

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA - EDB
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

BRUNO DA SILVA FREIRE ARAÚJO

**O MINIMALISMO DO DIREITO PENAL EM FACE DA LEI 10.826/2003
(ESTATUTO DO DESARMAMENTO)**

**Brasília-DF
Dezembro, 2016**

**O MINIMALISMO DO DIREITO PENAL EM FACE DA LEI 10.826/2003
(ESTATUTO DO DESARMAMENTO)**

THE MINIMALISM OF CRIMINAL LAW IN VIEW OF THE 10.826/2003
(STATUTE OF DISARMAMENT)

Bruno da Silva Freire Araújo¹

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1. ORIGEM E DESENVOLVIMENTO DO DIREITO PENAL MÍNIMO; 1.1. AS TEORIAS DE APLICAÇÃO DA PENA; 1.2. APLICAÇÃO DA PENA NO MODELO DO DIREITO PENAL MÍNIMO; 1.3. VELOCIDADES DO DIREITO PENAL ; 2. PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA; 2.1. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA; 2.2 PRINCÍPIO DA LESIVIDADE; 2.3. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE; 3. O MINIMALISMO DO DIREITO PENAL EM FACE DO ORDENAMENTO JURÍDICO-PUNITIVO BRASILEIRO; 3.1. CONSTITUIÇÃO MINIMALISTA; 3.2. DOS MANDADOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO; 3.3. A INCAPACIDADE DO PODER LEGISLATIVO NA APLICAÇÃO DO MINIMALISMO PENAL; 3.4. O ESTATUTO DO DESARMAMENTO COMO UMA DEMONSTRAÇÃO DA NÃO APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MINIMALISMO PENAL; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

RESUMO

Trata-se de trabalho de conclusão de curso acerca da falta de aplicação do princípio do minimalismo do Direito Penal a ser demonstrado sob o prisma da lei 10.826/2003 (estatuto do desarmamento). Esse estudo é feito a partir de uma análise criminológica da Constituição Federal de 1988, buscando demonstrar a incapacidade do poder legislativo em aplicar a teoria do minimalismo do Direito Penal.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal; Processo Penal; Lei 10.826/2003; Princípio do minimalismo do Direito Penal; Constituição Federal de 1988.

ABSTRACT

This is an undergraduate thesis about the lack of implementation of the Minimalism principle of the Criminal Law, to be demonstrated under the prism of 10.826/2003 law (Statute of Disarmament). This study is based on a criminological analysis of the 1988 Federal Constitution, seeking to demonstrate the inability of the legislature in applying the minimalism theory of the Criminal Law.

KEYWORDS: Criminal Law; Criminal Proceedings; Minimalism principle of Criminal Law; Federal Constitution of 1988.

¹ Graduando em Direito. Artigo elaborado a fim de obter título de bacharel em Direito. Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso apresenta o tema para estudo sobre o minimalismo do Direito Penal em face da Lei 10.826/2003.

A Constituição Federal traz noção de Direito penal em que a doutrina e a jurisprudência tratam como minimalismo, mas que a prática legislativa é de inflação penal.

Nesse sentido, como compatibilizar uma praxe legislativa constitucional se a ideia segundo a doutrina é o inverso da prática. Isso se verifica pelo fato das legislações que vêm saindo serem constitucionais, seja porque o STF disse que é, ou pelo que a própria doutrina considera ao comentá-las.

Vale ressaltar que o princípio do minimalismo se desmembra no princípio da intervenção mínima, sendo este desdobrado em concreto pelo princípio da fragmentariedade (que da origem ao princípio da insignificância), e em abstrato pela subsidiariedade.

Sendo assim, se a Constituição Federal de 1988 fosse minimalista, a maioria das leis penais deveriam ser consideradas inconstitucionais, haja visto que não obedeceram a intervenção mínima em seu sentido abstrato, pois há a criminalização de forma direta, a exemplo do próprio Estatuto do desarmamento, uma vez que não houve uma tentativa de solucionar administrativamente das armas sem registro no Brasil para a criação do Estatuto.

Portanto para que a CF fosse considerada minimalista ela precisaria trazer mecanismos concretos de consecução do minimalismo, exigindo de forma expressa ou o STF deveria considerar que ela exigisse de forma implícita, o uso subsidiário do Direito Penal, como, por exemplo, usar primeiramente o direito civil ou a esfera administrativa, e, por fim, se não houver jeito, o Direito Penal.

Este estudo retrata a incapacidade do Poder Legislativo em aplicar as ideias da vertente do Minimalismo Penal.

Dessa forma, busca-se por meio de uma análise criminológica da Constituição Federal, comprovar que a mesma não possui uma vocação de minimalismo, visto que a mesma possui diversos mandados constitucionais de criminalização, fazendo com que o poder legislativo tenha que desenvolver diversos tipos penais o que causa uma inflação de leis penais no ordenamento jurídico pátrio, a exemplo do próprio estatuto do desarmamento.

Em suma, o trabalho será desenvolvido a partir da análise da Lei 10.826/2003, buscando comprovar justamente o aumento da criação de leis penais pelo legislativo. Para isso o trabalho será desenvolvido em três capítulos, de forma que o primeiro capítulo trará um

aparato sobre a origem e desenvolvimento do Direito Penal Mínimo, o segundo capítulo discorrerá a respeito do princípio da intervenção mínima e, por fim, o último capítulo será desenvolvido à luz da aplicação do princípio do minimalismo do Direito Penal no contexto jurídico-punitivo brasileiro em face da lei 10.826/2003.

1. ORIGEM E DESENVOLVIMENTO DO DIREITO PENAL MÍNIMO

No meio do século XVIII – momento em que estava em vigor um regime absolutista - a legislação penal, que neste instante vigorava no continente Europeu apresentava um caráter caracterizado através da excessiva crueldade consequente de sua aplicação. O direito penal não proporcionava a adequada relevância à gravidade do delito realizado pelo indivíduo e atuava essencialmente como uma ferramenta para realizar o controle social ou de dominação do homem pelo próprio homem, sempre possuindo o objetivo da intimidação dos mais fracos. As punições utilizadas eram desproporcionais, desiguais, arbitrárias e em diversas ocasiões sofriam variações dependendo da condição social e política do réu, uma vez que o prejuízo social causado pelo comportamento humano não era compreendido como uma referência para o legislador.

As heranças deixadas pelas civilizações mais antigas, como por exemplo as europeias, se assemelham com a finalidade que atribuíam de maneira primitiva ao Direito Penal: penalizar toda a ação desagradável a uma pequena minoria autoritária.

Por meio deste princípio, acabaram resultando em diversas “aberrações jurídicas”, onde pequenas ações eram penalizadas com a mais elevada desproporcionalidade de penas, resultando em relevantes injustiças.

Desta maneira, foi no contexto histórico, que após a segunda metade do século XVIII que começou o sabido “Período Humanitário do Direito Penal”, situação onde os filósofos e pesquisadores da época começaram a se focar mais em suas pesquisas à formulação de críticas a este sistema penal, resultando no enaltecimento do princípio da dignidade da pessoa humana (BITENCOURT, 2011, p. 69).

É notório que foi por meio da influência de ideais iluministas, Charles de Montesquieu e Jean-Jacques Rousseau que começaram a fazer críticas ao excesso que se permitia pelas leis penais e a inexistência de algum critério usado pelos juízes no decorrer do julgamento, sugerindo a individualização da punição usada, a proporcionalidade desta com a ação executada, assim como também a redução da crueldade. Desta maneira, a pena teria o dever de ser proporcional ao crime que foi realizado e a menos cruel possível (VOLTAIRE, 1931,

p.27).

Entretanto, foi no decorrer da Revolução Francesa que os ideais iluministas de necessidade da transformação do sistema penal finalmente se espalharam por uma relevante parte da população europeia. Embasados pelos valores da liberdade, igualdade e fraternidade, os iluministas batalharam pela realização da reforma da legislação e da maneira de administração do Estado. Foi então através deste período que o homem passou a apresentar um pensamento crítico no tocante ao direito penal como problema jurídico e filosófico.

Foi no decorrer deste período que começaram a surgir na Europa os pensamentos de Cesare Bonesana, mais conhecido como Marquês de Beccaria, um dos estudiosos pioneiros a se manifestar de maneira pública sobre a necessidade da realização de uma reforma sistemática no Direito Penal. Os princípios básicos desta reforma eram: a legalidade dos crimes e das penas; a indistinção dos indivíduos diante da lei penal; e a proporcionalidade das punições dadas aos delitos.

Se fundamentando nos ideais de Montesquieu, Rosseau, Voltaire e John Locke, os antecessores de Beccaria caracterizaram o começo do Direito Penal moderno. O autor evidenciava que a punição deveria ser aplicada como profilaxia social, não unicamente para causar intimidação ao cidadão, mas também para trazer uma recuperação ao infrator.

No ano de 1764, em seu trabalho conhecido como “Dos Delitos e das Penas”, o autor evidenciou que:

Para que cada pena não seja uma violência de um ou de muitos contra um cidadão privado, deve ser essencialmente pública, eficaz, necessária, a mínima das possíveis das circunstâncias dadas, proporcional aos crimes, ditada pelas leis (BECCARIA, 2007).

As palavras de Beccaria (2007) ainda propunham a construção de um sistema penal que deveria fazer a substituição do modelo desumano, desproporcional, injusto e sem qualquer padrão de sistema punitivo utilizado naquela época. Evidenciava de forma muito clara que a pena não deveria estar somente direcionada a ser uma vingança pelo passado, entretanto, acima de tudo isso, teria o dever de ser uma lição a ser dada para o futuro. Sua obra foi de extrema relevância na preparação e amadurecimento do caminho da reforma penal dos últimos séculos (BITENCOURT, 2011, p. 70).

Passou então a surgir a compreensão de aplicação de um Direito Penal Mínimo ou Minimalismo Penal, que se fundamentava nas condições desumanas a que eram propiciadas os cárceres no meio do século XVIII. Fazendo denúncias sobre a maneira cruel que estava sendo realizada nos Tribunais, todos procuravam a humanização das punições que eram

realizadas aos infratores da lei.

Em suma, a ideia de um Direito Penal Mínimo começou a dispor mais o seu foco no que diz respeito a criação de um Direito Penal, situação em que houvesse uma mínima intervenção Estatal, com garantias aos direitos da pessoa humana mais elevadas.

1.1 AS TEORIAS DE APLICAÇÃO DA PENA

Compreende-se por pena *“um mal que se impõe por causa da prática de um delito”* (BITENCOURT, 2011, p. 99), onde as intenções são a de retribuição ao delito praticado, a de se prevenir contra a prática de novos crimes e a de readaptação social dos indivíduos condenados. Reconhecer que a pena é um mero castigo, não significa que este seja o seu principal objetivo. Vários indivíduos asseguram que a pena é justificada por sua necessidade, uma vez que sem a mesma não poderia ser provável a convivência em sociedade. Outros tantos asseguram o seu caráter retributivo, outros o seu caráter preventivo.

As teorias absolutistas apareceram em um âmbito de um Estado absolutista, local que estava em vigor a ideia de que o poder do soberano era proveniente de Deus. Sendo assim, a pena era resultante da perturbação da ordem jurídica. A pessoa que efetuava alguma ação contrária à ordem jurídica era classificada como parte estranha à sociedade, claramente um rebelde, possuidor de culpa pela ação efetuada e que resultava na aplicação de uma pena. A excepcional intenção da pena era a de fazer justiça.

Contrariamente a isto, a teoria da prevenção geral, proposta por Cesare Beccaria, Feuerbach e outros, sugere um Direito Penal do terror, que se embasa em intimidar e ponderar a racionalidade do homem. No âmbito desta teoria, a mais comum ameaça de aplicação da pena fomenta o ser humano a não realizar algum delito. Todavia, esta teoria demonstrou certas falhas, como por exemplo: I) os destinatários da norma jurídica não conheciam o seu teor em muitas oportunidades; II) o indivíduo delinquente quase nunca avalia os benefícios e problemas de sua ação (homo economicus) antes de realizá-la; e III) as maneiras preventivas quase nunca possuem idoneidade.

Por outro ponto de vista, a teoria da prevenção especial também objetiva possuir a prática de delitos, entretanto, contrariamente a teoria anterior, esta teoria coloca todo o seu foco de atenção somente no delinquente em particular, com a intenção de que este não repita o ato (BITENCOURT, 2011, p. 110). A pena passou a ser denominada de “medida” e deveria possuir como objetivo a ressocialização e reeducação do indivíduo, a neutralização dos incorrigíveis e a intimidação dos demais.

Para finalizar, as teorias unificadoras objetivam juntar em somente um conceito as intenções da pena, assegurando que a aplicação sozinha das teorias absolutistas ou preventivas não são capazes de englobar os fenômenos sociais averiguados através do Direito Penal. Consentem a retribuição e o princípio da culpabilidade como os princípios que delimitam a intervenção penal (máxima ou mínima), deixando claro que a pena não é capaz de possuir outro objetivo senão o fato praticado.

1.2 APLICAÇÃO DA PENA NO MODELO DO DIREITO PENAL MÍNIMO

No que diz respeito a aplicação de um Direito Penal Mínimo, o papel da pena não é capaz de ser outra, a não ser, a de garantir a sobrevivência da sociedade civil. A punição neste caso possui a intenção de fazer a prevenção de delitos semelhantes sem, entretanto, exceder o prejuízo gerado por estes.

Por outro ponto de vista, o minimalismo penal, embasado nos princípios da intervenção mínima, insignificância, fragmentariedade, adequação social da conduta, subsidiariedade, legalidade, proporcionalidade e dignidade da pessoa humana, possui o objetivo de eliminar a tipicidade das condutas que vão se adequando ao tipo penal, entretanto não causam violação alguma ao ordenamento jurídico ou resultem em ínfimos prejuízos para o bem comum, em virtude da irrelevância da ação realizada perante aos bens jurídicos tutelados.

Este princípio em questão assegura a proporcionalidade ao se aplicar o Direito Penal, adotando então algumas penas alternativas, assim como, de diferentes esferas para se solucionar os delitos que não acabem violando o ordenamento jurídico ou resultem em ínfimos prejuízos para o bem comum, ou seja, esta teoria sugere a proporcionalidade na aplicação do Direito Penal, tal com a utilização de penas alternativas, como também outras medidas para que se solucionem os delitos que não afetarem o ordenamento jurídico ou resultem em ínfimos malefícios para o bem comum.

Neste contexto, devemos ainda salientar que um dos papéis do Direito Penal é eliminar a violência (QUEIROZ, 2011, p.69). Entretanto, o que podemos notar é que o Direito Penal está passando por um desgaste, tutelando questões tributárias, delitos de perigo, de trânsito etc. Desta forma, há uma grande quantidade de legislações sobre o mesmo assunto, que é quase que impossível uniformizar o sistema penal. Refere-se a denominada “Elefantíase Legislativa”, que fica evidente por meio da ampliação das ocasiões que sejam passíveis de intervenção do Direito Penal.

Levando em consideração o pressuposto que a violência não é um problema social unicamente, mas também um problema cultural, isso porque somente é capaz de ser caracterizada ou entendida a partir de determinado contexto social, econômico e político (CONDE, 2005, p. 3-4). Somos então capazes de assegurar que os bens jurídicos mais importantes para a Ciência Penal passam por transformações de maneira temporal, não sendo possível que se estabeleça um critério invariável que abranjam os mesmos.

Desta maneira, no decorrer dos anos, o contrato social é modificado, e os valores que vigoravam sofrem transformações, influenciando necessariamente na esfera Penal. Mesmo que o Direito Penal e a Criminologia sejam ciências independentes, é muito claro que estão diretamente associados (MACEDO, 1977, p. 4).

1.3 - AS VELOCIDADES DO DIREITO PENAL

Os estudos de Jesús-María Silva Sánchez, que é professor catedrático da Universidade Pompeu Fabra, apresentam entre as suas mais relevantes contribuições aos estudiosos do Direito Penal, a conhecida Teoria das Velocidades do Direito Penal, onde contempla variados ritmos de responsabilização criminal como uma maneira de se alcançar um sistema mais próximo do ideal.

Sendo assim, o Direito Penal possui algumas velocidades ou etapas que recebem relevante tratamento por parte do autor mencionado acima e por grande parte da doutrina.

A compreensão de Silva Sánchez evidencia a existência de uma nítida preocupação com a consolidação de um único “Direito Penal moderno”. Desta maneira, procura-se impossibilitar a modernização generalizada através da expansão e flexibilização dos princípios político-criminais e regras de imputação relacionadas às penas privativas de liberdade (MASSON, 2009, p. 80).

1.3.1 A PRIMEIRA VELOCIDADE DO DIREITO PENAL

Para começar, a primeira velocidade do Direito Penal, mais conhecida como “Direito Penal Formalista”, fica evidente por ser aquele modelo tradicional ou clássico do Direito Penal, que possui a intenção de aplicar uma punição privativa de liberdade, em outras palavras, a pena de prisão.

Por estarmos nos referindo a liberdade do cidadão, todas as garantias constitucionais, penais e processuais penais precisam ser respeitadas adequadamente. O processo possui um

maior tempo de duração, fica mais demorado. É preciso proporcionar o total direito de defesa ao processado. O adequado processo legal é respeitado nesta primeira velocidade.

Sendo assim, na primeira velocidade, o intuito é proteger o cidadão contra o império do Poder Estatal, levando em consideração que, irá ser aplicada ao cidadão uma punição que no instante de sua condenação, sua liberdade será restringida. Desta forma, por possuir tal gravidade à consequência jurídica, qual seja, a perda da liberdade, o processo precisa continuar proporcionando ao cidadão todas as garantias constitucionais que limitam o poder punitivo do Estado.

E é neste contexto que Silva Sánchez (2002, p. 148) delimita a primeira velocidade, compreendida pelo Direito Penal como a “da prisão”, situação que se haveriam de conservar de maneira rígida os princípios político-criminais clássicos, as regras de imputação e os princípios processuais, ou seja, temos a pura e simples natureza do Direito Penal que nada mais é que a aplicação de penas privativas de liberdade, como última razão, associadas com garantias.

1.3.2 A SEGUNDA VELOCIDADE DO DIREITO PENAL

A velocidade do Direito Penal seguinte distingue-se através da existência de uma flexibilização das garantias constitucionais que realizam a proteção do cidadão, por conta do fato de a sanção penal ser mais branda, isso porque aqui não existe a pena de prisão, na segunda velocidade há punições restritivas de direitos e penas pecuniárias.

Possuindo a intenção de tornar mais ágil a aplicação da lei penal, no tocante desta segunda velocidade, algumas garantias passam a ser afastadas, isso porque, como já foi mencionado, não existe a punição que prive a liberdade do cidadão.

Para Silva Sanchez o direito penal clássico com todas as garantias deveria ficar reservado para as ofensas tradicionais (vida, patrimônio etc.) e, para os crimes supraindividuais, haveria um direito sancionador sem a pena de prisão, porém, com garantias diminuídas (GOMES, Luiz Flávio, 2016 p.79).

Nesta velocidade não é exigido um procedimento mais amplo e garantista, tal como na primeira velocidade do direito penal, que agrega então um bem jurídico de grande importância para o ser humano, que entende-se ser a liberdade (MASSON, 2009, p. 81).

Em território brasileiro, podemos relatar como exemplo desta segunda velocidade, os Juizados Especiais Criminais que, se embasando no artigo 62 da Lei 9099/95, apresenta como principal objetivo a aplicação de punições que não resultem na privação da liberdade do

cidadão, sem que tenha ocorrido a necessária instrução processual, possuindo o contraditório e com total defesa, tal como acontece, para exemplificar, na situação de transação penal.

1.3.3 A TERCEIRA VELOCIDADE DO DIREITO PENAL: O DIREITO PENAL DO INIMIGO

Esta próxima velocidade do Direito Penal se associa diretamente à Teoria do Direito Penal do Inimigo que acabou sendo elaborado através dos estudos de um dos mais respeitados juristas da atualidade, o alemão Günter Jakobs, no decorrer da década de 1990. Compreende-se por uma mescla da primeira e da segunda velocidade, levando em consideração que há a supressão de direitos e garantias essenciais.

Segundo a concepção de Greco (2011, p. 23), esta terceira velocidade “*seria uma velocidade híbrida, ou seja, com a finalidade de aplicar penas privativas de liberdade (primeira velocidade), com uma minimização das garantias necessárias a esse fim (segunda velocidade)*”.

Uma relevante parcela da doutrina compreende que a terceira velocidade teria sido também elaborada por Silva Sánchez. No entender de outros, a terceira velocidade é assunto somente de autoria do alemão Günther Jakobs.

Conforme ensina Moraes, já no ano de 1985 Jakobs havia tornado público este conceito de Direito Penal do Inimigo em uma palestra realizada em Frankfurt, ocasião onde recebeu pouquíssima publicidade (MORAES, 2011, p. 181).

O entendimento deste renomado professor diz respeito a dar um grande valor à norma jurídica como um elemento de proteção à sociedade.

Segundo o pensamento de Jakobs, o que faz com que os indivíduos realizem somente as condutas aceitas, isto é, não tentem infringir as leis, é a aplicação de uma norma penal.

Os estudos de Jakobs (2003) possuía o objetivo de evidenciar diferenças entre um Direito Penal do Cidadão e um Direito Penal do Inimigo. O primeiro, no contexto de uma visão tradicional, garantista, possuindo observância de todos os princípios essenciais que lhe são pertencentes; já o segundo, denominado de Direito Penal do Inimigo, compreende-se por um Direito Penal que não se preocupa com os seus princípios fundamentais, isso porque não estaríamos perante cidadãos, mas sim de inimigos do Estado (GRECO, 2011, p. 23).

O entendimento sobre isso seria o de um real estado de guerra, motivo pelo qual, segundo a concepção de Jakobs, em uma guerra, as regras do jogo precisam ser diferentes (GRECO, 2011, p. 23).

Ainda segundo Jakobs, há indivíduos que optaram por se afastar do direito, para exemplificar, aqueles que fazem parte de organizações criminosas e grupos terroristas, e para estes indivíduos, a punibilidade avança rapidamente um grande trecho, até o ato preparatório, e a punição vai em direção de se assegurar fatos futuros, não a sanção de fatos cometidos (JAKOBS, 2003, p. 42).

As palavras de Günther Jakobs (2003, p. 40) agregam ainda lecionando assim sobre o assunto:

Um indivíduo que não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa. E é que o estado natural é um estado de ausência de norma, quer dizer, a liberdade excessiva tanto como de luta excessiva. Quem ganha a guerra determina o que é norma, e quem perde há de submeter-se a essa determinação.

Toda a estruturação da Teoria do Direito Penal do inimigo direciona-se para o indivíduo que não fica submetido ao sistema normativo, e por conta de seu desvio de conduta, é qualificado como perigoso, como um inimigo da sociedade.

Sendo assim, a norma é uma ferramenta que faz a regulação das condutas de maior importância para o Direito Penal, desta forma, *“qualquer ato ilícito deve ser atacado de forma coercitiva, restaurando a ordem, desta forma, a vigência da norma estabelecida é o bem jurídico maior a ser tutelado pelo direito Penal”* (JAKOBS, 2003, p. 32).

Para qualquer pessoa que não respeita as normas que vigoram é proporcionado um tratamento diferenciado, em outras palavras, o tratamento ao cidadão que comete infrações irá ser o de um delinquente que realiza algum prejuízo possível de reparação, entretanto, para o inimigo, que coloca em risco a sociedade, este irá ser excluído de suas relações sociais de maneira definitiva, como uma maneira de impossibilitar que ele desestruture a ordem jurídica.

Jakobs (2003, p. 87) continua suas lições agregando e sugerindo que é preciso ser aplicado o Direito Penal do inimigo aos não cidadãos que realizam a criminalidade econômica, o terrorismo, o tráfico de drogas e outras maneiras mais de criminalidade organizada.

Desta maneira, o Inimigo sofre punição considerando o seu nível de periculosidade e não por conta do delito realizado, e o ordenamento jurídico exclui o perigo futuro para a sociedade. Sendo assim, observa-se como o direito penal do inimigo antecipa o contexto de proteção da norma, adiantando a sua proteção, que resulta no alcance até dos atos preparatórios.

Perante todas as informações apresentadas acima, somos capazes de observar claramente que no Direito penal do Inimigo há uma flexibilização do princípio da legalidade

na situação em que, por exemplo, existe uma descrição vaga dos crimes e das penas, de maneira que o Estado seja capaz de punir o inimigo da maneira que quiser, no instante em que inobserva-se o princípio da ofensividade, quando pune-se por ser o autor quem é e não pelo fato realizado, no momento em que as punições são desproporcionais, quando garantias constitucionais, penais e processuais penais são flexibilizadas ou restringidas, execução penal desproporcional etc.

2 PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

A compreensão evidenciada através do princípio da intervenção mínima é de que o direito penal precisa ser colocado em prática como a “ultima ratio”, cabe ainda salientar, que atuando unicamente no momento em que os outros ramos do direito não apresentarem a adequada eficiência para se solucionar os conflitos consequentes das relações sociais.

E é neste contexto que devemos ressaltar as palavras do doutrinador Luiz Regis Prado (2011, p.148):

Nesses termos, a intervenção da lei penal só poderá ocorrer quando for absolutamente necessário para sobrevivência da comunidade – como última ratio legis -, ficando reduzida a um mínimo imprescindível. E, de preferência, só deverá fazê-lo na medida em que for capaz de ter eficácia.

Já na concepção de Rogerio Greco (2011, p. 75), o princípio da intervenção mínima precisa ser averiguado sob dois diferentes pontos de vista, que são os seguintes: a) *ab initio*, fazendo a interpretação de maneira abstrata, situação em que irá servir como orientação para o legislador no momento em que houver criação ou de revogação dos tipos penais; b) após tudo isso, entra o Direito Penal, sendo possível de ser aplicado como a *última ratio*.

A intervenção mínima faz o complemento da legalidade, ocasião em que esta não impossibilita que as sanções penais acabem sendo utilizadas para bens jurídicos onde a sua relevância não as justifiquem - *ultima ratio*. Sendo assim, o postulado da intervenção mínima estipula algumas fronteiras para o legislador, levando em consideração que resplandece o feito do fragmentário e subsidiário do direito penal.

Desta maneira, ao se realizar a aplicação de forma desmedida do direito penal, seu real papel acaba sendo diretamente ineficiente, resultando na falta de proteção aos bens jurídicos mais importantes. Por consequência desta inadequada aplicação, a pena acaba sendo somente uma maneira de se punir o indivíduo, não alcançando o seu real papel de ressocialização.

Sendo assim, ainda Regis Prado, diz que: “*O uso excessivo da sanção criminal (inflação penal) não garante uma maior proteção de bens; ao contrário, condena o sistema penal a uma função meramente simbólica negativa*” (2011, p.148).

Anteriormente à aplicação do direito penal a qualquer que seja o tipo de conflito resultante das relações sociais, é preciso que se observem outras maneiras possíveis para se solucionar o conflito, e eles são os seguintes: civil ou administrativo (BITENCOURT, 2011, p.12). Desta forma, ao se fazer uso das formas para se solucionar o conflito (civil e administrativo), não conseguindo estes dar uma solução a lide penal, irá ser aplicado, nesta situação, o direito penal “*quando fracassam as demais maneiras protetoras do bem jurídico predispostas por outros ramos do direito*” (CONDE apud LUISI, 2003, p.40).

Segundo os estudos de Mauricio Antônio Ribeiro Lopes (2000, p.322), o direito penal não precisa se preocupar com os inúmeros comportamentos conhecidos como ilícitos em consequência da convivência social, devendo somente se resguardar para aqueles que não são toleráveis e mais lesivos aos bens jurídicos de maior importância.

Sendo assim, podemos compreender que a utilização do princípio da intervenção mínima no que diz respeito ao caso concreto, situação em que o agente causador não acabe lesando de forma efetiva o bem jurídico alheio, será ele capaz de ser considerado como um fato atípico. Pois, o papel precípua do direito penal é o de tutelar os bens jurídicos mais importantes para a vida em sociedade.

Por intermédio desta sistemática, podemos chegar a conclusão de que o direito penal é a forma mais eficiente para assegurar a ordem social, entretanto, a sua aplicação de maneira genérica irá resultar na “inflação penal”.

Ademais, o princípio da intervenção mínima, com o objetivo de não se perder sua eficiência, assim como os demais princípios penais (fragmentariedade, subsidiariedade e ofensividade) precisam eles serem aplicados de uma maneira eficiente.

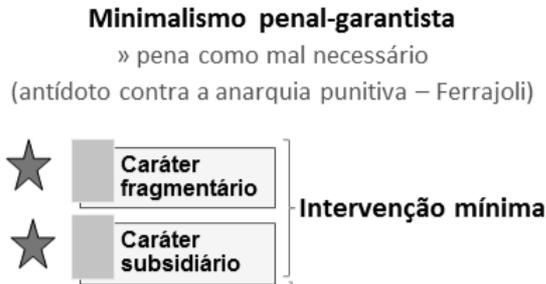
Vale ressaltar ainda o entendimento de Luiz Flávio Gomes (2016, p. 32) que nos ensina que:

O direito penal só deve ser aplicado como *ultima ratio* e de forma garantista (respeito às regras e princípios legais, constitucionais e internacionais), ou seja, é a última medida e deve, racionalmente, afastar o arbítrio e as incertezas da punição criminal, tanto na criação de delitos, quanto na cominação e na aplicação de penas. Tal se dá pelo fato de que para garantir a ordem social o direito penal se vale de meios especialmente gravosos (as sanções penais). Cabe ao Estado criar um modelo de direito penal mais apto a diminuir a violência que se fixa no interior da sociedade sem se fazer, do mesmo modo – ou mais –, violento, sempre cuidando de só atingir a

liberdade individual da qual é garante dentro dos estreitos limites fixados pelo ordenamento jurídico.

E ainda esquematicamente (Gomes, Luiz Flávio. 2016, p.32):

Política Criminal e Direito Penal



formulado por: Luiz Flávio Gomes

Percebe-se que há ainda um identificação do caráter fragmentário e subsidiário da intervenção mínima, sendo que aquele significa que o Direito Penal somente tutelar e sancionará condutas que se revestem de especial gravidade, isto é, condutas que perturbam o Estado de tal forma que necessitam da atuação do Direito Penal. Nesse sentido, entende-se que a natureza fragmentaria não protege todos os bens jurídicos (somente os mais relevantes) mas também não é qualquer bem relevante, há uma necessidade que a ofensa seja real, grave, intolerável e concreta para que se tenha uma atuação deste ramo. Ainda neste contexto, o caráter subsidiário nos traz a ideia real da intervenção mínima, demonstrando que o Direito Penal deve ser subsidiário, *ultima ratio*, uma vez que trata-se da esfera mais invasiva do Direito. É o que diz Paulo de Queiroz, a atuação do direito penal “há de pressupor o fracasso de outras instâncias menos lesivas de controle social, com as quais deverá concorrer utilmente”(Gomes apud Queiroz. 2016, p. 33)

Outro ponto que merece destaque é o princípio da adequação social que exprime também o caráter fragmentário do Direito Penal, ou seja, aquilo que se é adequado socialmente não deve ser tutelado pelo direito penal. Segundo Hans Welzel, idealizador deste princípio, a adequação social teria dois escopos, sendo o de restringir a abrangência do tipo penal nas situações em que fosse possível identificar a adequação social; e para orientar a seletividade do tipo para que ora funcione como determinador de incidência aflitiva (prever novos delitos) ora como catalisador de descriminalização (função abstrata).

Por fim podemos citar ainda como manifestação da fragmentariedade do Direito Penal

o princípio da desnecessidade concreta da pena ou irrelevância penal do fato que consiste nos casos em que o fato não necessita de pena, ou seja, condutas que são consideradas pela sociedade como adequadas ou toleradas não devem adentrar no âmbito penal.

2.1 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Relacionado aos conhecidos como “crimes de bagatela”, este princípio elenca que o direito penal unicamente faça intervenções nas situações de lesão ao bem jurídico de certa gravidade, se for contrário a isso, a tipicidade material da conduta estará afastada.

É necessário destacar o entendimento de Rogério Greco (2011, p. 104) ao dizer que:

O princípio da insignificância, portanto, servirá de instrumento de utilização obrigatória nas mãos do intérprete, a fim de realizar a perfeita adaptação do comportamento do agente ao modelo abstrato previsto na lei penal, com a sua atenção voltada para a importância do bem ofendido, raciocínio que é levado a efeito considerando-se a chamada tipicidade material.

Sustenta-se dois tipos de bagatela, sendo ela própria quando o fato apesar de ser formalmente típico, já nasce irrelevante haja vista a imperceptível lesão ao bem jurídico (furto de shampoo); e imprópria quando o fato nasce penalmente relevante, entretanto a pena se mostra desnecessária em razão da situação concreta.

Mesmo sendo em inúmeras ocasiões confundidos, Maurício Ribeiro Lopes (1997, p. 39) salienta com real propriedade a diferenciação do princípio da insignificância e dos delitos da bagatela, lecionando que no primeiro, o fato por ser ínfimo não acaba expressando uma valoração da tutela da normal. E na situação do segundo, é pertencente a outras situações de mínima relevância, que embora de maneira formal típicas apresentam a sua antijuridicidade esvaziada.

Mesmo que estas diferenças apresentem um embasamento, a doutrina majoritária ainda tem levado em consideração os dois princípios conexos, e por esta razão, não devemos nos preocupar com estas particularidades.

Ressalta-se que para que seja reconhecida a insignificância é necessário o preenchimento dos requisitos estabelecidos pela jurisprudência, são eles: mínima ofensividade da conduta do agente; nenhuma periculosidade social da ação; reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; inexpressividade da lesão jurídica provocada.

2.2 PRINCÍPIO DA LESIVIDADE OU OFENSIVIDADE

Destarte, cumpre iniciar este ponto a luz da doutrina de Luiz Flávio Gomes (2016, p.57) ao entender que:

O fato cometido formalmente típico (adequado à letra da lei), para se transformar em crime deve também afetar o bem jurídico protegido pela norma penal; a norma penal não é apenas impositiva (determinativa); antes de tudo ela é valorativa (existe para proteger um bem jurídico que foi valorado positivamente); se a norma protege um valor que se transforma (no direito penal) em bem jurídico, não há crime sem lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado – *nullum crimen sine iniuria*.

E ainda (2016, p.57):

Ninguém pode ser punido por mera atitude interna (mera intenção), posto que o fato deve ser exteriorizado (princípio da materialização do fato) e, mais que isso, esse mesmo fato deve afetar de forma significativa o bem jurídico protegido pela norma. Se o velho conceito de culpabilidade impede a responsabilidade penal sem um ato de vontade do agente (está proibido o direito penal do ânimo ou da intenção; o crime impossível, por força do art. 17 do CP, não tem nenhuma sanção), o novo princípio da ofensividade exige que dessa vontade exteriorizada nasça uma ofensa ao bem jurídico protegido (lesão ou perigo de lesão). A proposita concepção da culpabilidade é o limite subjetivo da responsabilidade penal. A ofensividade é o patamar mínimo para que isso aconteça.

O princípio da Lesividade ou ofensividade, portanto, apresenta em seu conceito a ideia de que unicamente deverão ser elaborados os tipos penais incriminadores que possuem a capacidade de amparar bem jurídico alheio. Sendo assim, não existindo qualquer lesão, não há que se mencionar a criação de tipo penal.

Seguindo este mesmo ponto de vista, os dizeres do doutrinador Guilherme de Souza Nucci (2010, p.90) lecionam assim:

Defendemos, portanto, que a ofensividade (ou lesividade) deve estar presente no contexto do tipo penal incriminador, para validá-lo, legitimá-lo, sob pena de se esgotar o Direito Penal em situações inócuas e sem propósito (...).

Desta forma, a principal intenção da elaboração de novos tipos penais é especialmente efetuar a proteção de bens jurídicos mais importantes. Esta lesão realizada como o dolo de resultar em prejuízo a terceiro, irá ser abalizada como injusta, possuindo como consequência a elaboração de novos tipos incriminadores penais. Ademais, não existindo qualquer ação

prejudicial a qualquer outro indivíduo, não se deve cogitar a criação de novas normas penais.

Os dizeres do doutrinador Zaffaroni (1973, p.226) ensinam, seguindo este mesmo modo de pensar, da seguinte maneira:

O injusto concebido como lesão a um dever é uma concepção positivista extremada; é a consagração irracional de dever pelo dever mesmo. Não há dúvida de que sempre existe no injusto uma lesão ao dever [uma violação a norma imperativa], porém o correto é afirmar que só existe violação quando se afeta o bem jurídico tutelado. Não se pode interromper arbitrariamente a análise do fato punível e se a ação não prejudica terceiros, deve ficar impune, por expressa disposição constitucional.

Sendo ele amparado no artigo 13, do Código Penal, no contexto de que não existe um crime sem ter algum resultado. Desta forma, o delito não é capaz de ser caracterizado somente com o acontecimento de uma ação ou omissão dolosa, imprudente e ilícita, contrariamente a isto, precisa ser observada sob o ponto de vista do princípio da ofensividade, onde a ação ou omissão efetuada considera-se como uma ofensa ao bem jurídico tutelado.

Desta maneira, irá ser necessária à elaboração de tipos penais incriminadores com a intenção de tutelar o bem jurídico relevante, sob pena de fazer com que o Direito Penal se esgote sem qualquer objetivo.

2.3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE OU PROIBIÇÃO DO EXCESSO

A intenção deste princípio é realizar a proibição de intervenções desnecessárias e especialmente as excessivas. Este princípio exige que se realize uma ponderação entre a lesão, ou perigo de lesão, que o bem sofreu e a lesão que o indivíduo que realizou o ato de delito irá sofrer perante a sua sanção. *“Toda vez que, nessa relação, houver um desequilíbrio acentuado, estabelece-se, em consequência, uma inaceitável desproporção”* (Lopes, Maurício Ribeiro. 2000, p. 421). Desta forma, uma pena desproporcional iria representar uma evidente violação à dignidade do homem e uma relevante ofensa à vigência formal e material do Estado de Direito.

Merece destaque a brilhante fala trazida por Luiz Flavio Gomes (2016, p.69), quando diz que:

O princípio da proporcionalidade tem fundamento constitucional (CF, art. 5º, inc. LIV) e traduz a noção de razoabilidade (ou de proibição de excesso). Proporcional é o que não é abusivo, arbitrário ou policaiesco. Toda intervenção penal desnecessária é tirânica (já dizia Montesquieu). A

proporcionalidade existe para conter o exercício arbitrário do direito penal, seja no momento da criminalização primária (legislador), seja no momento operacional (aplicadores do direito). A proporcionalidade não pode justificar, por si só, restrições a direitos fundamentais não previstos em lei (não justifica provas ilícitas em crimes graves, por exemplo).

Este princípio, o da proporcionalidade, objetiva alcançar tanto o poder legislativo, no instante em que este estiver delimitando as punições em abstrato, quanto o juiz, no momento em que estiver estipulando ao autor do ato de delito a sua sanção. *“Assim, nos casos de mínima afetação ao bem jurídico, o conteúdo de injusto é tão pequeno que não subsiste nenhuma razão para o phatos ético da pena”* (Lopes, 2000 p. 65). Nesse sentido a pena só se justifica, quando adequada ao fim que se propõe, necessária, proporcional e equilibrada.

Outro importante papel deste princípio é proporcionar maior equilíbrio a relação entre os direitos individuais e coletivos, isso porque, na concepção de Maurício Ribeiro Lopes (2000, p. 423), seria *“inviável proteger ilimitadamente a liberdade individual em detrimento dos direitos da coletividade”*.

Ao se aplicar o princípio da proporcionalidade, mesmo que *“implique mergulho em universo bastante indeterminado de conceitos e até valores, não pode traduzir arbítrio judicial”* (Lopes, 2000 p. 506), isso apresenta o significado de que o subjetivismo e o relativismo não possui qualquer espaço no que diz respeito a aplicação da proporcionalidade, isso porque esta precisa ser realizada sem prejudicar os valores constitucionais.

Segundo Zaffaroni (1973, p. 230), *“o fundamento do princípio da insignificância está na idéia de proporcionalidade que a pena deve guardar em relação à gravidade do crime”*. Desta forma, nas ocasiões de pequena lesividade ao bem jurídico, o conteúdo do injusto é expressivamente ínfimo que não subsiste algum motivo para a aplicação de algum tipo de pena.

É necessário para concluir, enaltecer, ainda, o entendimento de Luiz Flavio Gomes (2016, p. 47) ao dizer que:

Por força do princípio da intervenção mínima, o que resulta constitucionalmente proibido no nosso país é o chamado direito penal máximo violador, dentre outros, dos princípios da culpabilidade e da proporcionalidade, que consiste no abuso do direito penal para atender finalidades ilegítimas (atemorização pela imposição de penas exemplares, por exemplo), para acalmar a ira da população etc. A utilização do direito penal traz um enorme custo individual e social e ele somente se justifica quando se estiver diante de um bem jurídico relevante que tenha sido ofendido de forma grave, e desde que outros recursos (instrumentos) não possam ser utilizados para se proteger tal bem. O direito penal máximo, tal

qual vem sendo sustentado, é desproporcional, desigual, abusivo e arbitrário (até porque, instrumentaliza uma pessoa para servir de exemplo para a sociedade, violando um dos imperativos éticos de Kant). Os defensores do direito penal máximo que vai além do que é justo são propagadores do estado de polícia. O direito penal deixa de cumprir seu papel de contenção do poder punitivo abusivo (Zaffaroni) quando instrumentaliza o ser humano.

Portanto, verifica-se a necessidade de aplicação do Direito Penal com sua devida proporcionalidade a fim de evitar os males que o excesso de sua aplicação pode causar a um indivíduo.

3. O MINIMALISMO DO DIREITO PENAL EM FACE DO ORDENAMENTO JURÍDICO-PUNITIVO BRASILEIRO

Destarte, cumpre ressaltar que este mostra-se o capítulo mais importante do presente trabalho, visto que é nele em que as principais teses serão apresentadas e explanadas de forma a fazer uma crítica ao sistema de aplicação do Direito Penal no ordenamento jurídico pátrio.

Nesse sentido, antes de adentrar nos sub – tópicos é necessário entender a questão da aplicação do minimalismo do Direito Penal no contexto jurídico – punitivo brasileiro o que de fato não ocorre.

Percebe-se que vivemos hoje uma grande dificuldade de aplicação da presente teoria, haja visto que para a sociedade há uma ideia de que o direito penal consegue resolver todo o problema da criminalidade se o mesmo for supervalorizado.

Entretanto, vemos que não é isso que ocorre, muito pelo contrário, há um aumento da violência, aumenta o surgimento de legislações penais, aumento da população carcerária, ou seja, não dá à sociedade a solução desejada, na verdade gera uma sensação de impunidade e uma dificuldade por parte do poder judiciário para a solução destes conflitos.

A discussão acerca das mudanças e rumos que o Direito Penal deveria tomar começam a surgir em meados da década de 70, tomando uma proporção maior nos anos oitenta por meio de estudos ligados a política criminal e qual a função dogmática o Direito Penal deveria assumir.

Nesse diapasão, em 1988 é promulgada a nossa Carta Maior na qual são elencados uma série de garantias, direitos e princípios de direito penal e processo penal, fortalecendo ainda mais as conquistas já alcançadas.

Entretanto, apesar de estarmos diante de um cenário em que possuímos uma Constituição garantista e consequentemente minimalista a praxe se mostra totalmente ao

contrário, uma vez que a mentalidade dos operadores de direito não acompanharão tal modificação.

Nesse contexto obscuro, surge no ordenamento jurídico brasileiro ao final dos anos oitenta um movimento denominado de Movimento de Lei e Ordem, cuja ideologia confrontava diretamente com a perspectiva trazida pela legislação vigente.

Nota-se que este movimento toma grande proporção no cenário político-jurídico brasileiro, fazendo com que o surgimento de novas legislações penais se tornem cada vez mais comum, tendo como ideologia a de que o Direito Penal deve ser o instrumento de combate a criminalidade, ou seja, deve-se instituir um direito penal de máxima repressão.

Portanto, o surgimento do direito penal mínimo no contexto jurídico – punitivo brasileiro surge somente no papel, no campo das ideias e não na praxe, uma vez que a prática demonstra a anti-ideia da realidade de aplicação do minimalismo do direito penal.

3.1 CONSTITUIÇÃO MINIMALISTA

Necessário é reconhecer que o sistema punitivo brasileiro moldado pelo advento da Constituição Federal de 1988 é de cunho garantista e minimalista (em sua maioria), tendo em vista uma serie de princípios, direitos e garantias criminais que a mesma possui.

Nesse contexto, garantista, segundo Luiz Flavio Gomes (2016, p. 33) citando a genial doutrina de Ferrajoli é:

De conformidade com a doutrina de Ferrajoli (principal expoente do garantismo), garantista é o sistema penal em que a pena, excluindo a incerteza e a imprevisibilidade de sua intervenção, ou seja, que se prende a um ideal de racionalidade, condicionado exclusivamente na direção do máximo grau de tutela da liberdade do cidadão contra o arbítrio punitivo; donde surge o ponto de contato com o minimalismo, do qual o autor também é um dos artífices.

Ou seja, o garantismo penal esta umbilicalmente ligado as teorias minimalistas, tendo em vista que o Direito Penal deve existir, porém adstrito as causas necessárias e gravosas, respeitando assim o pilar do Estado Democrático de Direito que é o princípio da legalidade.

Para compreendermos melhor a ideia de minimalismo penal em face da nossa Carta maior deve-se conceituar os três tipos de politica criminal existentes. O punitivista, o abolicionista e o ,já explicado no decorrer do trabalho, minimalista. E para diferenciar essas teorias nada melhor do que a fala do professor Luiz Flávio Gomes (2006, p. 329):

As primeiras (punitivistas) acreditam no Direito Penal (a paz social só poderá ser alcançada por meio da intensificação do castigo, da distribuição de penas). As segundas não acreditam no Direito Penal (ele seria mais pernicioso do que o próprio crime; “um mal maior”); as terceiras desconfiam dele (desconfiam de sua eficácia para resolver os conflitos penais, não admitem que ele possa resolver os problemas cruciais da sociedade, muito menos da sociedade pós-industrial etc.; procuram justificar a existência do Direito penal, mas para ser aplicado como instrumento de ultima *ratio*, de modo fragmentário e subsidiário e, mesmo assim, respeitando-se todas as garantias penais e processuais estabelecidas pelo Estado constitucional e democrático de Direito).

Diante desse contexto, percebe-se que a atuação do Direito Penal que é o ramo do direito mais invasivo de liberdades individuais, só deve ser aplicado quando verificada a sua extrema necessidade a fim de se reduzir a violência, os danos reais e a gravidade das lesões aos bens jurídicos tutelados de acordo com o que é proposto pelo Garantismo Penal e pela corrente minimalista de política criminal.

Ao se fazer uma extração dos princípios penais que a nossa constituição possui, direta e indiretamente, percebe-se que a mesma possui preponderantemente um caráter político-criminal minimalista, ou seja, ela não se coaduna com a ideia de punitivismo penal (ainda que possua em seu teor algumas características ligadas a essa teoria) e refuta o abolicionismo seja ele radical (não há aplicação do Direito Penal) seja ele moderado (não há pena de prisão).

Entretanto, seria maravilhoso se a teoria fosse a realidade prática já que há um abismo entre essas duas, pois na prática nota-se uma tendência ao maximalismo do Direito Penal.

É o que diz Franciele Cit em seu brilhante artigo sobre “Tendências da política criminal no estado democrático de direito brasileiro: enfoque minimalista consubstanciado na constituição de 1988” (2010, p. 244) :

No Brasil, não obstante a reforma do Código Penal em 1984 e o advento da Carta Constitucional de 1988, houve o recrudescimento e um retrocesso em termos penais, pois inúmeras leis mais repressivas e vedando garantias ao indivíduo foram postas à aplicação. Impende frisar que nem todas as leis vêm com esta característica, todavia, a maior parte delas e as mais defendidas são as punitivistas. Chamada expansão emergencial, que surge com a prevalência da cultura do medo, ou, do direito penal do risco está totalmente ligada ao Movimento.

Portanto o que se tem na prática, é um modelo punitivista focado em penas cruéis, sem se quer saber da eficácia dessa punição, ou seja, trata-se apenas de uma política-criminal populista vez que gera uma falsa sensação de proteção para a sociedade sem nunca apresentar

uma eficácia preventiva.

No entendimento de Luiz Flavio Gomes (2016, p. 31):

O uso do direito penal, fora dos parâmetros estritos da legalidade, constitucionalidade e convencionalidade, transforma-o em um instrumento abusivo do controle social. Historicamente sabe-se que todos os Estados totalitários (comunismo, fascismos, nazismo) ou ditatoriais (ditaduras militares) fizeram preponderar o estado de polícia (coação direta arbitrária sem o amparo de uma norma válida do Estado de direito) sobre o Estado de direito. A função do juiz de semáforo do sistema, por isso mesmo, é de relevância ímpar. Dar sinal verde para o arbítrio significa promover a vitória do incivilizado e bárbaro estado de polícia. Significa ser garantista do estado de polícia.

Portanto a Constituição Federal traz uma ideia de Direito penal em que a doutrina e a jurisprudência tratam como minimalismo, mas que a praxe legislativa é de inflação penal, ou seja, a ideia é uma coisa e a praxe é outra, portanto a praxe legislativa é anti-minimalista, ou seja, se a Constituição Federal de 1988 fosse minimalista, a maioria das leis penais deveriam ser consideradas inconstitucionais, haja visto que não obedeceram a intervenção mínima em seu sentido abstrato, pois há a criminalização de forma direta.

Em suma, para que a CF fosse considerada minimalista ela precisaria trazer mecanismos concretos de consecução do minimalismo, ou seja, ela deveria exigir de forma expressa, ou o STF deveria considerar que ela exige de forma implícita, o uso subsidiário do Direito Penal, isto é, o uso escalonado do Direito Penal, como, por exemplo, usar primeiramente o direito civil, depois se passa para a esfera administrativa, e, por fim, se não houver jeito, daí sim o Direito Penal.

3.2 DOS MANDADOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO

Mandados de criminalização nada mais são que ordens constitucionais ao legislador para que criminalize determinadas condutas tidas como fundamentais à construção de um Estado Democrático de Direitos fundado na dignidade da pessoa humana. Não há aqui a criação de condutas e suas respectivas sanções, há somente uma ordem para que seja definida por leis infraconstitucionais a proteção desses bens fundamentais.

O Estado Democrático de Direito mostra-se como ambiente favorável a existência de mandados de criminalização, é o que defende Gonçalves (2007, p. 308):

Os mandados se justificam num regime de normalidade institucional e democrática, própria dos Estados de Direito, ou Democráticos de Direito, nos quais há distinção entre normas constitucionais e leis ordinárias e entre os exercentes dos poderes legislativo e executivo.

Percebe-se que a nossa Carta Maior não possui em seu bojo leis penais, apenas consagra princípios, direitos e garantias deste ramo, dando assim, uma certa liberdade para o legislador ordinário para criação das legislações penais, mas em sua tarefa deve observar os mandamentos constitucionais de criminalização pois são deles que emanam a obrigação de criminalização de certas condutas.

Para Ponte (2008, p. 152):

Os mandados de criminalização indicam matérias sobre as quais o legislador ordinário não tem a faculdade de legislar, mas a obrigatoriedade de tratar, protegendo determinados bens ou interesses de forma adequada e, dentro do possível, integral.

Nesse escopo a Constituição Federal de 1988 apresenta um extenso rol de normas explícitas em que não se concedem direitos, mas que determinam a criminalização de condutas, sendo elas:

art. 5:

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa.

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para presentes e futuras gerações.

§ 3º. As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 4o. A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

Nota-se então que os mandados constitucionais de criminalização não possuem uma eficácia automática, ou seja, há a necessidade de uma atuação do legislador infraconstitucional para que esses mandados se tornem eficazes. Entretanto a atuação dos legisladores deve se limitar aos valores postos em nossa Carta Maior.

Em todos esses artigos trazidos pela constituição é possível verificar um mandado de criminalização expresso, tendo em vista o caráter fundamental de seus bens e valores.

Nesse sentido, nos ensina Gilmar Ferreira Mendes (2013, p. 474 e 475):

Em verdade, tais disposições traduzem uma outra dimensão dos direitos fundamentais, decorrente de sua feição objetiva na ordem constitucional. Essa traduz o conceito de que o Estado não deve apenas observar os direitos indivíduos em face das investidas do Poder Público (direito fundamental enquanto direito de proteção ou de defesa – Abwehrrecht), mas garantir os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros (Schutzpflicht des Staats).

Essas normas supramencionadas apontam o dever de proteção que o constituinte impôs por intermédio de mandados de criminalização ao legislador. É importante ressaltar que a CF/88 adotou o mais amplo catálogo de mandados de criminalização.

Devemos à luz da teoria dos mandados de criminalização, preconizar, ainda que não seja pacífico, a existência de mandados implícitos no texto constitucional, haja vista que podem ser extraídos dos valores existentes ao longo do bojo da Constituição. Deste modo, percebe-se que tal teoria é considerável risco pois a mesma dá uma liberdade muito grande para interpretações.

Nesse contexto a CF/88 não deixou expresso o que deveria ser feito, todavia salientou a importância de determinados valores, assim como a necessidade de sua proteção constitucional. São exemplos de mandados constitucionais implícitos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à

propriedade, nos termos seguintes:

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

VI - e inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

XII - e inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

Para Feldens (2005, p. 139) os mandados implícitos estão basicamente ligados a valores como a vida, dignidade da pessoa humana e liberdade, eis que estes formam o centro da proteção jurídico criminal.

No tocante aos mandados implícitos, entende-se esse primor constitucional como necessidade de se utilizar o Direito Penal para ajudar nessa proteção.

Segundo o brilhante doutrinador Claus-Wilhelm Canaris existem 3 critérios para o reconhecimento de um mandado de criminalização implícito:

Aplicabilidade da hipótese normativa de um direito fundamental, ou seja, é preciso analisar se, simplesmente pelo fato de se tratar de um direito fundamental, o dever de proteção merece aplicação incondicional. Ilicitude da ação interventiva, em face do qual o agente causador de um dano a terceiro não pode invocar em seu favor a titularidade de direitos fundamentais, tais como, a liberdade, isto é, a violação de bens jurídicos alheios configura uma barreira jusfundamental geral ao exercício do direito de liberdade. Necessidade de proteção normativa ditada pelas circunstâncias fáticas: determina que os direitos fundamentais mais elementares, como a vida, a dignidade humana, a incolumidade física e moral e a liberdade, dotados que são de inquestionável primazia constitucional, quando submetidos a ataques mais repulsivos, exigem, constitucionalmente, proteção penal.

Para compreender melhor esse tema, faz-se necessário utilizar a doutrina do Ministro Gilmar Ferreira Mendes (2013, p. 475):

Outras vezes cogita-se mesmo de mandados de criminalização implícitos, tendo em vista uma ordem de valores estabelecida pela Constituição. Assim, levando-se em conta o dever de proteção e a proibição de uma proteção deficiente ou insuficiente (Untermassverbot), cumpriria ao legislador estatuir o sistema de proteção constitucional- penal adequado.

Por outro lado, é nítido que a atuação do legislador deverá sempre ser limitada pelo princípio da proporcionalidade, que segundo a dogmática Alemã possui dois escopos conforme Mendes (2013, p. 475 e 476) nos ensina:

Assim, na dogmática alemã, é conhecida a diferenciação entre o princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (Übermassverbot) e como proibição de proteção deficiente (Untermassverbot). No primeiro caso, o princípio da proporcionalidade funciona como parâmetro de aferição da constitucionalidade das intervenções nos direitos fundamentais como proibições de intervenção. No segundo, a consideração dos direitos fundamentais como imperativos de tutela (Canaris) imprime ao princípio da proporcionalidade uma estrutura diferenciada¹³. O ato não será adequado caso não proteja o direito fundamental de maneira ótima; não será necessário na hipótese de existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; e violará o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito se o grau de satisfação do fim legislativo for inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção.

Essa teoria surgiu pela primeira vez em 1975, no Tribunal Constitucional Federal Alemão ao reconhecer a inconstitucionalidade da legislação que permitia o aborto nos 3 primeiros meses de gestação. Tal inconstitucionalidade ocorreu haja vista ter um mandado de criminalização implícito na Constituição Alemã. No livro do Ministro Gilmar Ferreira Mendes (2013, p. 476) há um trecho da segunda decisão sobre aborto do Tribunal Constitucional Alemão acerca da utilização do princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente, que merece destaque:

O Estado, para cumprir com seu dever de proteção, deve empregar medidas suficientes de caráter normativo e material, que levem a alcançar – atendendo à contraposição de bens jurídicos – a uma proteção adequada, e como tal, efetiva (proibição de insuficiência).

(...)

É tarefa do legislador determinar, detalhadamente, o tipo e a extensão da proteção. A Constituição fixa a proteção como meta, não detalhando, porém, sua configuração. No entanto, o legislador deve observar a proibição de insuficiência (...). Considerando-se bens jurídicos contrapostos, necessária se faz uma proteção adequada. Decisivo é que a proteção seja eficiente como tal. As medidas tomadas pelo legislador devem ser suficientes para uma proteção adequada e eficiente e, além disso, basear-se em cuidadosas averiguações de fatos e avaliações racionalmente sustentáveis (...).

Portanto, a obrigação de se criminalizar deve ser pautada por meio de um juízo de proporcionalidade, tendo como escopo a proibição do excesso (funciona como limite máximo) e a proibição da proteção insuficiente (funciona como limite mínimo da intervenção penal). Ademais, uma vez acatado pelo legislador ordinário o comando constitucional de criminalização, o legislador ordinário estaria desautorizado de revogar a lei.

Em suma, a ideia de utilização do Direito penal como *ultima ratio* cai por água abaixo diante das quantidade imensurável de mandados de criminalização, seja ele explícito ou implícito, pois ainda que obedeça o princípio da proporcionalidade é clara a vontade do legislador de criação de condutas criminais.

3.3. A INCAPACIDADE DO PODER LEGISLATIVO NA APLICAÇÃO DO MINIMALISMO PENAL

Diante do contexto apresentado por nossa constituição é clara a conclusão de que o sistema penal atual não se coaduna com os preceitos de um Estado Democrático de Direito. Visto que a resposta do legislativo em face a desordem política atual se confirma por intermédio de legislações que em sua grande maioria é votada sob o alvoroço social de um população que clama por justiça sem haver sequer uma preocupação com as reais necessidades de aplicação de um sistema punitivo baseado nos princípios expressos em nossa constituição.

E assim leciona Luiz Flávio Gomes (2016, p. 43/44):

(...) De acordo com a concepção minimalista, o direito penal é instrumento de *ultima ratio* (só deve ser usada em último caso). O uso incontido ou desmedido do direito penal leva inexoravelmente ao estado policialesco. O direito penal, em suma, quando se transforma em instrumento de *prima ratio* perde seu caráter essencial de subsidiariedade. Isso é o que vem acontecendo com o direito desde o Código Penal de 1940, o mais punitivista de todos. Confia-se numa estridente intervenção simbólica (nos textos legais) como meio para a contenção da criminalidade (*deterrence*). A certeza do castigo sempre foi um objetivo postergado. No atual quadro de expansão do populismo punitivo, o uso desmedido do direito penal encontra amplo apoio popular e midiático. Isso significa que não vivemos numa democracia pura, sim, no campo punitivo o que vigora é a oclocracia (governo influenciado pelas massas). Na era do espetáculo as decisões político-criminais não são tomadas para mudar a realidade, sim, para promover mais espetáculo (Baratta).

É possível identificar a partir de uma análise da fala acima que desde 1940 com o surgimento do Código Penal e sua reforma em 1984, e a promulgação da CF/88 tivemos um retrocesso em termos políticas criminais diante do crescimento de legislações repressivas e punitivistas, em que se visa penas severas sem garantia de sua eficácia, demonstrando o seu caráter populista uma vez que segundo os ideais sociais acredita-se que a valorização do direito penal resolve o problema da criminalidade.

Devemos, aqui, observar a ideia trazida pela professora e autora Alice Bianchini que nos brinda em seu artigo “A concepção minimalista do direito penal” (2012) com os seguintes dizeres:

O que se vê, entretanto, é que a utilização do Direito repressivo, que deveria ser caracteristicamente contenciosa, tem, cada vez mais, ganhado força, a ponto de todos e quaisquer problemas que surjam na sociedade virem acompanhados, quando se está buscando contemporizá-los, por propostas que remetem ao Direito penal. O princípio da intervenção mínima não teve, até hoje, a aplicabilidade pretendida, sendo que já em 1819 Carl Joseph Anton Mittermaier considerava um grande problema o excesso de leis que versavam sobre Direito penal, produto da concepção equivocada de que desta forma chegariam a bom termo os conflitos vinculados à criminalidade. A produção legislativa em escala foi se tornando recorrente e chega aos dias de hoje, talvez, até, com repercussões negativas maiores. No Brasil há, pelo menos, duas centenas de leis em vigor que, de forma exclusiva ou juntamente com disposições de outras ordens, tratam de questões de âmbito penal, o que aponta para uma hipervalorização do sistema punitivo.

Essa hipervalorização do sistema punitivo no ordenamento jurídico pátrio é o que denominamos de Direito Penal Máximo, tendo como base o direito norte-americano conhecido como “Movimento de Lei e Ordem” e “Tolerância Zero”, tais políticas são pautadas na ideia que o direito penal surge e serve para solucionar todos os problemas advindos da sociedade sem se importar propriamente a lesão ao bem jurídico tutelado.

O que se percebe diante disso é que esse movimento toma força e apresenta um considerável crescimento nas últimas decas, uma vez que inúmeras leis são criadas em que há um recrudescimento das garantias penais, ou seja, há um aplicação de repressão máxima a fim de se reduzir tais garantias, mostrando que as leis posteriores a Constituição Federal estão carregadas de uma ideologia de Direito Penal Máximo.

Nota-se que é um erro acharmos que este modelo baseado na aplicação máxima do direito penal é um bem para a sociedade e para o nosso ordenamento jurídico.

Portanto esta clara a incapacidade do Poder Legislativo na aplicação da vertente do minimalismo do direito penal, haja vista a “elefantíase legislativa” que estamos vivendo nas

últimas décadas seja ela por clamor de justiça, seja porque a nossa própria constituição possui em seu bojo os mandados constitucionais de criminalização, caindo por terra assim a afirmação pela doutrina e jurisprudência de que a nossa Carta Republicana possui uma vertente minimalista.

3.4. O ESTATUTO DO DESARMAMENTO COMO UMA DEMONSTRAÇÃO DA NÃO APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MINIMALISMO PENAL

Este é o último ponto a ser discutido no presente trabalho justamente por ser a nossa conclusão de que o ordenamento jurídico-punitivo brasileiro não se encaixa nos moldes da vertente das correntes minimalistas até agora estudadas, ainda que o mesmo possua diversas garantias penais e processuais penais. O que na prática não ocorre a sua consecução, é o que vai ser demonstrado a luz do estatuto do desarmamento.

Cumprido ressaltar que aqui não estamos a discutir a questão do desarmamento, propriamente dito, no Brasil. Busca-se por uma análise crítica e criminológica demonstrar que o estatuto do desarmamento é a clara forma de não aplicação do minimalismo do direito penal, uma vez que não há que se falar em minimalismo quando o legislador opta por utilizar crimes de perigo abstrato em seu bojo, antecipando a previsibilidade de dano a coletividade e que na presente lei esta demasiadamente entupida desse tipo de crime.

É necessário definir o conceito desses crimes para que possamos compreender melhor a afirmação supramencionada. Entende-se por crimes de perigo aqueles que para se consumar basta a mera exposição do bem a perigo de dano, ou seja, são formas de antecipação da tutela penal em que o legislador em busca da proteção a determinados bens. Os crimes de perigo se subdividem em concreto que é quando há a existência efetiva de perigo ao bem protegido, e em abstrato em que essa situação de perigo é presumida.

Merece destaque a fala de Pierpaolo Cruz Bottini em seu artigo “Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco” (2007) ao dizer “*o tipo de perigo abstrato é a técnica utilizada pelo legislador para atribuir a qualidade de crime a determinadas condutas, independentemente da produção de um resultado externo.*” E ainda ao dizer que “[...] *sob o aspecto formal, a mera prática da conduta indicada na norma exaure os aspectos objetivos do tipo penal*”. Ressalta ainda que “*o núcleo do injusto penal é a conduta praticada: o desvalor reside na ação e não no resultado, dispensado para a configuração formal do ilícito.*”

Para o mestre Cezar Roberto Bitencourt (2012, p.274):

(...) O perigo abstrato pode ser entendido como aquele que é presumido *juris et de jure*. Nestes termos, o perigo não precisaria ser provado, pois seria suficiente a simples prática da ação que se pressupõe perigosa. (...) Se o legislador penal pretende admitir a existência de crimes de perigo abstrato, é necessário ajustar, com a maior precisão possível, o âmbito da conduta punível, sem deixar de lado os princípios limitadores do exercício do poder punitivo estatal, com o fim de se evitar uma expansão desmedida do Direito Penal.

Ora, estaríamos regredindo novamente e reconhecendo o que Jakobs classificaria como direito penal do inimigo, uma vez não há necessidade de um resultado natural, não há necessidade de um resultado jurídico comprovado, não necessidade de comprovação de dano ao bem jurídico, ou seja, é uma conduta que lei presume que seja perigosa, punindo diretamente o inimigo do Estado sem se importar na capacidade lesiva de sua ação.

Diante desse contexto, não há como considerar que um Estatuto é minimalista se os meios para a sua consecução demonstram que o legislador optou por criminalizar a conduta praticada pelo agente, ainda que ineficaz como são os casos de porte de arma de fogo desmuniçada e porte de munição, sem se levar em consideração o resultado e a própria questão da lesividade ao bem jurídico protegido.

O que percebe ,portanto, e que corrobora com a tese de que nosso ordenamento jurídico não segue a vertente minimalista do direito penal não é só a inflação de leis penais mas sim a inflação dessas leis por meios de crimes de perigo abstrato, e é o que destaca Bottini (2007):

A ânsia pela prevenção, pela intervenção antecipada do controle penal, por controlar o acaso e a tragédia decorrente de inúmeros riscos assumidos pela sociedade atual, leva o legislador a estabelecer como penalmente relevante o mero comportamento, independentemente de seu resultado de perigo ou de lesão. Não é por acaso que a produção legislativa penal atual tem como núcleo o tipo de perigo abstrato (Lei 10.826/03 – Estatuto do Desarmamento).

É o que caracteriza a atual conjuntura de nosso sistema penal, considerado como um Direito Penal do Autor ou Inimigo em que se pune o mero comportamento subversivo a norma ainda que não haja potencialidade de causar resultado lesivo. É o que diz Cornelius Prittwitz (2004, p. 41), “*é um direito penal por meio do qual o Estado confronta não os seus cidadãos, mas seus inimigos*”, deixando a clara ausência de elementos minimalistas na construção do estatuto.

Por fim, e a título exemplificativo, iremos trabalhar com alguns dos crimes previstos no estatuto e que demonstram a real vontade do legislador ao aplicar o direito penal nessa

legislação que comprova que o mesmo não atua sob o prisma do minimalismo penal.

O primeiro delito a ser analisado é o porte ilegal de arma de fogo de uso permitido (14 do estatuto):

Art. 14. Portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. O crime previsto neste artigo é inafiançável, salvo quando a arma de fogo estiver registrada em nome do agente.

Estamos diante de um dos delitos de perigo abstrato trazidos pelo legislador, e o que se busca discutir aqui foi a opção de se punir inclusive o porte de arma de fogo desmuniçada o que deixa clara a vontade de se utilizar um direito penal máximo.

É cediço, que estamos diante de uma clara violação aos princípios da lesividade e ofensividade, uma vez que no caso em tela não se há se quer a análise desses quesitos, sendo que uma arma sem a sua devida munição nao oferece perigo de lesão, nem em sua modalidade abstrata, estamos diante de um crime de perigo abstrato por absoluta impropriedade do objeto.

É o que tem decidido em alguns casos o STF:

[...] No porte de arma de fogo desmuniçada, é preciso distinguir duas situações, à luz do princípio de disponibilidade: (1) se o agente traz consigo a arma desmuniçada, mas tem a munição adequada à mão, de modo a viabilizar sem demora significativa o municionamento e, em consequência, o eventual disparo, tem-se arma disponível e o fato realiza o tipo; (2) ao contrário, se a munição não existe ou está em lugar inacessível de imediato, não há a imprescindível disponibilidade da arma de fogo, como tal - isto é, como artefato idôneo a produzir disparo - e, por isso, não se realiza a figura típica. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RHC no 81057. 1a Turma. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Julgado em 25/05/2004. Publicado DJ 29/04/2005)

Segundo as concepções minimalistas e garantistas do direito penal, para que um fato seja típico deve haver uma lesão efetiva ou potencial em concreto ao bem jurídico tutelado, e é por isso que segundo o princípio da ofensividade a arma desmuniçada não possui idoneidade ofensiva ao bem jurídico, e, portanto, deveria ser considerado uma conduta penalmente atípica, devendo ser utilizados outros ramos do direito como o direito civil e administrativo para a sua resolução.

Outro delito previsto no estatuto do desarmamento que demonstra a clara falta de aplicação do minimalismo é o porte de munição ou acessório (artigo 14 uso permitido; artigo

16 uso proibido) que gera uma pena totalmente desigual com a conduta, uma vez que o agente que portar tal munição responderá como se fosse pelo crime de porte de arma de fogo.

É o que já decidiu a sexta turma do STJ:

[...] 4. Se este órgão fracionário tem proclamado que a conduta de quem porta arma de fogo desmuniçada é atípica, quanto mais a de quem leva consigo munição sem arma adequada ao alcance. 5. Ordem concedida. (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC118773/RS. 6a Turma. Relator: Min. Og Fernandes. Julgado em 16/02/2012. Publicado em 18/06/2012)

Não há se quer, capacidade lesiva o porte exclusivo de munição o que, portanto, se mostra penalmente irrelevante e desproporcional a sua criminalização, sendo que mais uma vez uma conduta de tal categoria deveria ser regulada pelo direito administrativo em respeito ao princípio da ofensividade, lesividade e intervenção mínima.

Destaque ao que foi relatado pelo Ministro do STJ Vicente Cernicchiaro:

(...)A infração penal não é só conduta. Impõe-se, ainda, o resultado no sentido normativo do termo, ou seja, dano ou perigo ao bem jurídico tutelado. A doutrina vem, reiterada, insistentemente renegando os crimes de perigo abstrato. Com efeito não faz sentido punir pela simples conduta, se ela não trazer, pelo menos, probabilidade de risco ao objeto jurídico ... A relevância criminal nasce quando a conduta gerar perigo de dano. Até então, a conduta será atípica. (BRASIL, STJ, REsp 34.322-0-RS, 6a T., Rel. Vicente Cernicchiaro, j. 1.6.93, v.u., *DJU* de 2.8.93, p. 14.295).

Diante disso, estaríamos retrocedendo a aplicação de nosso direito penal como ensinado por Luiz Flávio Gomes (2012) ao dizer:

Por último, é epistemologicamente insustentável, na medida em que o perigo abstrato puro (ou presumido) se contenta com a mera realização da conduta (da ação) presumidamente ofensiva, tal como foi desenhado no direito penal nazista da Escola de Kiel sobretudo por Dahm e Schaffestein (2011: p. 61 e ss.)

Está evidente, portanto, que o Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826/2003) é a clara demonstração na praxe legislativa da não aplicação da vertente do minimalismo do Direito Penal, demonstrando em todos os aspectos que essa teoria em face do contexto jurídico punitivo brasileiro só é aplicada na teoria.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto no decorrer do presente trabalho, passa-se as considerações finais a fim de se traçar a real atualidade do sistema jurídico-punitivo brasileiro, e o que devemos buscar como operadores desse sistema para que seja aplicada uma política criminal pautada no garantismo e minimalismo do Direito Penal.

Inicialmente, foi apresentado um contexto histórico em que se demonstra o surgimento da teoria de um direito penal mínimo diante das atrocidades que vinham acontecendo na aplicação desse ramo do direito, fazendo com que sua única e exclusiva função fosse a de retribuição a lesão ao bem jurídico, sendo a pena de prisão a forma de punir.

Com o surgimento da teorias críticas de criminologia e diante do contexto citado, nasce o minimalismo do direito penal como uma forma de assegurar que este ramo do direito somente será usado em último caso.

Dito isso, no decorrer do trabalho foi posto em discussão se a nossa constituição acompanha o direito penal em sua vertente minimalista, uma vez que para a maioria dos doutrinadores e para a nossa jurisprudência conforme decisões que vem sendo dadas a mesma apresenta características dessa teoria.

Entretanto o que se pode observar, já desde o início, é que não há que se falar em minimalismo do direito penal em seu bojo pois a mesma conta com diversos mandados constitucionais de criminalização, explícitos e implícitos, fazendo com que haja uma inflação de legislações penais.

Não obstante a isso, o nosso poder legislativo não satisfeito, impõe legislações penais que em seu teor apresentam características de uma concepção ultrapassada de Direito penal, positivista legalista, causalista, subjetivista, antinormativista, movida pelo clamor da sociedade por justiça, demonstrando justamente a falta de aplicação da vertente minimalista no desenvolvimento de legislações penais, o que dá causa a um Direito Penal Máximo.

O que, todavia, precisa -se entender é que entre o modelo abolicionista e o máximo do Direito Penal, deve existir o que Rogério Greco classificou como Direito Penal do Equilíbrio, ou seja, justamente a aplicação da esfera penal de maneira mínima para uma busca de soluções dos problemas da sociedade baseado no modelo garantista de Ferrajoli, intervindo somente quando o valor do bem jurídico agredido justificar sua intervenção, analisando ainda se as demais searas do direito não podem solucionar tal questão.

Além disso, entende-se que diante de um modelo garantista e minimalista cujo suas preocupações estão voltados aos direitos e garantias individuais moldados por um Estado

democrático de Direito ao criminalizar determinadas condutas deve ter em mente a obediência aos seguintes princípios: princípio da proteção de bens jurídicos relevantes, princípio da ofensividade princípio da insignificância, intervenção mínima, também aqui opera o caráter de fragmentariedade e subsidiariedade do Direito penal, princípio da necessidade, princípio da adequação, princípio da ofensividade, princípio da proporcionalidade como proibição do excesso e proibição de proteção insuficiente.

É certo que o que foi mencionado não ocorre em nosso ordenamento jurídico, haja vista que conforme demonstrado pelo próprio estatuto do desarmamento a inserção de crimes de perigo abstrato é a clara falta de aplicação da vertente minimalista, pois de acordo com esses crimes pune-se somente a conduta do agente e não o seu resultado lesivo ao bem jurídico, sendo que há uma antecipação do legislador como forma de proteção da norma.

Em suma, devemos buscar em nosso ordenamento jurídico uma harmonização entre o garantismo constitucional e a aplicação de um Direito Penal mínimo, utilizando-se inclusive de medidas político-criminais despenalizadoras. É o que ensina Heleno Cláudio Fragoso (1991, p.17):

(...)Uma política criminal moderna orienta-se no sentido da descriminalização e da desjudicialização, ou seja, no sentido de contrair ao máximo o sistema punitivo do Estado, dele retirando todas as condutas antissociais que podem ser reprimidas e controladas sem o emprego de sanções criminais.

Desta maneira, portanto, conseguiremos a eficiente aplicação das finalidades reais do Direito penal, tornando nosso sistema jurídico-punitivo eficaz, de modo que torne a sua atuação legítima e possa realmente atingir os fins de prevenção a que se deve buscar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2007.
- BIANCHINI, Alice. **A Concepção Minimalista Do Direito Penal**, 2012. Disponível em: <https://professoraalice.jusbrasil.com.br/artigos/121814372/a-concepcao-minimalista-do-direito-penal> . Acesso em: 23 de nov de 2016
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado De Direito Penal**, v.1. 16. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes De Perigo Abstrato E Princípio Da Precaução Na Sociedade De Risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Os Crimes De Perigo Abstrato E O Supremo Tribunal Federal**. Observatório da Jurisdição Constitucional. Ano2. Brasília. Outubro 2008. Disponível em: <http://ojs.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/.../190/161>. Acesso em: 29/10/2008.
- BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**, REsp 34.322-0-RS, 6a T., Rel. Vicente Cernicchiaro, j. 1.6.93, v.u., DJU de 2.8.93, p. 14.295).
- BRASIL, **Superior Tribunal De Justiça**. HC118773/RS. 6a Turma. Relator: Min. Og Fernandes. Julgado em 16/02/2012. Publicado em 18/06/2012.
- BRASIL. **Constituição Da República Federativa Do Brasil - 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em 20 de nov de 2016
- BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. RHC no 81057. 1a Turma. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Julgado em 25/05/2004. Publicado DJ 29/04/2005
- CANARIS, C. W. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**, Tradd. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto, Ed. Almedina, 2003, p. 43-50.
- CIT, Franciele. **Tendências Da Política Criminal No Estado Democrático De Direito Brasileiro: Enfoque Minimalista Consubstanciado Na Constituição De 1988**. REVISTA DA ESMESC, v. 17, n. 23, 2010
- CONDE, Francisco Munõz. **Direito Penal e Controle Social**. 1ª ed. Rio de Janeiro. Editora Forense 2005.
- COSTA, Renato Lopes. **Direito Penal Mínimo: Eficácia E Aplicabilidade No Contexto Brasileiro Atual**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/76-243-1-pb.pdf> . Acesso em: 10 de nov de 2016
- FELDENS, Luciano. **A Constituição Penal**. 1.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005,

p.139

FERRAJOLI, Luigi. **Direito E Razão: Teoria Do Garantismo Penal**. Tradução de Ana Paula Zomer; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 239-333.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições De Direito Penal: A Nova Parte Geral**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 17.

GOMES, Luiz Flávio, BIANCHINI, Alice e DAHER, Flávio. **Direito Penal: Parte Geral (Arts. 1º A 120)**. Editora Impetus, 2016 2ª edição.

GOMES, Luiz Flávio; 2012 **Crime De Perigo Abstrato Ou De Perigo Concreto?**

<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121931288/crime-de-perigo-abstrato-ou-de-perigo-concreto> Acesso em 24 de nov de 2016

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. **“Direito Penal” Do Inimigo E Os Inimigos Do Direito Penal**. Revista Ultima Ratio. Coord. Leonardo Sica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, ano 1, p. 329-356.

GONÇALVES, L. C. S. **Mandados Expressos De Criminalização E A Proteção De Direitos Fundamentais Na Constituição Brasileira De 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 308.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Vol. I. 13ª Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

GRECO, Rogério. **Direito Penal Do Equilíbrio: Uma Visão Minimalista Do Direito Penal**. 6. ed., rev., ampl. e atual. Niterói, RJ: Impetus, 2011.

JAKOBS, Günther. **Ciência Do Direito E Ciência Do Direito Penal**. Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. São Paulo:Manole, 2003. V.1. Coleção Estudos de Direito Penal.

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. **Princípio Da Insignificância No Direito Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípio Da Insignificância No Direito Penal: Análise À Luz Da Lei 9.099/95: Juizados Especiais Criminais, Lei 9.503/97, Código De Trânsito Brasileiro E Da Jurisprudência Atual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípio Da Insignificância No Direito Penal: Análise À Luz Da Lei 9.099/95**. São Paulo: RT, 1997. p. 39.

MACEDO, G. de. **Criminologia**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1977.

MASSON, Cléber Rogério. **Direito Penal Esquematizado – Parte Geral**. 2. ed. São Paulo: Método, 2009.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal Do Inimigo: A Terceira Velocidade Do Direito Penal**. Curitiba: Juruá, 2011.

- NUCCI, Guilherme de Souza, **Manual De Direito Penal, Parte Especial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- PONTE, A. C. **Crimes Eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 152
- PRADO, Luiz Regis. **Curso De Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- PRITTWITZ, Cornelius. **O Direito Penal Entre Direito Penal Do Risco E Direito Penal Do Inimigo: Tendências Atuais Em Direito Penal E Política Criminal**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais. n. 47, 2004.
- QUEIROZ, Paulo de Souza. **Curso De Direito Penal: Parte Geral**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: Parte Geral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. XX.
- RUDOLFO, Fernanda Mambrini. **Proporcionalidade: do excesso de proibição e da proteção deficiente, 2015**. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/proporcionalidade-do-excesso-de-proibicao-e-da-protecao-deficiente-por-fernanda-mambrini-rudolfo/> Acesso em: 20 de nov de 2016
- SILVA-SÁNCHEZ, Jesús María. **A Expansão Do Direito Penal: Aspectos Da Política Criminal Nas Sociedades Pós-Industriais**. tradução Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- VOLTAIRE apud FERNANDES, Casas. **Voltaire Criminalista**, Madrid, 1931, p. 27.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Teoria Del Delito**. Buenos Aires: Sociedad Anônima, 1973.