material da ação criminosa, a imputabilidade e a culpabilidade do seu autor e, além disso, sua prova empírica produzida por uma acusação perante um juiz imparcial, em um processo público e contraditório em face da defesa e mediante procedimentos legalmente preestabelecidos (FERRAJOLI, 2002, p.83).

O autor supracitado, seguindo uma tradição escolástica, expressou-os através de máximas latinas, que serão mencionadas a seguir, conforme a ordem citada no parágrafo acima: *Nulla poena sine crimine; Nullum crimen sine lege; Nulla lex (poenalis) sine necessitate; Nulla necessitas sine injuria; Nulla injuria sine actione; Nulla actio sine culpa; Nulla culpa sine iudicio; Nullum iudicium sine accusatione; Nulla accusatio sine probatione; e Nulla probatio sine defensione.*

Através desses princípios, principalmente o da necessidade ou da economia do Direito Penal, é perceptível que esse sistema visa à intervenção mínima do Estado. Ferrajoli defendeu que o Direito Penal Mínimo assegura ao grau máximo as liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, e gera um sistema com alto grau de racionalidade e de certeza. Nesse sentido, quanto à intervenção penal mínima, Ferrajoli também afirmou que:

A este critério estão referenciadas instituições como a presunção de inocência do acusado até a sentença definitiva, o ônus da prova a cargo da acusação, o princípio in dubio pro reo, a absolvição em caso de incerteza acerca da verdade fática e, por outro lado, a analogia in bonam partem, a interpretação restritiva dos tipos penais e a extensão das circunstâncias eximentes ou atenuantes em caso de dúvida acerca da verdade jurídica. Em todos estes casos teremos certamente discricionariedade, mas se trata de uma discricionariedade dirigida não para estender, mas para excluir ou reduzir a intervenção penal quando não motivada por argumentos cognitivos seguros (FERRAJOLI, 2002, p.84).

#### **4 A CARTA MAGNA DE 1988 E O GARANTISMO PENAL DE LUIGI FERRAJOLI**

Após a Segunda Guerra Mundial, houve a Guerra Fria, que consistia na polarização das relações internacionais entre os países que apoiavam os Estados Unidos da América, que defendiam o capitalismo, e os que defendiam a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, que advogava a favor do socialismo como sistema econômico. No Brasil, os reflexos dessa guerra começaram a ocorrer através da perseguição política, por parte dos grupos conservadores, ao Presidente Jânio Quadros, que estabeleceu relações diplomáticas e comerciais com países do eixo socialista, fazendo-o renunciar seu mandato no mesmo ano, 1961, em que foi

eleito. Com essa renúncia, o Vice-Presidente da República, João Goulart, que estava no Oriente em uma delegação responsável por aproximar economicamente os países do eixo socialista ao Brasil, assumiu a Presidência. Os grupos conservadores e os militares, defensores do capitalismo, afirmaram que as medidas do governo de João Goulart ameaçavam a segurança nacional e, em primeiro de abril de 1964, aplicaram um golpe de Estado que deu início ao período conhecido como “Ditadura Militar”.

Esse período foi marcado pelo autoritarismo e pela arbitrariedade dos militares. Conforme os relatórios da Comissão Nacional da Verdade, criada pela Lei 12.528 de 2011, durante essa ditadura houve: prisões arbitrárias, sem que o acusado tivesse direito à defesa e ao contraditório; desaparecimento de pessoas, que muitas vezes eram presas durante a noite e tal prisão não era de ciência pública, nem sequer era informada aos familiares do acusado; e aplicação de torturas e pena de morte, antes mesmo de haver condenação judicial. Esses fatos, juntamente com uma crise econômica que houve em 1973, geraram insatisfação popular que, através de movimentos sociais, resgataram a democracia em 1985.

Visando assegurar, ao máximo, os direitos humanos, que haviam sido negados ao povo durante a Ditadura Militar de 1964, foi promulgada, em 1988, a Constituição da República Federativa do Brasil vigente no momento atual. Para atingir seu objetivo, dentre outras coisas, ela adotou todos os princípios do Sistema Penal Garantista elaborado por Luigi Ferrajoli, que se constituem como Direitos Fundamentais.

O princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito, que garante que ninguém será punido sem que tenha cometido um crime, pode ser demonstrado através do artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que diz: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Já o princípio da legalidade, sintetizado pela máxima *Nullum crimen sine lege*, que significa que não há crime sem previsão legal, se manifesta por meio do inciso II, desse mesmo artigo constitucional, que afirma que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

O princípio da lesividade ou da ofensividade do evento estabelece que uma conduta só deve ser tipificada como crime e punida, se ofender um bem jurídico relevante. Ele encontra-se no artigo 5º, inciso LII da Constituição brasileira de 1988, que determina que “não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião”, por entender que tais atos não são criminosos ou lesivos à sociedade, já que ela é fundamentada na democracia. O princípio da materialidade ou da exterioridade da ação assegura que ninguém será punido sem que haja provas materiais de que delinuiu. Ele se mostra no artigo 5º, inciso LI, da Carta Magna que só permite a extradição de brasileiro naturalizado “em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei”. E o princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal está no artigo 5º, inciso XLV da Carta Constitucional de 1988 que diz:

Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

O princípio do ônus da prova ou da verificação garante que ninguém será condenado sem que o acusador prove a autoria e a materialidade do delito. Esse princípio encontra-se no artigo 5º, inciso LIV, que assegura que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, e no inciso LVII, que diz que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. É importante ressaltar que o inciso LVI desse mesmo artigo constitucional inadmitte o uso, no processo penal, de provas ilícitas.

O princípio do contraditório permite ao acusado o direito de defender-se. Ele é explicitado através do inciso LV, do artigo 5º da Lei Maior, que determina que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Ele também é assegurado por esse artigo constitucional através dos incisos: LX, que institui a publicidade dos atos processuais, exceto quando a defesa da intimidade ou o interesse social exigirem o contrário; LXII, que garante a comunicação imediata da prisão ao juiz competente e aos familiares ou pessoa indicada pelo preso; LXIII, que diz que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”; e o inciso LXIV que permite que o preso tenha ciência da identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial.

O princípio da jurisdicionariedade, por sua vez, assegura que ninguém será condenado, nem punido, senão através de julgamento feito pelo órgão estatal legalmente competente, e pode ser exemplificado pelo artigo 5º, inciso LIII, que ordena que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” e inciso LXI que determina que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

O princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação determina que haja separação entre os órgãos estatais competentes para julgar e para acusar, de forma que o primeiro seja imparcial e o segundo esteja em posição de paridade com a defesa. Ao contrário dos demais, esse princípio não se exhibe, na Carta Magna vigente no Brasil, de forma explícita. Todavia, o entendimento da doutrina majoritária e do Supremo Tribunal Federal (STF) é de que a Constituição o adotou ao separar as funções de acusação e julgamento, quando estabeleceu a função dos seus órgãos. Nesse direcionamento, o Ministro Alexandre de Moraes, em 30 de outubro de 2017, afirmou, ao julgar uma medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.693, que: “A Constituição Brasileira de 1988 consagrou, em matéria de processo penal, o sistema acusatório, atribuindo a órgãos diferentes as funções de acusação e julgamento”. É válido lembrar que a acusação, no ordenamento jurídico brasileiro, em regra, cabe ao Ministério Público, mas existem alguns crimes que são de ação privada, nos quais a acusação é feita pelo ofendido por meio de seu advogado. Nesse sentido, o artigo 5º, inciso LIX, da Constituição vigente admite que o ofendido intente ação privada nos crimes de ação pública, caso esta não tenha sido feita no prazo legal.

O princípio da necessidade ou da economia do Direito Penal institui o Direito Penal como *ultima ratio*, ou seja, estabelece o Direito Penal Mínimo. Segundo esse princípio, só deve haver leis penais necessárias, ou seja, só têm que ser tipificadas as condutas que lesem bens jurídicos relevantes e as penas devem ser as menos graves possíveis, desde que sejam suficientes para prevenir o crime e proporcionais a sua lesividade. Esse princípio pode ser encontrado em vários dispositivos da

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, dentre eles, estão os seguintes incisos do artigo 5º: o inciso XL, que determina a irretroatividade da lei penal, salvo para benefício do réu; o inciso LVIII que decide que, em regra, o cidadão civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, salvo se houver previsão legal; o inciso LXVI que afirma que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”; o inciso LXVIII que institui a concessão de habeas corpus “sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”; e o inciso LXV que ordena que a prisão ilegal seja imediatamente relaxada pela autoridade judiciária.

A Carta Magna também adotou o Direito Penal Mínimo ao vetar a existência de penas: de morte, salvo em caso de guerra declarada; de caráter perpétuo; de trabalhos forçados; de banimento; e cruéis (Art. 5º, inciso XLVII). Ela instituiu como tipos de penas a restrição ou privação da liberdade; a perda de bens; a multa; a prestação social alternativa; e a suspensão ou interdição de direitos (Art. 5º, inciso XLVI). Essas são instituídas pela legislação específica de forma proporcional à lesividade do delito que for cometido. E, quanto à pena privativa, determinou que essa deve ser cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado (Art. 5º, XLVIII); assegurou o respeito à integridade física e moral dos presos (Art. 5º, XLIX); e garantiu às presidiárias condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação (Art. 5º, L).

## **5 LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL BRASILEIRA E DIREITO PENAL SIMBÓLICO**

A Constituição brasileira de 1988 funciona como um parâmetro de validade para todo o ordenamento jurídico brasileiro atual, inclusive no que diz respeito ao Direito Penal. Como ela adotou todos os princípios do Sistema Penal Garantista, é pertinente dizer que só são válidas e vigentes as leis penais infraconstitucionais que estão conforme esse sistema. Todavia, alguns juristas entendem que há leis penais consideradas válidas e vigentes, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, que fazem parte do Direito Penal Simbólico.

Esse é o nome dado ao conjunto de leis penais que aparentam trazer uma proteção real aos direitos individuais dos cidadãos, mas, na realidade, afrontam o princípio da necessidade ou da economia do Direito Penal, gerando, dessa forma, conforme demonstrado por Beccaria (1764), maior insegurança jurídica e aumento da criminalidade. Ou seja, trazem uma segurança simbólica, irreal, que geralmente tem como objetivo acalmar os ânimos da sociedade.

Essa, segundo os teóricos do Direito Penal Simbólico, se encaixa nos conceitos de modernidade reflexiva ou sociedade de risco, do sociólogo Ulrich Beck; ou de modernidade tardia, teorizada por Anthony Giddens. Esses termos se referem à sociedade pós a primeira Revolução Industrial na qual se destacam as invenções humanas, ou seja, o desenvolvimento científico e a popularização dessas, também chamadas de tecnologias.

Essas têm aumentado cada vez mais e, de forma rápida, trazendo consigo novos riscos à sociedade, uma vez que geram novos meios de se produzirem condutas criminosas e potencializam os danos causados por elas. Isso gera medo

na sociedade, levando os legisladores a produzirem leis que tentam prevenir os riscos antes que eles ocorram e a combater crimes já punidos pela legislação, mas de forma específica em relação aos novos meios de cometê-los. Nesse sentido, Ribeiro et al. (2007, p.270-271).afirmaram:

A expressão sociedade de risco foi cunhada por sociólogo alemão Ulrich Beck, em 1986, 20 anos após o acidente nuclear de Chernobyl, na Ucrânia, para designar os dias em que vivemos, a partir da constatação de que os perigos hoje enfrentados pela humanidade são resultado dos efeitos colaterais da própria ação humana, o que acaba por gerar uma imprevisibilidade quanto às conseqüências das medidas adotadas, e o enfraquecimento da racionalidade baseada no conhecimento do passado.<sup>21</sup> A partir dessa idéia, Beck defende que a produção social de riqueza na modernidade avançada vem acompanhada sistematicamente pela produção social de riscos. Assim, os problemas e conflitos de repartição social de carências são substituídos por problemas e conflitos que surgem da produção, definição e repartição dos riscos produzidos de maneira tecnocientífica.<sup>22</sup>

Até o séc. XIX os progressos da ciência faziam com que o homem acreditasse na possibilidade de se atingir a segurança total, com o desaparecimento da incerteza e do risco, evitando-se as catástrofes naturais, com base nos conhecimentos advindos dos avanços tecnológicos. Hoje, a natureza é percebida como benevolentemente protetora, enquanto que a ciência é temida como ameaça maléfica,<sup>23</sup> o que acaba por romper o consenso social sobre o progresso.<sup>24</sup> É que com o extraordinário avanço tecnológico experimentado no século XX, o homem, que nos primórdios da Era Moderna tentava dominar a natureza, a fim de conter os riscos externos, passa a sofrer os efeitos de sua ação, com a reação do planeta à intervenção humana. É o que Anthony Giddens<sup>25</sup> chama de risco fabricado, que, como bem salienta Niklas Luhmann,<sup>26</sup> não se confunde com o perigo, sempre exterior à ação do homem. São exemplos ilustrativos dos riscos naturais causados pela ação desordenada da humanidade, além do vazamento da usina nuclear de Chernobyl, o aquecimento global, a diminuição da camada de ozônio, o mal da vaca louca, na Inglaterra, as vicissitudes nas experiências genéticas e a devastação humana provocada pelos tsunamis na Ásia e na África.

Um exemplo de legislação penal simbólica é a lei nº 12.737 de 2012, que tipificou crimes cometidos por meios digitais, após a atriz Carolina Dieckmann, nesse mesmo ano, ter tido seu computador invadido por hackers, que utilizaram fotos nuas e íntimas da atriz para extorqui-la e, como não conseguiram, divulgaram-nas em sites. Nesse mesmo sentido, devido ao avanço da tecnologia e a popularização das câmeras digitais, computadores, smartphones e redes sociais, o legislador criou as leis nº 13.718 e nº 13.772, ambas de 2018, que tipificaram o crime de divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia (Código Penal, Art. 218-C) e o de registro não autorizado da intimidade sexual (Código Penal, Art. 216-B), respectivamente.

Kerstenetzky (2012) considera a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, conhecida como a Lei dos Crimes Hediondos, como uma lei penal simbólica por agravar as penas de crimes já tipificados por outras legislações e por seu projeto de lei ter sido rapidamente aprovado, após a repercussão do sequestro do empresário Abílio Diniz. E Ricardo (2018) defende que as leis penais ambientais por agirem em *prima ratio*, protegendo funções administrativas ao invés de bens jurídicos são simbólicas.



Outra legislação penal que se enquadra no conceito de Direito Penal Simbólico é a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, também denominada de Lei Maria da Penha, que foi criada após a repercussão de um caso específico. Seu nome foi dado em homenagem a Maria da Penha Maia Fernandes, que foi vítima de vários atos criminosos praticados pelo seu marido, Marco Antonio Heredia Viveros, dentre eles duas tentativas de homicídio. Em 1983, o agressor atirou nas costas da vítima, o que apesar de não matá-la, deixou-a paraplégica, e quatro meses após esse fato, quando a vítima recebeu alta do hospital, manteve-a em cárcere privado durante 15 dias e tentou eletrocutá-la durante o banho.

Apesar da gravidade desses crimes, o réu só foi julgado oito anos após praticá-los e, mesmo tendo sido condenado a quinze anos de prisão, saiu do fórum em liberdade, devido a recursos solicitados pela defesa. No julgamento em segundo grau, a pena do condenado diminuiu para dez anos e seis meses de prisão e, assim como no primeiro, o réu saiu do julgamento em liberdade, devido a alegação de irregularidades processuais por parte da defesa. Diante disso, em 1998, a vítima, juntamente ao Centro para a Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e ao Comitê Latino-americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM) denunciaram o caso para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (CIDH/OEA). Essa notificou o Estado brasileiro para que tomasse providências, por meio de quatro ofícios, mas esse permaneceu inerte diante desse caso. Então, em 2001, essa Comissão responsabilizou o Estado brasileiro por negligência, omissão e tolerância em relação à violência doméstica praticada contra as mulheres brasileiras. Só após esse fato, a justiça foi feita, a vítima foi indenizada pelo Estado do Ceará e foi criada a Lei nº 11.340 de 2006.

Apesar de também ser considerada como direito penal simbólico por ter sido criada após a repercussão de um caso específico e por criminalizar, de forma específica, condutas já penalizadas pelo Código Penal, como a lesão corporal e a tentativa de homicídio, a violência sofrida por Maria da Penha demonstrou a ineficácia prática que havia na aplicação dessas leis para proteger as mulheres dentro do ambiente doméstico.

Nesse mesmo sentido, o legislador, em 9 de março de 2015, sob pressão dos movimentos e instituições feministas, criou a Lei nº 13.104, que qualificou um crime já existente, que é o homicídio, no caso em que ele for cometido contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, ou seja, por motivo de violência doméstica e familiar contra a mulher ou menosprezo ou discriminação por seu gênero (Código Penal, Art. 121, § 2º, inciso VI e § 2º - A). Ela também incluiu o feminicídio no rol de crimes hediondos da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que também é simbólica por agravar penas de crimes já existentes, e estabeleceu como causa de aumento da pena desse crime o fato de ele ser praticado contra mulher que se encontrar gestante ou nos três meses posteriores ao parto; que for menor de catorze anos, maior de sessenta anos ou portadora de alguma deficiência; ou na presença de descendente ou de ascendente da vítima (Código Penal, Art, 121, § 7º, I, II, III).

O Ministério da Justiça do Brasil não possui um banco de dados nacional que revele dados estatísticos sobre as notificações feitas nas delegacias do país, quais os tipos de crimes são mais cometidos, o perfil do agressor e da vítima, índices de reincidência, e outras informações úteis à criminologia. Talvez com a implementação do Sistema Eletrônico de Execução Unificada (SEEU) em todas as varas criminais e de execução de penas, seja possível aprimorar o sistema para que forneça esses dados criminológicos. Por enquanto, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada

(IPEA) e o Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP) publicam todos os anos o “Atlas da Violência” que é uma pesquisa sobre a violência urbana com base nos dados do Sistema Único de Saúde (SUS). Como os dados do SUS não são voltados para estudos criminológicos, eles não fornecem informações exatas sobre alguns tipos de crimes e suas qualificações.

Nesse sentido o Atlas da Violência de 2018 afirmou que “A base de dados do Sistema de Informações sobre Mortalidade não fornece informação sobre feminicídio, portanto não é possível identificar a parcela que corresponde a vítimas desse tipo específico de crime”. Apesar disso, tanto o “Atlas da Violência” de 2018 (CERQUEIRA et al., 2018,p.56-61), quanto o de 2019 mostraram que houve aumento no número de estupros, homicídios e violências, de uma forma geral, contra as mulheres nesse século. O Atlas de 2019, por exemplo, afirmou que “o crescimento mais acentuado, nos últimos dez anos, tem sido na taxa de homicídios dentro das residências, com o uso da arma de fogo, que cresceu 29,8%.”(CERQUEIRA et al., 2019, p.40). Isso, provavelmente devido às notificações que aumentaram após o encorajamento e proteção que trouxeram a Lei Maria da Penha e da Lei que estabeleceu o crime de feminicídio, e também após a “expansão e do aprimoramento dos centros de referência que registram as notificações” (CERQUEIRA et al., 2018, p. 58).

Na eleição de 28 de outubro de 2018, o candidato a Presidência da República, Jair Bolsonaro, propôs em seu Plano de Governo, dentre outras coisas, acabar com a progressão de penas e as saídas temporárias; tipificar como terrorismo as invasões de propriedades rurais e urbanas no território brasileiro e tipificar outras condutas, visando combater a corrupção. Quando eleito, por 55,13% dos votos válidos, o que equivale a 57.797.847 votos, o Ministro da justiça e segurança pública por ele escolhido, Sérgio Moro, propôs ao Congresso Nacional o projeto de lei anticrime, que objetiva alterar o Código Penal, o Código de Processo Penal e outras legislações vigentes, para cumprir essas propostas de governo.

Dentre essas mudanças, esse projeto propõe: determinar que os condenados por roubo com uso de arma de fogo ou com lesão corporal grave, os condenados reincidentes ou com indícios de conduta criminal habitual, reiterada ou profissional e os condenados pelos crimes de peculato e corrupção ativa e passiva, desde que o valor da apropriação ou da propina não seja insignificante, sempre comecem a cumprir pena em regime fechado; autorizar que o juiz determine período mínimo de cumprimento em regime fechado antes da progressão; determinar que no caso dos crimes hediondos, tortura ou terrorismo, a progressão de regime só ocorra após o cumprimento de três quintos da pena e negar-lhes as permissões de saída, exceto por morte de parentes próximos ou para ir a audiências, mediante escolta; aumentar de metade a pena para quaisquer pessoas com antecedentes criminais que tenham sido condenadas por crimes ligados a armas de fogo; suspender o prazo de prescrição enquanto o acusado cumprir pena no estrangeiro ou quando houver recursos; utilizar a execução provisória da pena como causa de interrupção de prescrição; agravar os crimes de resistência acrescentando pena de multa e modalidade qualificada quando a resistência ocasionar morte ou risco de morte ao funcionário ou a terceiro; e determinar que os recursos da defesa referentes à sentença de pronúncia não suspendam o julgamento pelo júri.

Essas propostas feitas no plano de governo de Jair Bolsonaro e no Projeto de Lei Anticrime claramente tendem ao Direito Penal Máximo e ferem o princípio da necessidade ou da economia do Direito Penal. A eleição do Presidente Jair Bolsonaro mostra que grande parte da população brasileira se sente insegura,

encaixando-se no conceito de sociedade de risco de Ulrich Beck, e acredita que o Direito Penal Máximo é a solução para a diminuição da criminalidade. Todavia, como já foi demonstrada anteriormente, através do pensamento do iluminista Cesare Bonesana e de Luigi Ferrajoli, a segurança que o Direito Penal Máximo traz é meramente simbólica, já que, na realidade, aumenta a criminalidade, a probabilidade de inocentes serem condenados e atinge, de forma restritiva, os direitos naturais dos cidadãos.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, é pertinente afirmar que o direito de punir, que antes era baseado na vingança privada e na vingança divina, passou a ser racionalizado a partir do século XVIII, através do Iluminismo, um movimento intelectual caracterizado pela retomada do pensamento científico e da racionalidade crítica. Os pensadores que participaram desse movimento faziam parte da Escola Clássica, cuja principal ideia era a defesa dos Direitos Naturais, que consistiam em direitos intrínsecos à existência humana e deveriam prevalecer sobre qualquer Poder Estatal. Um dos principais pensadores iluministas foi o Marquês de Beccaria, que influenciou a elaboração da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, publicada durante a Revolução Francesa, documento que, segundo Marinucci (1998), influenciou a elaboração das legislações da maioria dos países ocidentais.

Beccaria (1764) era contratualista, ou seja, acreditava que o Poder Estatal deriva de uma pequena parte da liberdade cedida por cada cidadão. Por isso, ele acreditava que o Estado deveria utilizar o Direito Penal Mínimo, o que proíbe o uso de penas cruéis, desproporcionais à ofensividade do delito, de morte, a criação de leis que punam condutas não ofensivas à sociedade e o uso de prisão provisória, salvo em caso de risco de fuga e destruição de provas. Ele também defendeu que todos os cidadãos deveriam estar sujeitos às mesmas leis e penas, não podendo eximir-se delas. Em vista disso, Beccaria afirmou que as leis precisam ser claras, escritas pela língua oficial do Estado, precisas e públicas, para que todos tenham conhecimento delas. Essa publicidade, conforme Beccaria (1764), deve se estender às acusações, aos julgamentos e às provas dos crimes para viabilizar o direito de defesa de quem está sendo acusado e garantir aos cidadãos que as leis estão sendo cumpridas.

Esse iluminista pensava que a função da pena é prevenir que o delinquente cometa novos crimes e que os demais cidadãos venham a delinquir na esperança de ficarem impunes. Diante disso, ele defendeu que, para que as penas sejam eficazes, elas devem ser proporcionais à ofensividade do delito e os julgamentos devem ocorrer de forma rápida o suficiente, para que todos associem a prática do crime ao castigo. Além disso, Beccaria (1764) afirmou que para haver justiça: deve existir separação entre o legislador, o acusador e o juiz, que deve ser imparcial; só devem ser punidas as execuções e não a mera intenção de praticar condutas delitivas; e não podem ser utilizados interrogatórios sugestivos, principalmente por meio de tortura.

Nos séculos XIX e XX, predominou o pensamento da Escola Jurídica Positivista que negava a existência dos Direitos Naturais, por enxergarem como direito apenas as leis positivas. Essas leis, quando possuíam o mesmo conteúdo que os Direitos Naturais, eram chamadas de Direitos Humanos, que para os

positivistas tinham fundamentação histórica e política. Após a Segunda Guerra Mundial, a expressão Direitos Humanos passou a designar os direitos intrínsecos à existência humana, passando a positivação desses a ser chamada de Direitos Fundamentais.

Apesar de se considerar positivista, Luigi Ferrajoli (2002) reconheceu que as leis penais necessitam não só de validade formal, como também de validade substancial que, segundo ele, encontra-se nos Direitos Naturais. Sendo assim, Ferrajoli criou um modelo de sistema jurídico-penal ideal denominado de Sistema Garantista, que é composto por dez princípios axiológicos fundamentais, não deriváveis entre si. Estes foram positivados, constituindo-se como Direitos Fundamentais pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, vigente até o momento atual, visando assegurar os Direitos Humanos negados durante a Ditadura Militar de 1964. Como a Lei Maior funciona como parâmetro de validade de todo o ordenamento jurídico brasileiro, seria pertinente afirmar que todas as leis infraconstitucionais estão conforme o Sistema Garantista criado por Ferrajoli (2002). Todavia, alguns juristas afirmam que algumas das leis infraconstitucionais, consideradas válidas pelo Supremo Tribunal Federal, fazem parte do Direito Penal Simbólico, ou seja, aparentam trazer maior segurança à sociedade, mas na realidade aumentam a insegurança por ferirem o princípio da economicidade do Direito Penal.

Ao longo do estudo, foram exemplificadas várias legislações penais simbólicas, dentre elas, a Lei nº 13.104 de 2015, que instituiu o feminicídio e a Lei nº 11.340, de 2006, denominada de Lei Maria da Penha. Elas são assim consideradas por agravarem crimes já existentes e, essa última, também por ter sido criada após a repercussão de um caso específico e por criminalizar, de forma específica, condutas já penalizadas pelo Código Penal. Apesar de não existir um banco de dados nacional que revele a importância dessas leis, os “Atlas da Violência” de 2018 e de 2019 divulgados pelo IPEA mostram que dados do Sistema Único de Saúde apontam aumento na taxa de homicídios dentro das residências, com o uso da arma de fogo, provavelmente, devido às notificações que aumentaram após o encorajamento e proteção que essas leis trouxeram.

Este artigo também mostrou que na eleição de 2018, 57.797.847 pessoas elegeram como Presidente da República o candidato que apresentou propostas tendentes ao Direito Penal Máximo, o que mostra que a maior parte dos cidadãos brasileiros acredita que o enrijecimento do Direito Penal é a solução para a diminuição da criminalidade. Todavia, conforme Beccaria (1764), o efeito causado é o contrário.

Por essa lógica discursiva, é relevante afirmar que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 adotou o Sistema Penal Garantista, criado por Luigi Ferrajoli, assegurando, dessa forma, os Direitos Fundamentais dos cidadãos brasileiros. Todavia, a expansão da intervenção penal no Brasil, que se dá através de leis infraconstitucionais, tem ocorrido de forma rápida sem o devido zelo pelo princípio da economia do Direito Penal, o que traz uma segurança simbólica e irreal. É válido ressaltar que essas leis causam forte impacto social, que nem sempre são negativos. Informações do SUS mostraram que a Lei Maria da Penha e a Lei do Feminicídio estimularam as denúncias das vítimas de violência doméstica. Ademais, a divulgação do presente trabalho se faz relevante tendo em vista que, segundo dados sobre a eleição de 2018, a maior parte da população brasileira acredita que o Direito Penal Máximo resolve a insegurança gerada pela criminalidade.

## REFERÊNCIAS

- A DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. **Nações Unidas Brasil**. Disponível em: < <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>>. Acesso em: 02 de julho de 2019.
- A HISTÓRIA da Organização. **Nações Unidas Brasil**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/conheca/historia/>>. Acesso em: 02 de julho de 2019.
- AGUIAR, Leonardo. Evolução Histórica do Direito Penal. **Jusbrasil**. (2015). Disponível em: <<https://leonardooaaguiar.jusbrasil.com.br/artigos/324823933/evolucao-historica-do-direito-penal>>. Acesso em: 04 de junho de 2019.
- BANDERA, Vinícius. Evolução do Direito Penal na consecução da modernização capitalista. **Jus**. (2012). Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21018/evolucao-do-direito-penal-na-consecucao-da-modernizacao-capitalista/2>>. Acesso em: 06 de junho de 2019.
- BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. Editora Ridendo Castigat Moraes, 2001. *E-book*.
- BEZERRA, Juliana. Feudalismo. **Toda Matéria**. Disponível em: <<https://www.todamateria.com.br/feudalismo/>>. Acesso em: 15 de junho de 2019.
- BEZERRA, Juliana. Idade Média. **Toda Matéria**. Disponível em: <<https://www.todamateria.com.br/idade-media/>>. Acesso em: 15 de junho de 2019.
- BEZERRA, Juliana. Igreja Medieval. **Toda Matéria**. Disponível em: <<https://www.todamateria.com.br/igreja-medieval/>>. Acesso em: 15 de junho de 2019.
- BEZERRA, Juliana. Iluminismo. **Toda Matéria**. Disponível em: <<https://www.todamateria.com.br/iluminismo/>>. Acesso em: 16 de junho de 2019.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. BRASÍLIA, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 15 de agosto de 2019.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. BRASÍLIA, DF: Presidência da República, 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm). Acesso em: 26 de set. 2019.
- BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.

BRASÍLIA, DF: Presidência da República, 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm). Acesso em: 05 de out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012.** Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências. BRASÍLIA, DF: Presidência da República, 2012. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12737.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12737.htm). Acesso em: 22 de set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015.** Altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. BRASÍLIA, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm). Acesso em: 26 de set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018.** Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, tornar pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, estabelecer causas de aumento de pena para esses crimes e definir como causas de aumento de pena o estupro coletivo e o estupro corretivo; e revoga dispositivo do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). BRASÍLIA, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm). Acesso em: 26 de set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.772, de 19 de dezembro de 2018.** Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para reconhecer que a violação da intimidade da mulher configura violência doméstica e familiar e para criminalizar o registro não autorizado de conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado. BRASÍLIA, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13772.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13772.htm). Acesso em: 10 de out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990.** Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. . BRASÍLIA, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8072compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8072compilada.htm). Acesso em: 15 de setembro 2019.

CARDOSO, Luisa Rita. Guerra Fria. **InfoEscola.** Disponível em: <https://www.infoescola.com/historia/guerra-fria/>. Acesso em: 03 de agosto de 2019.

CARVALHO, Neudimair Vilela Miranda. Diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais. **Jus.** (2017). Disponível em: [https://jus.com.br/artigos/59616/diferenca-entre-direitos-humanos-e-direitos-fundamentais#\\_ftn2](https://jus.com.br/artigos/59616/diferenca-entre-direitos-humanos-e-direitos-fundamentais#_ftn2). Acesso em: 04 de julho de 2019.

CERQUEIRA, D. et al. Atlas da Violência. **IPEA**. (2018). Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio\\_institucional/180604\\_atlas\\_da\\_violencia\\_2018.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/180604_atlas_da_violencia_2018.pdf)>. Acesso em: 12 de outubro de 2019.

CERQUEIRA, D. et al. Atlas da Violência. **IPEA**. (2019). Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio\\_institucional/190605\\_atlas\\_da\\_violencia\\_2019.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/190605_atlas_da_violencia_2019.pdf)>. Acesso em: 12 de outubro de 2019.

CORRÊA, Michelle Viviane Godinho. Abertura Política. **InfoEscola**. Disponível em: <<https://www.infoescola.com/historia-do-brasil/abertura-politica/>>. Acesso em: 15 de agosto de 2019.

DIVULGAÇÃO de Resultados de Eleições. **Justiça Eleitoral**. Disponível em: <<http://divulga.tse.jus.br/oficial/index.html>>. Acesso em: 20 de novembro de 2019.

FAISSALLA, Emmanuella et al. A INFLUÊNCIA DO SISTEMA GARANTISTA DE LUIGI FERRAJOLI NA CONSTITUIÇÃO DE 1988. **Cedipe**. Disponível em: <[http://www.cedipe.com.br/3cbpj/docs/resumos\\_pdf/35\\_SISTEMA%20GARANTISTA\\_LUIGI%20FERRAJOLI\\_CONSTITUI%C3%87%C3%83O%20DE%201988.pdf](http://www.cedipe.com.br/3cbpj/docs/resumos_pdf/35_SISTEMA%20GARANTISTA_LUIGI%20FERRAJOLI_CONSTITUI%C3%87%C3%83O%20DE%201988.pdf)>. Acesso em: 15 de agosto de 2019.

FELICIANO, Vinícius. Escolas Penais. **Jusbrasil**. (2014). Disponível em: <<https://vinciusfeliciano.jusbrasil.com.br/artigos/146506485/escolas-penais>>. Acesso em: 03 de julho de 2019.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. *E-book*.

GOMES, Luiz Flávio. Vigência e validade da lei. **Migalhas**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI37149,61044-Vigencia+e+validade+da+lei>>. Acesso em: 20 de agosto de 2019.

HORTA, Ana Clélia Couto. Evolução histórica do Direito Penal e Escolas Penais. **Âmbito jurídico**. (2005). Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/evolucao-historica-do-direito-penal-e-escolas-penais/>>. Acesso em: 08 de junho de 2019.

JANIO CONDECORA GUEVARA. **Folha de S. Paulo**. (1961). Disponível em: <[http://almanaque.folha.uol.com.br/brasil\\_20ago1961.htm](http://almanaque.folha.uol.com.br/brasil_20ago1961.htm)>. Acesso em: 05 de agosto de 2019.

JUNIOR, Antonio Gasparetto. As Cruzadas. **InfoEscola**. Disponível em: <<https://www.infoescola.com/historia/as-cruzadas/>>. Acesso em: 13 de junho de 2019.

JUNIOR, Francisco Nelson de Alencar; SABINO, Sérgio Murilo. O Direito Penal Simbólico – uma análise sobre a intervenção jurídico-penal do Estado na tipificação de condutas de pouca ou nenhuma lesividade jurídica. **Âmbito Jurídico**. (2017). Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/o-direito-penal-simbolico-uma-analise-sobre-a-intervencao-juridico-penal-do-estado-na-tipificacao-de-condutas-de-pouca-ou-nenhuma-lesividade-juridica/>>. Acesso em: 10 de setembro de 2019.

KERSTENETZKY, Maíra Souto Maior. Direito penal simbólico: criação de leis mais rigorosas diante do clamor social e midiático. *Âmbito Jurídico*. (2012). Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/direito-penal-simbolico-criacao-de-leis-mais-rigorosas-diante-do-clamor-social-e-midiatico/>>. Acesso em: 15 de setembro de 2019.

MARINUCCI, Giorgio. "Prefácio". In: BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1998, p. 35 e 38.

O CAMINHO da prosperidade Proposta de Plano de Governo. **TSE**. (2018). Disponível em: <[http://divulgacandcontas.tse.jus.br/candidaturas/oficial/2018/BR/BR/2022802018/280000614517/proposta\\_1534284632231.pdf](http://divulgacandcontas.tse.jus.br/candidaturas/oficial/2018/BR/BR/2022802018/280000614517/proposta_1534284632231.pdf)>. Acesso em: 20 de outubro de 2019.

PISSURNO, Fernanda Paixão. Absolutismo. **InfoEscola**. Disponível em: <<https://www.infoescola.com/historia/absolutismo/>>. Acesso em: 11 de junho de 2019.

PISSURNO, Fernanda Paixão. Estados Nacionais. **InfoEscola**. Disponível em: <<https://www.infoescola.com/historia/estados-nacionais/>>. Acesso em: 13 de junho de 2019.

PROJETO de Lei Anticrime. **UOL**. (2019). Disponível em: <<https://static.congressoemfoco.uol.com.br/2019/02/projeto-anticrime.pdf>>. Acesso em: 25 de outubro de 2019.

QUEM é Maria da Penha. **Instituto Maria da Penha**. Disponível em: <<http://www.institutomariadapenha.org.br/quem-e-maria-da-penha.html>>. Acesso em: 05 de outubro de 2019.

RELATÓRIO da Comissão Nacional da Verdade. **COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE**. (2014). Disponível em: <<http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/>>. Acesso em: 10 de agosto de 2019.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. **Globalização, Sociedade de Risco e Segurança**. FGV SB. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/41660/40855>>. Acesso em: 13 de setembro de 2019.

RICARDO, Filipe Rocha. O Direito de Intervenção como alternativa ao Direito Penal Ambiental. (2018). **Ministério Público do Estado de São Paulo**. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/Filipe-da-Rocha-Ricardo.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/Filipe-da-Rocha-Ricardo.pdf)>. Acesso em: 20 de setembro de 2019.

RICHARD, Ivan. 31 de março: militares consumam golpe contra Jango e a democracia. **EBC**. (2014). Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2014-03/31-de-marco-militares-consumam-golpe-contrajango-e-a-democracia>>. Acesso em: 06 de agosto de 2019.

RODRIGUES, Natália. Governo de Jânio Quadros. **InfoEscola**. Disponível em: <<https://www.infoescola.com/historia/governo-de-janio-quadros/>>. Acesso em: 05 de agosto de 2019.



RODRIGUES, Natália. Governo de João Goulart. **InfoEscola**. Disponível em: <<https://www.infoescola.com/historia/governo-de-joao-goulart/>>. Acesso em: 06 de agosto de 2019.

SANTIAGO, Emerson. Regime Militar. **InfoEscola**. Disponível em: <<https://www.infoescola.com/historia-do-brasil/regime-militar/>>. Acesso em: 06 de agosto de 2019.

SILVA, Daniel Neves. Estabelecimento da Igreja Católica na Idade Média. **História do Mundo**. Disponível em: <<https://www.historiadomundo.com.br/idade-media/a-igreja-medieval.htm>>. Acesso em: 12 de junho de 2019.

SILVA, Daniel Neves. Leis de Nuremberg. **História do Mundo**. Disponível em: <<https://www.historiadomundo.com.br/idade-contemporanea/leis-nuremberg.htm>>. Acesso em: 02 de julho de 2019.

SILVA, Daniel Neves. O que é absolutismo?. **Brasil Escola**. Disponível em: <<https://brasilecola.uol.com.br/o-que-e/historia/o-que-e-absolutismo.htm>>. Acesso em: 11 de junho de 2019.

SILVESTRE, Armando Araújo. Feudalismo. **InfoEscola**. Disponível em: <<https://www.infoescola.com/historia/feudalismo/>>. Acesso em: 10 de junho de 2019.

SILVESTRE, Armando Araújo. Inquisição. **InfoEscola**. Disponível em: <<https://www.infoescola.com/historia/inquisicao/>>. Acesso em: 12 de junho de 2019.

SISTEMA Eletrônico de Execução Unificado – SEEU. **PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA PARAÍBA**. Disponível em: <<https://www.tjpb.jus.br/seeu>>. Acesso em: 15 de outubro de 2019.

SOUSA, Rainer. Iluminismo. **Brasil Escola**. Disponível em: <<https://brasilecola.uol.com.br/historiag/iluminismo.htm>>. Acesso em: 07 de julho de 2019.

STF. MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.693 BAHIA. Relator: Ministro ALEXANDRE DE MORAES. DJ: 30/10/2017.

Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13976564&prclD=4173868&ad=s#>>. Acesso em: 16 de agosto de 2019.

SUSPEITOS do roubo das fotos de Carolina Dieckmann são descobertos. **Globo**. (2012). Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2012/05/suspeitos-do-roubo-das-fotos-de-carolina-dieckmann-sao-descobertos.html>>. Acesso em: 22 de setembro de 2019.

TELES, Filipe Ewerton Ribeiro. Fundamentos dos direitos humanos. **Jus**. (2017). Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/55031/fundamentos-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 04 de julho de 2019.