



**UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS**

**CURSO DE DIREITO**

**WALLACE RODRIGUES DA CRUZ**

**DIREITO PENAL COMO ÚLTIMA RAZÃO**

**JUIZ DE FORA-MG**

**2015**

**WALLACE RODRIGUES DA CRUZ**

**DIREITO PENAL COMO ÚLTIMA RAZÃO**

Monografia de conclusão de curso apresentada ao curso de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Rodrigo Ribeiro Rolli

**JUIZ DE FORA – MG**

**2015**

**FOLHA DE APROVAÇÃO**

Wallace Rodrigues da Cruz.

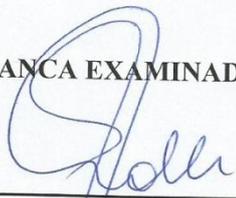
Aluno

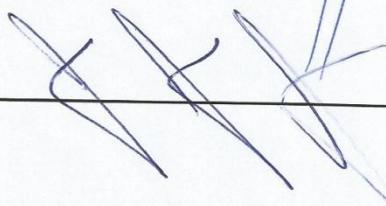
Direito Penal como ultima razão

Tema

Monografia de conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito, da Universidade Presidente Antônio Carlos / Juiz de Fora, como exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

**BANCA EXAMINADORA**







Aprovada em 01/12 / 2015.

Dedico este trabalho ao meu avô e ídolo João da Cruz (sempre presente), exemplo de vida e sabedoria, por todo carinho e amizade a mim destinados.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente Deus, por ter me acompanhado e iluminado durante todo o meu percurso.

Aos meus pais, que sempre batalharam e estiveram ao meu lado, que são as bases que me deram forças para eu ter chegado até aqui.

Ao meu orientador Rodrigo Rolli, pela solicitude, compreensão, tranquilidade, dedicação e confiança a mim destinadas no processo de elaboração deste trabalho.

A todos os meus mestres, pessoas incríveis que fizeram parte da minha jornada acadêmica, sendo essenciais à minha formação, ensinando-me e estimulando-me a cada dia.

A minha namorada Carla, pelo companheirismo, apoio e carinho diário, contribuindo para esta realização.

Aos meus avós e demais familiares, que estiveram sempre ao meu lado.

A minha tia e madrinha Rose e ao meu tio José Maria, por terem me recebido em sua residência com tanto carinho e terem me proporcionado a conquista desta nesta nova etapa da vida.

A todos os meus amigos, aqueles que já faziam parte da minha vida e aqueles que conheci durante a graduação, os quais espero que se tornem eternos companheiros.

A todos, que direta ou indiretamente contribuíram para a realização deste sonho.

Não tenha medo, tenha fé. Vá  
firme em direção à sua meta.  
Porque o pensamento cria, o desejo  
atrai e a fé realiza.

Lauro Trevisan

## RESUMO

A presente pesquisa aborda a intervenção mínima do Direito Penal e o seu caráter subsidiário na resolução de conflitos; os limites que o poder punitivo Estatal encontra em relação às garantias e princípios constitucionais. Expõe ainda sobre a obrigação do Direito Penal punir ou não, comportamentos insignificantes na seara penal, que podem ser facilmente solucionados por outros ramos do direito. Direito Penal Máximo, como um direito predominantemente sancionador, que busca punir o condenado a qualquer custo, de modo que pague pelo mal que cometeu; o Abolicionismo Penal, como forma de extinção do direito penal como forma de controle social; o Garantismo penal de Ferrajoli, que tem como máxima a garantia de um julgamento justo, baseado em princípios constitucionais garantistas, como o contraditório e a ampla defesa. Aplicação de penas alternativas e o investimento em políticas públicas, como meio de reintegração efetiva do indivíduo infrator ao meio social e prevenção da criminalidade. No que tange à metodologia, esta pesquisa é bibliográfica valendo-se da literatura especializada e de sites da área jurídica que tratam sobre o tema.

**Palavras-chave:** Direito penal mínimo. Direito Penal Máximo. Princípio da intervenção mínima. Abolicionismo penal. Garantismo penal.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>2</b>	<b>O DIREITO PENAL MÁXIMO .....</b>	<b>10</b>
<b>2.1</b>	<b>Teses Maximalistas .....</b>	<b>11</b>
<b>3</b>	<b>O ABOLICIONISMO PENAL .....</b>	<b>15</b>
<b>3.1</b>	<b>O Sistema Penal Brasileiro.....</b>	<b>16</b>
<b>3.2</b>	<b>Origem do Movimento Abolicionista .....</b>	<b>17</b>
<b>3.3</b>	<b>Correntes Abolicionistas .....</b>	<b>19</b>
<b>4</b>	<b>O DIREITO PENAL COMO ÚLTIMA RAZÃO.....</b>	<b>22</b>
<b>4.1</b>	<b>Garantismo Penal.....</b>	<b>22</b>
<b>4.2</b>	<b>A Aplicação Subsidiária ou Como Última <i>Ratio</i> do Direito Penal .....</b>	<b>24</b>
<b>4.2.1</b>	<b>Princípios Basilares e Fundamentos para a Aplicação do Direito Penal Como Última <i>Ratio</i>.....</b>	<b>26</b>
<b>5</b>	<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>30</b>
	<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>32</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O presente estudo abordará a utilização do direito penal mínimo, ou seja, a intervenção mínima deste ramo do Direito nos ilícitos, partindo da noção do que vem a ser o direito penal e quando este deve ser aplicado, para uma idéia de minimalismo penal.

O Direito, conforme a lição de Nader (2008), surge das relações humanas decorrentes da vida em sociedade, esta ciência visa garantir as condições imprescindíveis à boa convivência no meio social.

Um fato que contraria o Direito, afrontando ou expondo a perigo um bem de outrem ou a própria coletividade, é considerado um Ilícito Jurídico, que pode ter consequências de cunho civil, por exemplo, ou ensejar a aplicação de uma reprimenda penal. O primeiro caso chamamos de Ilícito Civil, que na maioria das vezes é solucionado por meio de uma compensação civil, porém, nem sempre as indenizações ou reparações cíveis são suficientes para impedir a pratica de ilícitos considerados gravosos, individual ou coletivamente.

Para inibir a prática desses ilícitos graves, que outros ramos do Direito não conseguem obstar, o Estado, através do seu poder de punir (*jus puniendi*), cria leis e aplica sanções àqueles que descumprirem seus preceitos. “Ao conjunto de normas constituídas de preceitos e sanções, damos o nome de Direito Penal.” (KHALED, 2010).

As normas penais devem ser aplicadas quando meios de solução de conflitos menos coercitivos como o Direito Civil, não são suficientes para a efetiva proteção dos bens jurídicos denominados fundamentais, quais sejam, a vida, a integridade física, dentre outros.

Como o Estado não pode aplicar sanções penais de maneira arbitrária a todo e qualquer ilícito, faz-se necessário que os Ilícitos Penais, bem como suas respectivas sanções, estejam previamente cominados em Lei.

Para evitar que o legislador crie tipificações de crime de maneira exacerbada, e como forma de limitar o poder estatal, o Estado somente deverá intervir nas relações humanas, através do Direito Penal, quando outros ramos do Direito não conseguirem extirpar a prática de atos ilícitos, valendo-se daquele somente como último recurso, última *ratio*.

Tem-se, então, como objetivo geral, esclarecer que outros ramos do Direito podem solucionar os conflitos de caráter menos gravosos, sem a intervenção do Direito Penal, discutindo autores que corroboram a ideia do tema e explicar como o Direito Penal Mínimo pode influenciar na prevenção da criminalidade. Já os objetivos específicos consistem em esclarecer que o Direito Penal deve ser o ultimo recurso utilizado pelo Estado quando da prática de um ato ilícito; apresentar alguns ramos do direito e suas respectivas áreas de

atuação; abordar os pontos positivos sobre a subsidiariedade do Direito Penal, como por exemplo, a diminuição da atividade legisferante, ou seja, da criação desnecessária de normas de caráter repressivo. E a possibilidade de aplicação da teoria da prevenção, como forma de diminuir as reprimendas penais, buscando sempre que possível, a ressocialização dos delinqüentes.

O que se pretende com esta pesquisa é esclarecer que outros ramos do Direito podem solucionar conflitos de caráter menos gravosos, sem a intervenção do Direito penal, utilizando outros meios para a solução dos ilícitos, que não sejam as reprimendas penais, para isso serão utilizados literatura específica e sites da área jurídica que exponham argumentos sobre o tema.

O primeiro capítulo, ‘O Direito Penal Máximo’, trata sobre o caráter predominantemente sancionador do Direito Penal, coloca em ênfase o poder punitivo absoluto do Estado, e algumas teses maximalistas, que defendem a aplicação indiscriminada do Direito Penal. Aborda também a evolução que as normas penais sofreram ao longo dos séculos, partindo da era absolutista, onde predominava um modelo punitivo-sancionalista extremamente rigoroso, para a era Iluminista, onde pregava-se a proteção dos direitos individuais dos cidadãos.

No segundo capítulo, ‘O Abolicionismo Penal’, discorre sobre a desnecessidade e consequente abolição do direito penal. Uma vez que, existem outras formas de controle social menos rigorosas que o direito penal, às quais se deve dar preferência, como meios de solução de conflitos. Fala-se ainda sobre a origem do movimento abolicionista, as principais correntes e pensadores que defendem o assunto, dentre eles Louk Husman.

O terceiro capítulo, ‘O Direito Penal Como Última Razão’, o principal desta pesquisa, aborda o que é a tutela penal mínima, os principais princípios que servem de base para essa teoria, tendo como principal princípio o da intervenção mínima. Trazendo a idéia de que o Direito Penal só deve ser aplicado em última *rátio*. Destarte, o fundamento principal desta pesquisa é a análise da tutela penal, e a sua finalidade precípua, observando sempre o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da intervenção mínima do direito penal, para evitar que este ramo do Direito cuide de condutas irrelevantes que podem ser facilmente tuteladas por outros ramos do Direito.

## 2 O DIREITO PENAL MÁXIMO

Durante toda a história da humanidade, sempre houve e sempre haverá uma forma, um instituto de controle social. Sem uma lei que imponha limites aos homens, estes irão fazer tudo o que lhes convier, levando em conta apenas interesses próprios. Como já dizia Thomas Hobbs, sem controle só há um destino, a guerra de todos contra todos.

É justamente para impor limites e manter a boa convivência entre os seres humanos que existe o Direito Penal. Este ramo do Direito é considerado um meio de controle social formal, justamente por ter sido constituído com a finalidade de controle e tutela de bens jurídicos (KHALED JR, 2010, p. 1).

Ao longo dos anos, as normas penais sofreram grandes evoluções, partindo da era absolutista, onde o modelo punitivo era extremamente rigoroso, para a era iluminista. O iluminismo surgiu por volta dos séculos XVII e XVIII na Europa, em meio ao conflito entre os reis e a burguesia, devido ao descontentamento desta classe com as leis da época e crueldade com que os condenados eram castigados. Vários pensadores, dentre eles Voltaire e Jean-Jacques Rousseau, ambos filósofos franceses, escreveram várias obras onde faziam críticas às atrocidades da época e defendiam os direitos individuais dos cidadãos. Neste período, considerado humanitário, tinha-se por escopo a redução dos abusos punitivos do governo absolutista e a mitigação na aplicação das penas. (OSHIMA, 2013).

No século XIX as ideias Iluministas perderam a eficácia devido ao aumento da criminalidade, pluralidade de crimes que se criaram e pelas altas taxas de reincidência.

Nesta mesma época surgiram varias escolas e teorias destinadas a estudarem os criminosos e chegar a uma conclusão sobre os motivos que levam o ser humano a cometer crimes. Dentre as escolas destacam-se a Escola Positiva Italiana e a Escola Francesa as quais tinham teorias sobre os delinqüentes, procuravam identificar quais pessoas estavam mais propensas a delinquir, para isso levavam em conta a anatomia humana e o meio onde o criminoso crescia. (OSHIMA, 2013).

Neste mesmo contesto histórico, motivadas pelas várias teorias sobre o crime, surgem três tipos de políticas criminais, quais sejam: abolicionismo penal; neo-realismo de esquerda maximalista e minimalismo penal, cada uma com entendimento próprio sobre a necessidade ou não de termos um Direito Penal predominantemente sancionador em nosso ordenamento jurídico.

Apesar de todas as teorias criadas ao longo dos anos, o primeiro instrumento lembrado, quando se fala em criminalidade, é o Direito Penal, o qual é aplicado como

reprimenda a uma conduta criminosa. Na tentativa de conter os atos criminosos, criam-se novos tipos penais, aumenta-se as penas já existentes, tratam os delinqüentes como verdadeiros “inimigos” do Estado, o que acaba por restringir, cada vez mais, seus direitos e garantias fundamentais. A este conjunto de normas de caráter sancionalista objetivadas a punir a qualquer custo, deu-se o nome de ‘eficientismo penal’ ou ‘direito penal máximo’.

Para os adeptos à teoria do Direito Penal máximo, não é possível abrir mão do Direito Penal como meio de conter a violência, pelo contrário, defendem a sua ampliação, com a tipificação de novas condutas como criminosas, o aumento da duração das penas de prisão e um regime mais rigoroso de cumprimento das sanções. Essa corrente, parte da idéia de que o Direito Penal é o único meio eficaz para afastar qualquer conduta relacionada à violência existente no meio social, portanto, seu uso, além de necessário é indispensável. (ROBALDO, 2009).

E ainda, segundo Medeiros (2013, p. 1):

O Direito Penal Máximo procura amplificar consideravelmente a tutela dos bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal, enfatizando a atuação do Estado como principal mecanismo repressor das condutas delitivas, de modo a tornar a escolha dos comportamentos criminosos mais abrangentes.

## 2.1 Teses Maximalistas

Dentre as teses ultra-radicais, dos que defendem a aplicação indiscriminada do Direito Penal Máximo destacam-se:

### a) Teoria das janelas quebradas:

Criada pelo cientista político James Q. Wilson e o psicólogo criminologista George Kelling, esta teoria preceitua que, mesmo diante de uma pequena violência temos que punir, para impedir que ela se torne ainda maior e passe a corromper um número indiscriminado de pessoas.

Para coibir a criminalidade, segundo a teoria em questão, é necessário combater a micro criminalidade e a macro criminalidade. Os defensores desta teoria acreditam que quando são praticadas pequenas falhas como, por exemplo, exceder o limite de velocidade, e estas não são reprimidas, de imediato começariam a ser praticadas falhas cada vez mais graves.

Segundo Rubin (2003, p.1):

Kelling e Wilson sustentavam que se uma janela de uma fábrica ou de um escritório fosse quebrada e não fosse imediatamente consertada, as pessoas que por ali passassem concluiriam que ninguém se importava com isso e que, naquela localidade, não havia autoridade responsável pela manutenção da ordem. Em pouco tempo, algumas pessoas começariam a atirar pedras para quebrar as demais janelas ainda intactas. Logo, todas as janelas estariam quebradas. Agora, as pessoas que por ali passassem concluiriam que ninguém seria responsável por aquele prédio e tampouco pela rua em que se localizava o prédio. Iniciava-se, assim, a decadência da própria rua e daquela comunidade. A esta altura, apenas os desocupados, imprudentes, ou pessoas com tendências criminosas, sentir-se-iam à vontade para ter algum negócio ou mesmo morar na rua cuja decadência já era evidente. O passo seguinte seria o abandono daquela localidade pelas pessoas de bem, deixando o bairro à mercê dos desordeiros. Pequenas desordens levariam a grandes desordens e, mais tarde, ao crime.

b) Tese da tolerância zero:

Criada pelo Prefeito Americano Rudolph Giuliani em 1994, a tese radical chamada tese da Tolerância Zero, constitui uma derivação da Teoria Das Janelas Quebradas o que faz com que as duas teorias se assemelhem. A Tese da Tolerância Zero aduz que toda e qualquer infração deve ser tratada com o mesmo rigor, independente de tratar-se de infrações menos graves ou pequenas infrações, estas devem sofrer repressões como qualquer outra.

Não é somente a diferença entre as classes sociais, o nível elevado de desemprego e a falha na educação que levam um indivíduo a cometer crimes. A tolerância do Estado em relação aos pequenos delitos cometidos diariamente, pode ser considerada uma das principais causas que acaba por incentivar os indivíduos a praticarem crimes, uma vez que os pequenos delitos não sofrem repressão imediata e com o mesmo rigor aplicado aos demais atos criminosos, a sensação de impunidade acaba tomando conta de toda a sociedade.

Apesar de repercutir para muitos como uma teoria repressiva, seus adeptos asseguram que a mesma visa a prevenção e segurança social, aplicando penalidades não somente aos delinquentes comuns, mas também às autoridades corruptas, de modo que a tolerância seja zero não em relação à pessoa que comete o crime, mas sim em relação ao próprio delito.

c) Teoria do direito penal do inimigo:

Através de pensadores como Rousseau, Kant, Hobbes e Beccaria, desde a era absolutista, pode-se identificar a presença de um “inimigo” na sociedade, um indivíduo que a princípio não aceita o contrato social pactuado e coloca em risco os bens jurídicos tutelados,

um ser daninho, que deveria ser banido da sociedade, visto que poderia contagiar os demais indivíduos. Os sujeitos assim considerados deveriam sofrer repressões, castigos físicos, deveriam pagar com o próprio corpo, como meio de retribuição pelo mau que causassem a outrem, para que não voltassem a delinquir e para servir de exemplo, a fim de que outras pessoas não cometessem os mesmos crimes. (AGUIAR; LEONELLO, 2014).

Não se está mais sob a égide da legislação absolutista, a qual foi tão criticada por alguns pensadores da época, dentre eles Cesare Beccaria, legislação esta composta por julgamentos secretos, tortura empregada como meio de obtenção de provas, confisco de bens do condenado, suplícios públicos, dentre outras sanções; o que só foi possível graças às lutas contra as arbitrariedades do Estado. Com a evolução humana, atualmente estamos vivendo num Estado democrático de Direito, que tutela direitos e garantias individuais dos cidadãos, como a vida, liberdade, saúde, dignidade, dentre outros, e mesmo no contexto legal atual o Direito penal Máximo ainda é abordado por alguns doutrinadores, através do chamado Direito Penal do Inimigo.

O Direito Penal do Inimigo não é considerado algo novo, visto que, como já exposto anteriormente, sempre existiu um direito penal mais rigoroso imposto àquele que contrariasse as normas impostas pelo Estado. Porém, surge dentro do Estado Democrático de Direito, uma nova variante do direito penal do inimigo. (AGUIAR; LEONELLO, 2014).

O Direito Penal existe para reprimir a prática das condutas contrárias ao ordenamento jurídico, e que exponham a perigo os bens jurídicos tutelados, objetivando a segurança e o bem estar social. Mesmo com o caráter repressivo e aplicações de sanções o numero de delitos continua crescendo no mundo todo, e é justamente para manter a ordem e o bem estar social que surgiu na Alemanha, através de seu maior percussor Günther Jakobs, a teoria do Direito Penal do Inimigo.

Segundo Aguiar e Leonello (2014, p. 1) “são considerados inimigos aqueles que praticam crimes como o terrorismo, o tráfico de drogas, o crime organizado, e outras novas figuras decorrentes dos avanços tecnológicos trazidos pelo mundo globalizado.”

E ainda, segundo Silva (2012, p.1):

O ordenamento jurídico pátrio não fica de fora da tendência mundial de expansão legislativa no âmbito penal que têm com objetivo combater ostensivamente à criminalidade, por meio da aplicação do Direito penal do inimigo [...]

A doutrina majoritária aponta como exemplos do Direito penal do inimigo no sistema jurídico brasileiro, o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), a Lei 9.614/98 que trata do abate de aeronaves suspeitas, e a Lei de crimes hediondos antes da alteração da Lei 11.464 de 28 de março de 2007.

O Direito Penal do Inimigo diferencia-se do Direito Penal padrão, também chamado de Direito Penal do Cidadão, devido ao modo de tratamento dos “inimigos”. Segundo o posicionamento de Luis Gracia Martín citado no texto de Aguiar e Leonello (2014, p. 01), algumas das principais regras que diferenciam estes modelos de Direito Penal, as quais são aplicadas apenas aos considerados ‘inimigos’, são:

- 1- antecipação da punibilidade com a tipificação de atos preparatórios, criação de tipos de mera conduta e perigo abstrato;
- 2- desproporcionalidade das penas;
- 3- restrição de garantias penais e processuais penais;
- 4- determinadas regulamentações penitenciárias ou de execução penal, como o regime disciplinar diferenciado recentemente adotado no Brasil.

Fica claro que ao defender uma espécie de Direito Penal mais rígido, os adeptos à teoria do Direito Penal do Inimigo buscam uma maior repressão e conseqüentemente a redução dos crimes que “intitulam” os indivíduos que os praticam como “inimigos”. Para isso, deixam de lado algumas garantias fundamentais conquistadas na era do iluminismo e voltam a traçar regras semelhantes às da era absolutista, defendendo o uso do Direito Penal Máximo e inobservância dos princípios constitucionais básicos, como único meio eficaz a coibir a atuação dos delinqüentes em questão.

As regras sobre as quais se pautam o Direito Penal do Inimigo são rígidas, aplicadas exclusivamente aos que se adéquam às ações típicas de um “inimigo”, aos que pratiquem crimes que resultem numa situação de risco para toda sociedade. Aplicadas, conforme expressa Goya (2012, p. 1), “a todos aqueles que contrariam as normas por princípio e que por isso não podem ser tratados como cidadãos.”

### 3 O ABOLICIONISMO PENAL

O ser humano vive em sociedade desde os primórdios de sua existência, relacionando-se com outras pessoas através de contatos familiares, profissionais, dentre outros. A civilização surgiu através da necessidade humana de uma organização social, visto que a falta de normas que regulamentassem a convivência, bem como a liberdade generalizada, geravam um panorama de incertezas, onde não havia limites impostos que salvaguardassem os direitos individuais de cada cidadão. Sendo assim, foi necessário que o homem que buscava a paz social, sacrificasse uma parte da sua liberdade para viver com mais segurança.

Rousseau e outros pensadores, do século XVIII, criaram a partir dessa nova forma de convivência a teoria do contrato social, onde todos os cidadãos realizam um pacto com o Estado, abrindo mão de parte de sua liberdade e passavam obedecer a certas normas criadas, buscando o bem comum. (OSHIMA, 2013).

Este convívio em sociedade gerou a necessidade da criação de organismos que mantivessem a ordem, e a paz e social, dentre eles, destaca-se o Direito Penal.

O Direito Penal foi instituído como regulamentador das condutas humanas em sociedade, e como já abordado nesta pesquisa, passou por diversas mudanças ao longo dos anos, desde aquele modelo de sanções baseadas nos castigos físicos e torturas, até o modelo atual, prisional, que conhecemos. Esta regulamentação social se estabelece através da aplicação de sanções.

O poder de punir aqueles que descumprem as normas penais é dado ao Estado, o qual também cria as leis, e observa seu cumprimento, exercendo assim, o controle social. O Direito Penal é a expressão mais rígida de controle social, possuído por escopo a punição dos agentes infratores e com isso intimidação dos demais cidadãos para que estes não cometam crimes, ficando evidente seu caráter preventivo/punitivo. (NERY, 2005).

Existem outras formas de controle social, capazes de influenciar o comportamento do cidadão em sociedade, bem como sua opinião acerca de determinado assunto, dentre elas destacam-se a religião, a escola, a mídia, dentre outras. (RASSI, 2008).

Para os que defendem a teoria do abolicionismo penal, deve-se dar preferência a outras esferas de controle, que não sejam a penal, a fim de evitar os danos que a interferência do Direito Penal possa causar. Porém deve haver um cuidado na escolha das formas de controle, pois algumas acabam por intensificar ou até mesmo desvirtuar a aplicação de uma norma penal.

A divulgação das infrações através da mídia, com a finalidade de conseguir uma maior audiência, acaba por intensificar o terror e a insegurança gerada pela violência, o que faz com que o controle social, baseado na intervenção do sistema penal, seja visto aos olhos da população, como única forma de reprimir as condutas, o que acaba por contribuir com um maior rigor na aplicação das sanções pelos Órgãos Estatais, e influenciar estes a tomarem providências baseadas na opinião publica. Por exemplo, um crime doloso contra a vida a ser julgado pelo tribunal do júri. A partir do momento que for divulgado pelos veículos midiáticos acaba por interferir na opinião dos jurados, pois gera um preconceito que poderá prejudicar a análise de informações importantes sobre o caso, que lhes são passadas exclusivamente durante o julgamento, o que acaba por prejudicar os direitos e garantias fundamentais do réu. (SILVA, 2013).

O poder dever do Estado de punir não é absoluto, uma vez que encontra limites nas garantias individuais do cidadão, sendo que, a partir do momento que estas deixam de ser observadas, a aplicação da norma penal não se torna totalmente eficaz.

### **3.1 O Sistema Penal brasileiro**

O sistema penal visa analisar o delito e o infrator, desde o cometimento do crime, até a criação de normas penais e o cumprimento destas.

Segundo Zaffaroni; Pierangeli (1997, p. 70):

[...] chamamos de sistema penal ao controle social punitivo institucionalizado, que na prática abarca a partir de quando se detecta ou supõe detectar-se uma suspeita de delito até que se impõe e executa uma pena, pressupondo uma atividade normativa que cria a lei, que institucionaliza o procedimento, a atuação dos funcionários e define os casos e condições para esta atuação.

O sistema penal é compreendido pelo Poder Legislativo, que cria as leis; pelo Poder Judiciário e forças policiais, que têm por função colocar em pratica e fazer cumprir as Leis e pelos Órgãos de Execução, aos quais competem dar cumprimento às decisões judiciais.

A pena privativa de liberdade tornou-se o principal meio de coerção e manifestação do Direito Penal no Brasil. Ao promover a execução penal, o Estado busca, além do efetivo cumprimento da pena, a ressocialização do condenado. (DIAS, 2010).

A Lei de Execução Penal (Lei nº7.210, de 11 de julho de 1984), não possui somente caráter sancionalista, visando única e exclusivamente a punição. Muitos dos seus dispositivos tratam dos direitos individuais do condenado, que deve ser tratado como pessoa, como por

exemplo, quando trata da saúde, higiene e alimentação dentro das prisões, dispõe também, em seu artigo 1º que: “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”, o que deixa claro a sua finalidade de ressocialização.

Porém, apesar dos preceitos da lei supracitada serem tão bem elaborados e aparentemente eficientes, a realidade se mostra bem diferente, uma vez que, o que se observa hoje em nosso país é a superlotação carcerária, a violência dentro das prisões e o número elevado de reincidências criminais existentes no Brasil.

O sistema penal tem como função proteger os bens jurídicos mais importantes para a convivência em sociedade. É uma forma de controle social, pois utiliza o direito de punir do Estado para desempenhar suas funções através da pena. Além de definir crimes e impor sanções, o Direito Penal também visa garantir os direitos individuais dos cidadãos. (NERY, 2005).

A crítica feita pelos abolicionistas ao sistema está pautada na eficácia das normas penais, e na capacidade de por si só resolver os problemas relacionados à criminalidade.

### **3.2 Origem do Movimento Abolicionista**

Com a modernização surgem novas formas de condutas delitivas e, com isso, uma maior necessidade da tutela do direito penal, com a criação de novas leis e tipificação de novas condutas como criminosas, como por exemplo, a tipificação criminal de delitos informáticos. Apesar de haver um excesso de leis, a criminalidade só aumenta, gerando assim uma sensação de insegurança e impunidade.

Recentemente houve uma proposta de emenda à Constituição (PEC), que busca a redução da maioria penal de 18 para 16 anos, no caso de crimes de homicídio doloso, lesão corporal seguida de morte e crimes hediondos, a qual está sendo muito discutida, com fortes argumentos a favor e contra. Um dos argumentos mais fortes contra a redução, diz respeito à qualidade da educação no Brasil, de modo que o investimento em educação para os jovens é uma forma muito mais eficiente de combate à criminalidade do que investir em prisões. Outro argumento contra, aborda o elevado índice de reincidência nas prisões brasileiras, o que demonstra que o jovem poderá não ser ressocializado.

Como se pode observar, o legislador busca sempre na expansão da área de atuação do Direito Penal uma solução para o problema da criminalidade, o que é questionado por parte da doutrina, e vai de encontro às teses abolicionistas.

Segundo Sá (2013, p. 1):

Para os abolicionistas, o Direito Penal é considerado como um mau causador de dificuldades, constituindo assim, uma máquina impossibilitada de solucionar os litígios de uma coletividade abarrotada de desigualdades. Para os adeptos deste movimento o sistema penal, ao contrário de ressocializar o agente delitivo, prolifera a violência.

Ainda, conforme preleciona Ferreira (2013, p. 1):

Um aspecto importante segundo a argumentação dos abolicionistas, é que a história passada e a presente têm mostrado que o direito penal não conseguiu resolver as questões para as quais foi criado. Pelo contrário, não raro, está envolvido numa espiral que tem contribuído não só para alimentar o círculo vicioso da violência e da delinquência social, como se transformou num puro instrumento do poder arbitrário sem qualquer outra finalidade que não seja a materialização da política conjuntural do poder instituído. Argumentam que, apresentando-se como preventivo e garantidor da segurança das pessoas, o direito e o sistema penal modernos tornaram-se, na verdade, muitas vezes um agente da própria violência e incerteza. Decorre daí a crença de que só a abolição do direito penal, e não simplesmente a mera descriminalização, permitirá às ciências criminais uma abordagem multidisciplinar do mesmo fenômeno, assim como a substituição do primado da punição sobre o delinqüente pela conseqüente valorização e intervenção das vítimas e de toda a comunidade no sentido de garantir a justiça compensatória que o delito praticado venha a determinar e exigir. Pouco a pouco, emerge daí um novo paradigma de justiça social diametralmente diverso daquele que tem existido nas nossas sociedades, e que tem no aparelho repressivo do Estado o seu principal esteio e na pena privativa de liberdade a sua penalidade de eleição, com todo o cortejo de perversões e contra-sensos que tem acompanhado o sistema penitenciário e as prisões em geral.

Muitos doutrinadores destacam o fim da Segunda Guerra Mundial como a época do nascimento do Abolicionismo Penal. Porém, esse movimento só ganhou força nas décadas de 60 e 70.

O Abolicionismo Penal não pode ser confundido como a mera descriminalização, visto que esta apenas deixa de considerar como tal, certa conduta que antes era considerada criminosa, ou seja, o fato deixa de ser típico, antijurídico e culpável. Como o Direito é mutável e por ser uma ciência social deve acompanhar a evolução da sociedade, certas condutas deixam de ter relevância jurídica ao longo dos tempos, como aconteceu com o dispositivo penal que tratava do crime de adultério, o qual se encontra revogado, visto que esta conduta, hoje em dia, carece dos elementos que caracterizam o crime.

Já o Movimento Abolicionista, sustenta a ilegitimidade do sistema penal atual, bem como de qualquer outro que vier a surgir, defende meios alternativos de solução de conflitos, baseado no diálogo e nos acordos. Sendo assim, fica claro que a teoria abolicionista é

extremamente radical, visto que, visa extinguir as prisões, bem como o próprio Direito Penal. (SILVA, 2002).

É uma forma de expressão do jusnaturalismo que possui como finalidade o banimento do direito positivo, e o uso exclusivo das leis naturais, sem a intervenção do poder estatal.

De acordo com Garcia e Molina (2002, p. 524):

[...] desde o final dos anos 60, surgiram nos países anglo-saxônicos movimentos de opinião favoráveis à busca de vias alternativas ao sistema legal (*diversion*), isto é, instâncias não-oficiais e mecanismos informais que possam resolver com eficácia e menor custo os conflitos. Com esse pensamento, com o passar dos anos, o movimento abolicionista firmou-se. (grifo do autor).

Louk Hulsman foi o principal percussor do Abolicionismo Penal, para ele o delito não existe, uma vez que os atos que são intitulados “criminosos” na visão abolicionista, são atos criminalizáveis, e que somente através das leis e da justiça criminal poderão se tornar crimes. Por isso, sugere o uso da expressão situação-problema, ao invés de crime, para intitular determinada situação, uma vez que aquela deixa a cargo dos interessados a interpretação do fato acontecido e ao ser denominado crime, por si só, já remete a uma idéia de sanção. (SALLES, 2013).

### 3.3 Correntes Abolicionistas

Segundo Sá (2013, p.1), o Movimento Abolicionista é dividido em três correntes, quais sejam:

- a) Denominada por muitos autores como Radical ou Fenomenologica, tem como seu principal preconizador Louk Husman. [...] prega a eliminação do sistema penal como um todo, não admitindo, para tanto, a intervenção do Estado na resolução dos conflitos. É, o sistema penal considerado como um mal em si mesmo, um procedimento incapaz de solucionar os problemas para os quais se propõe. Louk tem como principal proposta afastar o Estado de todo e qualquer litígio, objetivando, com isso, dar uma visão sociológica acerca do fato, eliminando os termos crime e criminalidade reestruturando-os em forma de problemas sociais. Para os adeptos da Criminologia Tradicional essa corrente de pensamento, também, pode ser chamada de Anarquismo Penal;

b) A segunda teoria possui como precursor Thomas Mathiesen [...] funda o seu entendimento no ideário marxista, o qual vincula a norma penal à organização do sistema capitalista. Thomas prega apenas o banimento da prisão, já que esta constitui, para ele, um mero instrumento de ação política contra as classes sociais mais desfavorecidas e que, na maioria das vezes, só atrapalha a eficácia do próprio sistema penal. Matheinsen sustenta ainda que não existe teoria acabada por mais perfeita que esta possa parecer tendo em vista que a sociedade vive em constante evolução, fato este que culmina na necessidade de estudos contínuos para que possibilite a adequação do abolicionismo à realidade fática da sociedade.

c) A terceira teoria possui como expoente Nils Christie. [...] fundamenta a sua concepção na ideia de que deve ser abolida toda e qualquer sanção penal que comine dor ou sofrimento pessoal, já que baseia suas ideias em rígidas regras morais, desse modo, é visto como um comportamento insuportável infringir sofrimentos ao indivíduo.

A teoria abolicionista é muito criticada, uma vez que, os que defendem a necessidade do sistema penal, apresentam como principal argumento para a sua existência o caráter preventivo da norma penal. Isso porque, havendo a punição em razão da prática de determinados atos, todos ficariam intimidados e, por isso, não agiriam da forma a cometer delitos.

Ferrajoli (2010, p. 335) faz um crítica ao pensamento abolicionista, pois o abolicionismo não leva em contra que a pena também pode ser usada como medida protetiva:

[...] ao monopolizar a força, delimitar seus pressupostos e modalidades e excluir seu exercício arbitrário por parte de sujeitos não autorizados, a proibição e a ameaça penal protegem as possíveis partes ofendidas contra os delitos, enquanto que o juízo e a imposição da pena protegem, por paradoxal que possa parecer, aos réus (e aos inocentes de quem se suspeita como réus) contra vinganças e outras reações mais severas. Sob ambos os aspectos a lei penal se justifica enquanto lei do mais fraco, orientada à tutela de seus direitos contra a violência arbitrária do mais forte.

O ser humano necessita de regras, de limites, de um poder maior que restrinja os seus direitos e a sua liberdade para que não prejudique os direitos dos outros. A partir do momento em que um indivíduo comete um crime ele necessita sofrer uma reprimenda, más que esta seja aplicada de modo que ele realmente se arrependa de ter cometido determinada conduta, é esse o entendimento de Michel Foucault, que apesar de não ser considerado um abolicionista, critica o modelo de repressão penal baseado na força, nos castigos físicos. Para ele, o indivíduo é constituído a partir do meio exterior em que vive, por isso traz a idéia de ‘sujeito cognoscente’, em seu livro *Dos Delitos e Das Penas*, sujeito esse que deverá ser trabalhado, remodelado, pois o indivíduo aprende e conhece aquilo que está a sua volta.

O pensamento de Foucault se assemelha com a teoria abolicionista, no que tange o uso de medidas alternativas, porém ele não prega a abolição total do direito penal, apenas o uso de algumas formas de repressão que não seja por meio da força.

Os movimentos de política criminal foram se dissipando ao longo dos anos e ganhando ramificações. Do Abolicionismo Radical surge uma espécie dessa corrente, denominada de abolicionismo moderado ou minimalismo penal, que prega a intervenção mínima do Direito penal. (RASSI, 2008).

O direito penal não deve atuar sozinho, devem ser aplicadas outras medidas de solução de conflitos, como por exemplo, a reparação civil, acordo, arbitragens dentre outras que busquem a solução imediata de determinado litígio sem que haja necessidade interferência do Direito Penal, o qual deve ser acionado somente em última *ratio*.

## 4 O DIREITO PENAL COMO ÚLTIMA RAZÃO

Conforme já abordado nos capítulos anteriores, o Estado realiza o controle social, por meio do seu ordenamento jurídico, o qual é compreendido por: leis civis, trabalhistas, empresariais, tributárias, administrativas, penais, normas constitucionais dentre outras. Através desse conjunto de normas, que constituem o ordenamento jurídico, o Estado impõe obrigações de se cumprir o que as leis determinam, como por exemplo, obedecer a determinadas regras trabalhistas, reparar um dano causado a outrem, cumprir certas sanções administrativas ou penais.

O Estado, por intermédio do Direito Penal, em defesa dos interesses da sociedade, interfere na liberdade do cidadão, porém, essa interferência não pode se dar a qualquer custo, uma vez que existem certos limites constitucionais, que materializam-se principalmente através de princípios, que devem ser observados pelo legislador e operadores do direito, tanto na criação quanto na aplicação de uma norma ao caso concreto.

Diante disso, entende-se que a função precípua do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos essenciais à boa convivência social.

### 4.1 Garantismo Penal

A teoria do Garantismo Penal, criada pelo jusfilósofo italiano Luigi Ferrajoli, consiste na tutela dos direitos fundamentais e na limitação do poder Penal Máximo. Para Ferrajoli (2010, p. 90) “a função específica das garantias no direito penal [...], na realidade não é tanto permitir ou legitimar, senão muito mais condicionar ou vincular e, portanto, deslegitimar o exercício absoluto da potestade punitiva”.

Ainda segundo Ferrajoli (2010, p. 786):

[...] sob o plano epistemológico o garantismo penal se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o ponto de vista político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É, conseqüentemente, “garantista” todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente.

Porém, o garantismo não é apenas legalismo, ou seja, não constitui apenas aquilo que a Lei protege. É também, sinônimo de um Estado Democrático de Direito, fundado por uma Constituição que garante os direitos fundamentais dos cidadãos.

Conforme ensinamentos de Ferrajoli (2010, p. 91):

[...] existem dez princípios axiológicos fundamentais, os quais definem o modelo garantista de direito ou de responsabilidade penal, os quais foram elaborados, sobretudo, pelo pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, que os concebera como princípios políticos, morais ou naturais de limitação do poder penal “absoluto”.

São eles:

- 1- *Nullapoenasine crimine* (não há pena sem crime);  
Princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito.
- 2- *Nullumcrimensine lege* (não há crime sem lei);  
Princípio da legalidade no sentido lato ou no sentido estrito.
- 3- *Nulla Lex (poenalis) sinenecessitate* (não há lei penal sem necessidade);  
Princípio da necessidade ou da economia do direito penal.
- 4- *Nullanecessitassine injuria* (não há necessidade sem ofensa);  
Princípio da lesividade ou da ofensividade do evento.
- 5- *Nulla injuria sineactione* (não há ofensa sem ação);  
Princípio da materialidade ou da exterioridade da ação.
- 6- *Nullaactiosine culpa* (não há ação sem culpa);  
Princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal.
- 7- *Nulla culpa sine judicio* (não há culpa sem processo);  
Princípio da jurisdicionariedade, também no sentido lato ou no sentido estrito.
- 8- *Nullum judicium sineaccusatione* (não há processo sem acusação);  
Princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação.
- 9- *Nullaaccusatio sine probatione* (não há acusação sem provas);  
Princípio do ônus da prova ou da certificação.
- 10- *Nullaprobatio sine defensione* (não há prova sem defesa).  
Princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade.

Esses dez princípios garantistas são limites ou proibições que protegem o cidadão contra o arbítrio penal. Deve haver sim sanção aos infratores, mas levando-se em conta a dignidade da pessoa humana, garantindo assim um julgamento justo, com observância dos direitos individuais, mesmo que estes direitos sejam incompatíveis com o interesse e pretensão punitiva estatal.

Ainda, segundo Ferrajoli (2010, p. 101):

[...] 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 de seu autor, 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.

O Garantismo Penal possui uma relação com o direito penal mínimo, pois ambos não afastam a necessidade da tutela penal, e visam proteger as liberdades e garantias dos indivíduos em relação ao arbítrio punitivo.

#### 4.2 A Aplicação Subsidiária ou Como Última *Ratio* do Direito Penal

Alguns estudiosos do Direito Penal, denominados maximalistas, defendem a tese de que este deve ser a *prima ratio*, ou seja, a primeira e principal solução dos conflitos existentes em sociedade, entendem ainda, que as garantias do indivíduo sujeito à persecução criminal devem ser as mínimas possíveis, uma vez que os interesses do Estado e a sua finalidade precípua de proteger a sociedade e de punir, deve prevalecer sobre os direitos dos criminosos.

Outros, denominados minimalistas, são defensores da idéia de que o Direito Penal só deverá ser aplicado quando outros meios de controle social não forem suficientes para inibir certas condutas.

Para inibir a prática de condutas consideradas graves, que outros ramos do Direito não conseguem obstar, o Estado, através do seu poder de punir (*jus puniendi*), cria leis e aplica sanções àqueles que descumprirem seus preceitos, realizando assim o controle social.

O “*Ius puniendi*” é o direito atribuído ao Estado de sancionar, punir, todo indivíduo que pratica um fato tipificado como crime. Sendo que, as sanções penais devem ser aplicadas quando meios de solução de conflitos menos coercitivos como, por exemplo, o Direito Civil, não forem suficientes para a efetiva proteção dos bens jurídicos denominados fundamentais, quais sejam: a vida, a integridade física, dentre outros. (SILVA, 2008).

Como esses bens jurídicos fundamentais são tutelados em benefício da sociedade, o Estado não permite que a aplicação da norma penal ao transgressor, fique a cargo do particular. Quando ocorre uma infração penal, cabe ao próprio Estado, por meio de seus órgãos, fazer cumprir a Lei. (TOURINHO FILHO, 2001).

Segundo Khaled Jr. (2010, p. 6):

[...] ainda que limitado pelos pressupostos da legalidade, o *jus puniendi* é exercido de forma coativa por parte do Estado, que detém o monopólio do uso legítimo da força, através de seu poder de império. Este monopólio não se transfere mesmo nos casos de ação processual penal privada, pois ainda assim cabe ao Estado executar a sentença condenatória, ou seja, exercer o *jus puniendi*. Somente ocorre transferência do *jus persequendi*.

Apesar de o Estado ser o único que possui o *ius puniendi* este poder não pode ser utilizado de forma indiscriminada, pois, além estar limitado pelo interesse público, encontra-se limitado também ao princípio da reserva legal (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), previsto no art. 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal de 1988, o qual dispõe que as normas penais incriminadoras somente podem ser criadas por lei em sentido estrito, não podendo o Estado punir de acordo com a sua vontade, o preceito da norma deve está previamente cominado em lei. (GUIMARAES; URUÇU REGO, 2009).

Segundo Gomes (2011, p. 1):

[...] a pessoa é o foco primordial de tutela e, por isso, embora o Estado possa aplicar sanções àqueles que incorreram em infrações penais, a pena aplicada obrigatoriamente deve respeitar os princípios constitucionais expressos na Constituição. O Estado tem o dever de zelar pela integridade dos seus cidadãos e, necessariamente buscar limites ao seu direito de punir.

É evidente que o controle social realizado pelo Direito Penal é o mais rígido, já que a sanção penal restringe o direito de liberdade do cidadão, o que configura uma interferência do Estado na liberdade das pessoas. É por isso que a Constituição Federal de 1988 bem como a própria legislação penal, traz princípios explícitos ou implícitos, como os expostos no item anterior, que, como já dito, configuram limites ao poder punitivo estatal, sendo assim fica claro que o Estado poderá sim impor sanções e punir os infratores, más não a qualquer custo.

A função do Direito Penal é a proteção dos bens jurídicos essenciais à boa convivência social, porém de forma subsidiária e como última *ratio*.

A expressão última *ratio* significa última razão, ou seja, como última opção, somente diante do fracasso de outros ramos do Direito em relação à proteção dos bens jurídicos relevantes.

A seguir têm-se alguns ramos do direito e suas principais funções:

Direito Empresarial ou Direito Comercial – É o ramo das ciências jurídicas, que irá cuidar da atividade empresarial. Possui disposições próprias no Código Civil, que devem ser aplicadas para solucionar os conflitos antes de se aplicar normas penais. É o caso da desconsideração da personalidade jurídica das empresas, em caso de confusão entre o patrimônio da empresa e dos sócios, com o fim de fraude, onde busca-se responsabilização pessoal dos sócios e administradores, para satisfazer os compromissos firmados pela empresa. Primeiro deve ser utilizado esse artifício que o Artigo 50 do Código Civil garante, para somente depois, averiguar se essa confusão patrimonial configura crime, como um estelionato por exemplo.

Direito do Trabalho - O Direito do Trabalho é um ramo jurídico especializado, que regula a relação laborativa através de normas que garantem os direitos dos trabalhadores. Os dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho regulamentam as relações trabalhistas, e devem ser utilizados para solucionar os conflitos entre empregados e empregadores, sendo que o Direito Penal só deverá ser utilizado caso esse conflito seja tipificado como criminoso e não possua outra forma de reparação. Por exemplo, o assédio moral no local de trabalho, onde os trabalhadores são expostos constantemente a situações humilhantes e constrangedoras. Neste caso uma indenização por dano moral pode ser suficiente, sem a necessidade do oferecimento de uma queixa crime, por um crime contra a honra.

Direito Tributário, segundo Mafra (2005, p. 1):

[...] este ramo da ciência do direito trata do estabelecimento de um conjunto sistematizado de normas para controlar a ação do Poder Público sobre as riquezas individuais, a título de tributação, ou seja, de arrecadação das divisas necessárias para garantir a sua existência econômica e o seu próprio sustento.

Sendo assim, quando uma pessoa deixa de pagar um tributo, há de se tomar providências existentes nas normas tributárias, para que o poder Público consiga arrecadar esse tributo, como por exemplo, um parcelamento, uma dação em pagamento, pois pode tratar-se apenas de uma inadimplência e não de um crime de sonegação fiscal, previsto no artigo 1º, I, da Lei nº 8.137/90, que se caracteriza com a conduta de “omitir informação ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias”.

Fica claro, que algumas condutas não precisam ser sancionadas com normas penais. Há recursos em outros ramos do Direito, que podem solucionar comportamentos que lesam direitos.

#### **4.2.1 Princípios Basilares e Fundamentos para a Aplicação do Direito Penal Como Última *Ratio***

Os princípios da Intervenção Mínima, da Subsidiariedade e da Fragmentariedade do Direito Penal, são princípios constitucionais implícitos, que norteiam a aplicação do direito penal como última *ratio*, uma vez que, por si só, formam um conceito de uso do Direito Penal como última instância.

a) Princípio da Intervenção Mínima:

Segundo Cezar Roberto Bitencourt (2003, p. 11):

[...] o princípio da intervenção mínima é aquele que orienta e limita o poder penal violento do Estado. Para que este último seja aplicado faz-se necessário o esgotamento de todos os meios extrapenais de controle social existentes. A fragmentariedade e a subsidiariedade são duas características do Direito Penal que se relacionam com o princípio da intervenção mínima.

O Direito Penal não deve interferir diretamente na vida dos indivíduos, deve-se respeitar a dignidade da pessoa humana como sinal da aplicação de um Direito Penal justo, para isso, este deverá ser sempre a última opção do legislador, empregando-se antes de qualquer punição os valores morais, éticos, religiosos, culturais para se dirimir os conflitos. (RASSI, 2008).

b) Princípio da Subsidiariedade:

O Direito Penal deverá sempre ser empregado de forma subsidiária a outros ramos do Direito, evitando-se sempre que possível a aplicação da sanção penal. Este princípio é um grande limitador da atividade legisferente do Estado, pois evita a tipificação de condutas insignificantes, que podem ser facilmente reprimidas através de outros meios de solução de conflitos. (RASSI, 2008).

c) Princípio da Fragmentariedade

O princípio da Fragmentariedade é uma subdivisão do princípio da Intervenção Mínima, aduzindo que o Direito Penal deve tutelar apenas os bens jurídicos mais relevantes como a vida, liberdade, saúde, honra, propriedade, dentre outros. E mesmo, dentro desses bens, apenas um fragmento, protegendo-os somente contra as condutas mais ofensivas.

Conforme já abordado, o tema Direito Penal Como Última *Ratio*, versa sobre o fato, de que o sistema penal deve somente oprimir comportamentos lesivos, que atinjam os bens jurídicos de maior relevância para o ser humano. Mesmo assim, caso não sejam suficientemente abrigados por outros ramos do direito.

Não consiste num movimento de abolicionismo penal ou de despenalização, mas sim numa nova forma de solução e prevenção de conflitos, adequando o sistema penal à sociedade contemporânea, onde o excesso de normas penais não é suficiente para coibir a prática de condutas delituosas.

As teses minimalistas prezam pelo caráter humano da pena, nos casos em que a pena privativa de liberdade faz-se necessária, de tal modo que, o delinqüente não perde os direitos inerentes à de pessoa humana quando comete um crime, a não ser a liberdade que lhe é

suprimida. Prezam ainda, pela aplicação de penas alternativas para os crimes de menor potencial ofensivo, o que evita a superlotação carcerária.

As penas alternativas subdividem-se em: restritivas de direito e pena de multa.

As penas restritivas de direito são sanções impostas que substituem a pena privativa de liberdade. Elas se caracterizam pela redução ou perda de alguns direitos dos condenados, materializando-se como: prestação de serviços à comunidade; perda de bens e valores; prestação pecuniária; limitação de fim de semana; interdição temporária de direitos.

Porém, não são somente estas as modalidades de penas restritivas de direitos, já que a Lei 11.343/06 (Lei de Drogas) apresenta em seu artigo 28, algumas restrições de direitos para usuários de drogas:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:  
I- advertência sobre os efeitos das drogas;  
II- prestação de serviços à comunidade;  
III- medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Existem requisitos para a aplicação das penas restritivas de direito, os quais são cumulativos e estão previstos no artigo 44, incisos I ao III, do Código Penal, quais sejam:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:  
I- aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;  
II- o réu não for reincidente em crime doloso;  
III- a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

A substituição trata-se de um direito subjetivo do réu, portanto, uma vez presentes os requisitos, as penas restritivas de direito deverão ser substituídas pelo juiz.

A pena de multa é outra espécie de pena alternativa, consistente no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença penal, sendo calculada em dias-multa. Com o advento da Lei 9.714/98, a pena de multa passou a substituir pena privativa de liberdade não superior a um ano e o seu descumprimento não gera conversão em prisão, mas sim a execução da quantia como dívida ativa. (TANAKA, 2014).

Havendo a possibilidade na aplicação, e o devido acompanhamento do processo de cumprimento das penas alternativas, a probabilidade de recuperação do condenado será bem

maior, trará também, benefícios para a sociedade, pois além de prestar serviços à comunidade, será um prezo a menos custeado com verbas públicas. Sem contar que a reinserção do indivíduo no meio social, poderá trazer novas oportunidades, como por exemplo, profissional, impedindo que ele volte a delinquir.

Além da utilização de penas alternativas, os minimalistas destacam a importância da análise dos fatores sociais, como: cultura, educação, problemas familiares, dentre outros, que acabam por levar o indivíduo ao mundo do crime.

A intenção aqui, não é fazer um ‘etiquetamento’ dos tipos criminosos, utilizando como pressuposto a cultura, raça ou condição social. Não é porque o indivíduo é pobre, ou mora na favela que ele será um criminoso, tanto é que constantemente a mídia divulga escândalos criminosos, envolvendo pessoas da mais alta sociedade. Mas o meio e as condições sociais em que o indivíduo vive, pode sim, levá-lo a delinquir.

A criminologia é a ciência que estuda o fenômeno criminal, e tem por escopo delinear as principais circunstâncias que levam o sujeito a cometer um crime. Esta ciência visa também, soluções para prevenir o crime, já que a prevenção é uma das melhores maneiras de se afastar a prática de condutas criminosas. (PRADO, 2015).

A prevenção ao crime pode se dar de diversas formas, porém há uma maneira mais eficaz, que pode sim, diminuir a criminalidade neste país, que é o investimento em políticas públicas, em qualidade de vida, educação, emprego, incentivo para os jovens, ocupações que os tire das ruas, da ociosidade e lhes dê uma perspectiva de vida diferente da realidade atual. A busca pela ressocialização dos delinquentes que já se encontram no cárcere, com o emprego de uma pena dirigida ao tratamento, também é uma forma de prevenção, já que promove a reinserção social e impede que ele volte a delinquir.

A influência da tutela penal mínima no combate à criminalidade é de suma importância, pois consiste não só na utilização primária de outros ramos do direito para a solução de conflitos, antes de valer-se da tutela penal, como também de outros métodos, por exemplo, a prestação governamental de condições mínimas de existência à população, que resulta na qualidade de vida, e conseqüente redução da marginalidade.

## CONCLUSÃO

Ao decorrer dessa pesquisa, ficou evidente que a teoria do Direito Penal Como Última Razão se opõe às intransigências do abolicionismo penal e do direito penal máximo, que pregam, respectivamente, o banimento deste ramo do Direito e a punição a qualquer custo dos condenados.

O objetivo da aplicação das normas como última *ratio* é evitar a aplicação desnecessária do direito penal, a condutas de potencial pouco ofensivo e que possam ser facilmente tuteladas por outros ramos do direito.

Conforme ficou exposto nos capítulos, a prisão, por si só, não ressocializa o indivíduo, pelo contrário, na maioria das vezes traz conseqüências negativas, como, por exemplo, a dificuldade de reinserção no contexto social, a corrupção ocorrida dentro da própria prisão, já que há convivência com diversos tipos criminosos, dentre outros fatos, que só vêm a agravar o índice de reincidência existente no Brasil.

O objetivo deste trabalho não foi fortalecer a idéia de abolição do Direito penal, mas sim esclarecer que existem outros meios eficazes, baseados na prevenção, capazes de evitar a pratica de condutas criminosas, deixando a cargo deste ramo do direito apenas a solução de condutas que ofendam os bens jurídicos considerados fundamentais. E quando não houver outra solução a não ser punir, porque a coerção e imposição de limites são necessárias à boa convivência em sociedade, que haja a observância dos princípios constitucionais garantidos a todos cidadãos e que no decorrer do cumprimento das penas o indivíduo seja moldado e realmente se arrependa do ilícito cometido.

Para o combate à criminalidade, não é necessário a construção de mais presídios, pois isso não muda o contexto social que vivemos atualmente. É necessário o investimento em políticas públicas, em qualidade de vida, educação, emprego, incentivo para os jovens, ocupações que os tire das ruas, da ociosidade e lhes dê uma perspectiva de vida diferente da realidade atual. Investimento em tecnologias relacionadas à segurança pública, para que as forças policiais possam atuar com mais eficiência na prevenção e combate ao crime. Aplicação, sempre que cabível de penas restritivas de direito, que de alguma forma sejam suficientes para mudar a maneira de pensar e agir do infrator, impostas em substituição à pena privativa de liberdade, considerando-se que esta, não atende satisfatoriamente, nos dias de hoje, a finalidade de ressocialização.

Seria utópico falar em um país com índice zero de criminalidade e em despenalização de maneira geral, uma vez que diariamente, no mundo todo, acontecem delitos

que causam pavor a toda sociedade, cometidos por criminosos perigosos e também por autoridades, como por exemplo, homicídios, estupros, ataques terroristas, improbidade administrativa, peculato, dentre outros. Porém, não é ilusório falar num país com um baixo índice de criminalidade.

É por isso que defende-se a utilização do Direito Penal Mínimo, pois acredita-se que este seja o meio mais eficaz de redução da marginalidade, já que antes de valer-se da tutela penal a qualquer custo, deve-se buscar meios alternativos de solução dos conflitos. Para isso, deve haver primeiramente, por parte dos representantes da sociedade, uma melhor prestação governamental, que propicie condições mínimas de existência à toda população.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR, Diogo Lemos; LEONELLO, Caroline. Garantismo penal versus Direito Penal máximo? **Jus Navigandi**, São Paulo, n 2, p.1-2, ago. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/30945/garantismo-penal-versus-direito-penal-maximo#ixzz3rBWR2VYq>> Acesso em: jul 2015.

ANGHER, Anne Joyce (Org.). **VadeMecum Acadêmico de Direito**. 15. ed. São Paulo: Rideel, 2012. V. XI, 2056 p.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte geral. São Paulo: Saraiva, 2003. V. I.

DIAS, Fábio Coelho. O sistema penal e o processo de ressocialização brasileiro. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 82, nov 2010. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8456](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8456)>. Acesso em set 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 925 p.

FERREIRA, Wallace. Abolicionismo penal e realidade brasileira. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3605, 15 maio 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24443>>. Acesso em: 15 set. 2015.

GARCIA, Antônio. MOLINA, Pablos de. **Criminologia**.4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, 524 p.

GOMES, CarolinnaBridi. Jus puniendi e dignidade humana do preso: desrespeito à Lei de Execução Penal. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2988, 6 set. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19930>>. Acesso em: 27 out. 2015.

GOYA, Évelin Vanessa. Direito Penal do inimigo. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3132, 28 jan. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20958>>. Acesso em: 18 ago. 2015

GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel; URUÇU REGO, Davi. Democracia e Direito Penal: a interpretação do jus puniendi conforme a Constituição. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 66, jul 2009. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6160](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6160)>. Acesso em out 2015.

KHALED JR, Salah H.. Introdução aos Fundamentos do Direito Penal. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 75, abr 2010. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7411](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7411)>. Acesso em abr 2015.

MAFRA, Francisco. Alguns conceitos de Direito Tributário. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, VIII, n. 22, ago 2005. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=399](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=399)>. Acesso em out 2015.

MEDEIROS, Leandro Peixoto. Abolicionismo penal e direito penal máximo: breves apontamentos sobre a dicotomia teórico-estrutural. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 109, fev 2013. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12802](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12802)>. Acesso em jul 2015.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. 438 p.

NERY, Déa Carla Pereira. Teorias da Pena e sua Finalidade no Direito Penal Brasileiro. **Universo Jurídico**, Juiz de Fora, ano XI, 20 de jun. de 2005. Disponível em: <[http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/2146/teorias\\_da\\_pena\\_e\\_sua\\_finalidade\\_no\\_direito\\_penal\\_brasileiro](http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/2146/teorias_da_pena_e_sua_finalidade_no_direito_penal_brasileiro)>. Acesso em: 20 de mar. de 2012.

OSHIMA, Thais Calde dos Santos. Evolução histórica das escolas criminológicas. **Univem-jornal da Fundação**. Marília/SP, p. 1-1. jun. 2013. Disponível em: <<https://www.univem.edu.br%2Fjornal%2Fmateria.php%3Fid%3D342&ei=c3TWVeDnLsKawQSmg6GYAg&usg>>. Acesso em: 20/08/15.

PRADO, Winston. Quem é o criminoso? Como se dá a criminalização de um indivíduo. **Revista Jus Navigandi**, Brasília, ano 2015, jul de 2015. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/40614/>>. Acesso em: 23 out. 2015.

RASSI, Patricia Veloso de Gusmao Santana. Direito Penal mínimo. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XI, n. 50, fev 2008. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=4498&revista\\_caderno=3](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4498&revista_caderno=3)>. Acesso em out 2015.

ROBALDO, José Carlos de Oliveira. **Direito Penal Máximo e o Controle Social**. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 17/08/15

RUBIN, Daniel Sperb. Janelas quebradas, tolerância zero e criminalidade. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 62, 1 fev. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3730>>. Acesso em: 20 ago. 2015.

SÁ, Magda Karina Barbosa Marques. Abolicionismo Penal. **JurisWay**, 16 nov 2013. Disponível em: <[www.jurisway.org.br](http://www.jurisway.org.br)>. Acesso em 30 set. 2015.

SALLES, Anamaria Aguiar. **LoukHulsman e o Abolicionismo Penal**. 2013. 228 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Ciências Sociais, Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013.

SILVA, Flávia Regina Oliveira da. Direito penal do inimigo e sua incompatibilidade com o estado democrático brasileiro. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 99, abr 2012. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11424](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11424)>. Acesso em ago 2015.

SILVA, Louise Trigo da. Algumas reflexões sobre o direito penal máximo. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 111, abr 2013. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=13103](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13103)>. Acesso em jul 2015.

SILVA, Luciana Leonardo Ribeiro. O alcance do conceito de ordem pública para fins de decretação de prisão preventiva. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1888, 1 set. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/11669>>. Acesso em: 8 abr. 2015.

SILVA, Luciano Nascimento. Manifesto abolicionista penal. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 60, 1 nov. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3556>>. Acesso em: 1 out. 2015.

TANAKA, Lucas Yuzo Abe. Aplicação das penas restritivas de direitos aos crimes de tráfico. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVII, n. 124, maio 2014. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=14727](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14727)>. Acesso em: out 2015.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, V. I.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. 391 p.