



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFPG  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS  
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

JOÃO PEDRO ALVES OLIVEIRA NETO

A LEI DE CONTRAVENÇÕES PENAIS SOB A ÓTICA DO DIREITO PENAL MÍNIMO

SOUSA  
2016

JOÃO PEDRO ALVES OLIVEIRA NETO

A LEI DE CONTRAVENÇÕES PENAIS SOB A ÓTICA DO DIREITO PENAL MÍNIMO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

**Orientador:** Prof. Dr. Jardel de Freitas Soares

SOUSA

2016

JOÃO PEDRO ALVES OLIVEIRA NETO

A LEI DE CONTRAVENÇÕES PENAIS SOB A ÓTICA DO DIREITO PENAL MÍNIMO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande-UFCG, como exigência parcial para obtenção do título de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Dr. Jardel de Freitas Soares.

Data da aprovação: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_.

BANCA EXAMINADORA:

---

Prof. Dr. Jardel de Freitas Soares

Orientador

---

Membro da Banca Examinadora

---

Membro da Banca Examinadora

À minha mãe, **Maria das Graças**, por sua renúncia, sacrifício e afeto, os quais jamais conseguirei retribuir na mesma intensidade.

Dedico.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus, meu fiel escudeiro, que me abençoou com saúde, força e determinação para continuar a lutar por todos os meus sonhos e projetos.

À minha mãe, Maria das Graças, por sua renúncia, sacrifício e cuidado. Por ser mãe e pai, e sempre acreditar e investir no meu potencial, me educando com o seu amor e dedicação incondicionais. Por ter me ensinado, desde criança, a sorrir quando as coisas ficarem difíceis, a ter perseverança e ter consciência de que, apesar de todas as adversidades da vida, sempre haverá um amanhã para se reerguer. Mãe, esse mérito é nosso!

Ao meu pai, João Filho (*in memoriam*), por ter me dado o dom da vida, e ser o meu exemplo de honestidade.

Aos meus irmãos, Tatiane, Diego e Tamirys, com quem dividi não só todas as minhas glórias, mas todos os percalços e tropeços que a vida, sem sucesso, nos impôs. Sempre serei grato pelos seus apoios e torcidas.

Aos meus queridos avós maternos, Dona Maria (*in memoriam*) e “Seu Pedro Bernardo” (*in memoriam*), por quem guardo um amor incondicional e uma gratidão sem tamanho. Vovó, por todo seu cuidado e afeto. Nunca esquecerei da sua doçura nas tardes em que me ninou, e do sabor do desjejum que a senhora religiosamente servia-me antes de ir à escola. Vovô – de quem espero ter herdado não só o nome, mas a hombridade e o caráter –, por todo o amparo e proteção dispensados.

À minha “Família Oliveira”; tios/as, primos/as e, em especial, à minha madrinha, Maria (*in memoriam*), que está no céu guiando os passos daqueles que, com amor, deixou na Terra; por todo suporte moral e material que me dispensaram nas horas de maior dificuldade. Sei que, hoje, estão tão felizes quanto eu, porque essa vitória também é de vocês.

Aos amigos do ontem e do hoje, que jamais perderão seus lugares na minha vida. Em especial, aos “The Vaneios”, como batizei Paloma, Mariana, Mayanne, Ingridy, Pedro e Sandra. Por serem minha zona de conforto e os irmãos afetivos que tenho prazer de ter na vida. Obrigado por todas as palavras de incentivo e pelo inocente e desinteressado amor, que torna nosso grupo tão forte e unido.

À Laiz Medeiros, um dos melhores presentes que o curso de Direito me proporcionou, por quem guardo um amor sincero, um carinho imenso e tenho

sentimentos de companheirismo e amizade que palavra nenhuma conseguirá explicar. Apenas nós sabemos, nós sentimos!

Aos Promotores de Justiça Dr. Lean Xerez e Dr<sup>a</sup>. Fabiana Mueller, bem como à Magistrada Dr<sup>a</sup>. Adriana Lins, profissionais com os quais tive a honra de estagiar e que são grandes inspirações pessoais, pelo desempenho sensível, proativo e imparcial de suas funções. Com os senhores, aprendi lições para minha carreira e para minha vida. Em qualquer conquista que eu obtenha futuramente, a marca de todos será indelével.

Aos meus colegas de sala e amigos de vida; Páoola Cellést, Concita, Anderson Ricardo, Anderson Rafael e Walter; pelo companheirismo, consideração e respeito que construímos ao longo desses quase seis anos de Faculdade, além de me concederem hospedagem em Sousa todas as vezes em que precisei. Com vocês, compartilhei engraçadas histórias, dentro e fora dos muros da UFCG, que tornaram a minha lida diária pelo diploma muito mais leve.

Aos meus queridos conterrâneos, também colegas de sala e amigos de vida; Sara, Ronivon e Mariana; por amenizarem e compartilharem, com conversas e brincadeiras, o fardo de percorrer diariamente 150 longos e exaustivos quilômetros para estudar. Lembro-me de quando começamos os estudos em 2011 e como sonhávamos com este momento, que efemeramente chegou. Sem vocês, todos esses anos de estudos na UFCG teriam se passado bem mais sombrios e difíceis.

Ao Grupo Azul, responsável pelas gestões mais atuantes do movimento estudantil do CCJS, que me acolheu desde que cheguei à Sousa, e que sempre tive o orgulho de seguir e fazer parte, sendo um dos responsáveis pela minha determinação e amadurecimento.

Ao meu orientador, Jardel de Freitas, por fornecer, através de seu conhecimento, a base para a construção deste trabalho, além de sempre ter estado presente para me auxiliar, mesmo com todas as impossibilidades de tempo e espaço, com muito empenho e dedicação.

A vocês, que fazem parte dessa história, de minhas lutas e minhas vitórias, sem os quais não seria da forma que hoje sou.

Meu muito obrigado!

*“Ali onde chovem leis penais continuamente, onde por qualquer motivo surge entre o público um clamor geral de que as coisas se resolvam com novas leis penais ou agravando as já existentes, aí não se vivem os melhores tempos para a liberdade, cujas consequências serão perceptíveis também para os que exigiram de forma mais ruidosa – ali se pode pensar na frase de Tácito: ‘pessima respublica, plurimae lege’”.*

(Carl Ludwing von Bar)

## RESUMO

O desígnio deste trabalho é avaliar a colação da Lei de Contravenções Penais com os princípios e garantias constitucionais aplicáveis ao Direito Penal. Para isso, será empregada uma abordagem a partir da teoria do Direito Penal Mínimo, julgando o seu aspecto no garantismo jurídico e na Constituição. Inicialmente, será analisado o contexto histórico e político do momento em que a Lei de Contravenções Penais foi elaborada, através do estudo do período chamado de “Estado Novo”, caracterizado por grande instabilidade política, do projeto que deu origem a referida lei, assim como apontar as diferenças existentes entre os crimes e as contravenções penais. Outrossim, será descrita a teoria do Direito Penal Mínimo e os seus princípios mais proeminentes que enfrentam a Lei de Contravenções Penais. Por fim, procederá uma análise acurada acerca da recepção das Contravenções Penais no hodierno contexto do ordenamento jurídico brasileiro, enfatizando-se as suas dificuldades práticas e contrassensos, por intermédio do exame doutrinário e jurisprudencial dos delitos-anões previstos nos artigos 21, 42, 50, 58, 62, 63 e 65 da Lei de Contravenções Penais (Decreto-Lei nº 3.688/41).

**Palavras-chave:** Contravenções Penais. Direito Penal Mínimo. Princípios Constitucionais Penais.



## ABSTRACT

The objective of this study is to evaluate the collation of the Law of Penal Violations with the principles and constitutional guarantees applicable to the Criminal Law. For this, will be employed an approach as from the theory of the Minimum Criminal Law, judging his aspect in the juridical guaranteeism and in the Constitution. Initially, will be analyzed the historical and political context of the moment in what the Law of Penal Violations was created, through the study of the period called "Estado Novo", characterized for a great political instability, as well as the project that gave origin to the mentioned law. Likewise, will be described the theory of the Minimum Criminal Law and his most prominent principles that face the Law of Penal Violations. Lastly, will happen an accurate analysis about the reception of the Penal Violations in the hodiernal context of the brazilian legal system, emphasizing his practical difficulties and preposterous, by intermedio of the doctrinaire exam and jurisprudential of the crimes without violence foreseen in articles, 21, 42, 50, 58, 62, 63 e 65 of the Law of Penal Violations.

**Key-words:** Penal Violations. Minimum Criminal Law. Penal Constitutional Principles.

## LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

AIB	- Aliança Integralista Brasileira
ANL	- Aliança Nacional Libertadora
Art.	- Artigo
<i>apud</i>	- Em; junto a
CF/88	- Constituição Federal de 1988
CP	- Código Penal
Cr\$	- Cruzado
DJ	- Diário de Justiça
DL	- Decreto-Lei
ed.	- Editor
<i>et al</i>	- E outros
HC	- <i>Habeas Corpus</i>
Inc.	- Inciso
l.	- Lei
LCP	- Lei de Contravenções Penais
MG	- Minas Gerais
Min.	- Ministro
n.	- Número
p.	- Página
RC	- Recurso Crime
Rec.	- Recurso
Rel.	- Relator
RS	- Rio Grande do Sul
R\$	- Reais
Sec.	- Século
SP	- São Paulo
STF	- Supremo Tribunal Federal
STJ	- Superior Tribunal de Justiça
TJ	- Tribunal de Justiça

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>11</b>
<b>2 ASPECTOS GERAIS ACERCA DAS CONTRAVENÇÕES PENAIS</b> .....	<b>14</b>
2.1 CONTEXTO HISTÓRICO DE CRIAÇÃO DAS CONTRAVENÇÕES PENAIS ....	14
2.2 IDEOLOGIA DA DEFESA SOCIAL .....	17
2.3 CONTRAVENÇÃO PENAL <i>VERSUS</i> CRIME .....	18
<b>3 DIREITO PENAL MÍNIMO</b> .....	<b>23</b>
3.1 INTRODUÇÃO AO DIREITO PENAL MÍNIMO.....	23
3.2 PRINCÍPIOS INFORMADORES .....	27
3.2.1 Princípio da Legalidade .....	27
3.2.2 Princípio da Intervenção Mínima .....	29
3.2.3 Princípio da Lesividade .....	32
3.2.4 Princípio da Proporcionalidade .....	33
3.2.5 Princípio da Adequação Social .....	34
3.2.6 Princípio da Insignificância .....	35
<b>4 A LEI DE CONTRAVENÇÕES PENAIS EM UMA VISÃO MINIMALISTA DO DIREITO PENAL</b> .....	<b>37</b>
4.1 DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO.....	37
4.2 AS CONTRAVENÇÕES PENAIS NO ATUAL ORDENAMENTO JURÍDICO .....	38
4.3 ANÁLISE DE ALGUMAS CONTRAVENÇÕES PENAIS .....	40
4.3.1 Vias de Fato (art. 21 da LCP).....	40
4.3.2 Perturbação do sossego e Perturbação da tranquilidade (arts. 42 e 65 da LCP).....	43
4.3.3 Jogo de Azar e Jogo do Bicho (arts. 50 e 58 da LCP).....	47
4.3.4 Embriaguez e Servir Bebidas Alcoólicas (arts. 62 e 63 da LCP) .....	49
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	<b>52</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>56</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A Lei de Contravenções Penais foi instituída pelo Decreto-Lei nº 3.688/41, assinado em 03 de outubro de 1941 pelo presidente Getúlio Vargas. A elaboração desta legislação se deu durante o regime ditatorial chamado “Estado Novo”, evidenciado pela forte inconsistência política no país, ao mesmo tempo, em que no cenário mundial, acontecia a Segunda Grande Guerra.

Este período totalitarista brasileiro iniciou-se com a outorga da Constituição de 1937, que trazia peculiaridades de natureza fascista e concebía uma maior centralização de poder para o chefe do Executivo. Outrossim, instituía rígido controle na imprensa e nos meios de comunicação em geral, e repressão aos comunistas, através de anúncios intensamente patriotas.

A concepção da lei contravencional brasileira sofreu ainda forte influência da criminologia da defesa social. Para esta teoria, o crime é uma ação interna reprovável e um instrumento negativo à vida em sociedade, deste modo a sanção penal deve ter a finalidade de desencorajar e acautelar a prática desses comportamentos.

Além disso, à medida que a sociedade vai evoluindo, o Direito Penal deve-se adaptar às pretensões sociais, sob pena de ser superado. Desta forma, em determinadas conjunturas sociais, algumas condutas podem passar a merecer a tutela penal, nascendo a necessidade de novas normas que as tornem penalmente típicas, como pode, também, por outro lado, fazer com que condutas já criminalmente tipificadas passem a não merecer mais a tutela penal.

Nesse sentido, houveram inúmeras mudanças no cenário jurídico e político desde que a Lei de Contravenções Penais foi elaborada, sendo necessário que se discuta sobre sua recepção pelo atual Estado Democrático de Direito, uma vez que, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Direito Penal tem sido redefinido, ante a materialização de vários direitos e garantias fundamentais aos indivíduos, de maneira que hoje se fala em uma verdadeira constitucionalização desse segmento do Direito.

Ressalta-se que este trabalho procura trazer esse debate sobre o ajuste das contravenções penais ao novo regime constitucional, afinal, seu *status* de delito pequeno não afasta sua importância dentro do ordenamento e, muito menos, evita

que seja causa de abusos graves de preceitos fundamentais previstos no texto constitucional.

Nesse esteio, busca-se através deste estudo, sempre em conformidade com a supremacia da Constituição Federal sobre o ordenamento jurídico, assim como os direitos e garantias individuais que regem o sistema penal brasileiro, confrontar a Lei de Contravenções Penais com a amostra minimalista de intervenção do Estado no âmbito penal, fomentando o debate sobre o caráter de *ultima ratio* desse ramo do Direito, ante a sua natureza danosa à dignidade da pessoa humana e à liberdade.

A pesquisa, visando alcançar os limites propostos, se desenvolverá através dos métodos dedutivo e indutivo. Isto é, com primeiro se procura analisar de forma global o ordenamento constitucional penal brasileiro, de forma a verificar a conformidade de Lei de Contravenções Penais dentro dele na atualidade. Já com o segundo, busca-se reunir os principais entendimentos, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, para fins de definir a recepção desta lei com o regime constitucional vigente. Ademais, o procedimento apostado foi o monográfico. A técnica de pesquisa adotada foi de documentação indireta, envolvendo a pesquisa bibliográfica e documental.

No caminho para alcançar o objetivo proposto, analisar-se-á, inicialmente, o contexto histórico e político da época em que a Lei das Contravenções Penais foi formada, período conhecido como “Era Vargas”. Após, se procederá um breve estudo acerca da ideologia da defesa social, doutrina que influenciou a criação da lei contravencional, assim como será delineado o conceito, a natureza das contravenções penais, e realizado uma comparação entre crime e contravenção penal.

Em seguida, dissertar-se-á sobre o Direito Penal Mínimo, realizando um breve histórico acerca do surgimento desta corrente garantista, além de apontar a sua introdução no nosso ordenamento jurídico através da Carta Magna de 1988. Para tanto, proceder-se-á a análise acurada dos seus princípios informadores que entram em confronto com o inflacionamento penal e exacerbado intervencionismo do Estado na vida privada do cidadão através desta área, além de demonstrar a importância do atendimento destes princípios pelo poder legiferante para que possa criar tipos penais eficazes constitucionalmente.

Num terceiro momento, ápice do trabalho, contextualizar-se-á o Estado Democrático de Direito, a fim de se verifique a recepção ou não das contravenções penais pela nova ordem constitucional, considerando os princípios do Direito Penal Mínimo apontados no capítulo anterior, que nada mais são que premissas do atual ordenamento constitucional brasileiro. Na última parte, se fará um exame de algumas contravenções penais, com base no estudo doutrinário e jurisprudencial, objetivando provocar a discussão prática de sua incoerência com o regime constitucional vigente.

## 2 ASPECTOS GERAIS ACERCA DAS CONTRAVENÇÕES PENAIS

A Lei de Contravenções Penais, criada pelo Decreto-Lei 3.688/1941, foi elaborada durante um período de grande instabilidade política nos cenários nacional e mundial, sofrendo influência da ideologia conservadora que vigorava na época, que, por sua vez, baseava-se na ideia de que as sanções penais tinham como escopo a prevenção de crimes e, por isso, até as condutas de mínima repercussão social deveriam ser tipificadas.

### 2.1 CONTEXTO HISTÓRICO DE CRIAÇÃO DAS CONTRAVENÇÕES PENAIS

Até chegar ao Estado Novo, momento em que o Código Penal de 1940 e a Lei de Contravenções Penais foram formadas, é necessário discorrer sobre o seu período antecedente, que foi de grande agitação política.

Vigou no Brasil até o ano de 1930, a República Velha, conhecida atualmente como o período republicano pioneiro no nosso país. Esse período teve como aspecto basilar, a centralização do poder pelo pacto político do “café-com-leite”, entre mineiros e paulistas, que se alternavam na Presidência da República, devendo o presidente atual ser responsável pelas negociações para a condução do seu sucessor.

Esse período, a República Velha ou Primeira República, tinha como sustentação a economia cafeeira e, destarte, conservava intensos laços com grandes latifundiários.

Entre 1926 e 1930, o Brasil era governado pelo político paulista Washington Luís, que devia, seguindo a política do “café-com-leite”, indicar um mineiro, todavia, o atual presidente estava tendente a nomear outro político paulista, Júlio Prestes.

Em março de 1930, por ocasião das eleições para presidência da República, o candidato Júlio Prestes foi eleito, todavia, os membros da Aliança Liberal (formada pelos aliados mineiros, gaúchos e paraibanos), inconformados com a derrota do seu candidato, Getúlio Vargas, se negaram a consentir com o resultado do pleito, alegando que a vitória de Júlio Prestes era resultado de uma fraude, e prepararam uma revolta armada para chegar ao poder.

Essa conjuntura acaba agravando-se ainda mais quando João Pessoa, candidato à vice-presidente de Getúlio Vargas, é assassinado na capital pernambucana. Como as causas do crime foram inconsistentes, foi atribuída a culpa ao governo Prestes que, diante das fortes pressões políticas e o agravamento da crise econômica, não conseguiu sustentar-se por mais tempo, sendo o presidente deposto em três de novembro do mesmo ano, e o poder então passado para Getúlio Vargas, dando fim à Primeira República.

Assim, Getúlio Vargas assume o governo provisório com o escopo de reestruturar o cenário político do Brasil, dando abertura ao procedimento de concentração do poder, suprimindo os instrumentos legislativos. Todavia, ao mesmo tempo, foi se consolidando uma oposição ao seu governo no país, exigindo a realização de pleito eleitoral para a composição de uma Assembleia Constituinte, movimento denominado de Revolução Constitucionalista de 1932.

Não obstante ter vencido tais forças oposicionistas, Getúlio convocou eleições para a Constituinte e, em 1934 uma nova Carta do Estado foi promulgada.

A Constituição de 1934 ampliou os poderes do executivo, abraçou medidas democráticas e criou o alicerce da legislação trabalhista. Além disso, abonou a Vargas mais um mandato.

Nesse segundo mandato, a contenda política se dava em volta de dois ideais principais: o fascista – ajustado em exacerbado nacionalismo e moralismo –, sustentado pela Ação Integralista Brasileira (AIB), e o democrático, concebido pela Aliança Nacional Libertadora (ANL), que agregava a luta anti-imperialista e a mudança por intermédio da luta de classes.

Em 1935, a ANL agenciou uma tentativa de golpe contra o governo de Getúlio Vargas, porém foi prontamente reprimida pelo governo.

Desta forma, Vargas, após não ter conseguido estender seu mandato e noticiando outra tentativa de golpe comunista, conhecido como Plano Cohen, decretou estado de guerra e, em 10 de novembro de 1937, impediu o acesso de parlamentares ao Congresso Nacional e impôs nova Constituição, conhecida por “Carta Polaca”, devido a inspiração com a Constituição Fascista da Polônia.

Desta forma, iniciava um período de ditadura no Brasil.

Foi neste contexto turbulento que houve a elaboração da Lei das Contravenções Penais, através do Decreto-Lei nº 3.688, publicado em 3 de outubro



de 1941, por Getúlio Vargas. Contendo setenta e dois artigos trazendo em sua estrutura a ideologia conservadora que predominava no contexto político e social do Brasil, portanto, instrumento usado para manutenção e justificação da ordem vigente.

Não obstante ser elaborada durante um regime ditatorial, a LCP foi inspirada em códigos europeus de regimes fascistas e sob intensa influência da ideologia da defesa social. Tal ideologia funda-se na ideia de que as sanções penais são destinadas à prevenção delituosa e, a partir daí, se justifica a punição de infrações pequenas para conter a prática de delitos graves.

O Supremo Tribunal Federal considerando que a Lei de Contravenções Penais foi criada em meio a um contexto ditatorial, através do julgamento do Recurso Extraordinário nº 583.523, que teve como relator o Ministro Gilmar Mendes, ponderou que:

Não há como deixar de reconhecer o anacronismo do tipo penal que estamos a analisar. Não se pode admitir a punição do sujeito apenas pelo fato do que ele é, mas pelo que faz. Acolher o aspecto subjetivo como determinante para caracterização da contravenção penal equivale a criminalizar, em verdade, a condição pessoal e econômica do agente, e não fatos objetivos que causem relevante lesão a bens jurídicos importantes ao meio social.<sup>1</sup>

Assim, a Lei das Contravenções Penais, demarca o fato de que a existência de uma lei não nasce do caos social, nem funda uma ordem, senão, apenas justifica a ordem vigente, as convenções e/ou práticas sociais já instauradas e em curso num determinado contexto.

Após quatro décadas do acontecimento político do Estado Novo, e, sob outro contexto social, a Constituição Federal de 1988 concebeu a Lei das Contravenções Penais como mais um instrumento de controle social, usado para a manutenção e ordem do Estado, por isso é aplicada até os dias de hoje.

Nesta direção, é oportuno colocar em jogo dois argumentos de significativa importância neste debate. O primeiro é a necessidade de reconhecimento do Estado no exercício de seu poder soberano em que legisla sobre uma determinada ordem como forma de salvaguardar sua existência e suas estruturas de poder. O

---

<sup>1</sup> Supremo Tribunal Federal – Recurso Extraordinário nº 583.523 RS. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília. 03 out. 2013, Tribunal Pleno.

direito legitimado à violência de que detentor se apresenta assim em sua plenitude como forma de garantir a existência do próprio Estado. O segundo argumento, implica em reconhecer que reside na estrutura jurídica do Estado brasileiro, desde suas origens, mecanismos de controle do poder político e social por interesses que nem sempre representaram os interesses da nação.

Igualmente como ocorre com o Código Penal, a LCP divide-se em Parte Geral e Parte Especial. Na primeira (Parte Geral), encontram-se todos os princípios que recaem sobre as contravenções e que atualmente consta com em 14 artigos.

Na segunda parte (Parte Especial), as contravenções estão previstas em espécies e separadas por capítulos, levando em consideração o bem jurídico protegido pela norma, consistindo em: Pessoa Humana, Patrimônio, Incolumidade Pública, Fé Pública, Organização do Trabalho, Polícia de Costumes e Administração Pública.

Atualmente, as contravenções penais, em sua parte especial em um primeiro momento, quando foram editadas, consistiam em 53 condutas tipificadas. Este número atualmente foi reduzido para 38, haja visto as revogações totais e parciais de alguns dispositivos.

## 2.2 IDEOLOGIA DA DEFESA SOCIAL

Foi inspirada nesta doutrina político-criminal que a Lei de Contravenções Penais brasileira foi elaborada. Baseia-se, assim, na noção de que se o homem está fatalmente determinado a cometer crimes, a sociedade está igualmente determinada, através do Estado, a reagir em defesa de sua própria conservação, como qualquer organismo vivo, contra-ataques às suas condições normais de existência. (ANDRADE, 1997).

Na defesa social, o pensamento principal está centrado na periculosidade social, fundamentando não só uma Política Criminal repressiva, com enfoque em um Direito Penal do autor, passando a considerar fatores subjetivos do delinquente, como personalidade e comportamento, dentre outros. A pena se constitui, então, consoante explica Andrade (1997, p. 68), em “meio de defesa social. Contudo, na

defesa da sociedade contra a criminalidade, a prevenção deve ocupar o lugar central, porque muito mais eficaz que a repressão”.

Assim, para esta teoria, a pena tem caráter não apenas de retribuição, mas também deverá incorporar elementos de ressocialização e reeducação.

### 2.3 CONTRAVENÇÃO PENAL *VERSUS* CRIME

A palavra contravenção, etimologicamente, decorre do latim *contraventione*, na acepção de infringir, de ir contra, desobedecer, tendo esta palavra, na maioria dos países, o mesmo sentido.

No Brasil, este termo traz a imagem de ilicitude de menor grau e importância que crime. A distinção entre crime e contravenções penais, encontra-se disposta no art. 1º da Lei de Contravenções Penais, *in verbis*:

Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, penas de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

Há dois sistemas majoritários que classificam as infrações penais, a saber: o sistema tripartidário – onde as infrações penais dividem-se de acordo com sua gravidade, ou seja, crime (mais graves), delito (média gravidade) e contravenção penal (menor relevância). E, o sistema bipartidário, onde se classificam-se apenas em crime ou delito e contravenção e, segundo Bechara (2009, p. 76): “o delito se torna sinônimo de crime”.

Nesse sentido, no sistema jurídico brasileiro segue-se até hoje a classificação bipartidária. Some-se neste as infrações administrativas, isto é, aquelas que derivam do Poder de Polícia, cujas penas possuem o mesmo objetivo das sanções penais, qual seja, amedrontar potenciais violadores e punir aqueles que violem a norma, para que não reincidam.

Como caracteriza Meirelles (1997, p. 115): “Poder de polícia é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo

de bens, atividades e direitos individuais em benefício da coletividade ou do próprio Estado”.

Assim, a infração de natureza penal comporta duas espécies distintas – crimes e contravenções penais – nas quais as contravenções (conhecido por crime-anão, delito vagabundo ou delito liliputiano) são infrações menos graves face aos crimes.

Da mesma forma, o Ministro Francisco Campos (1940), por ocasião da exposição de motivos do Código Penal, já mostrava interesse de que as contravenções penais fossem tipificadas em separado aos crimes. Veja-se:

Ficou decidido, desde o início do trabalho de revisão, excluir do Código Penal as contravenções, que seriam objeto de lei a parte. Foi, assim, rejeitado o critério inicialmente proposto pelo Professor Alcântara Machado, de abolir-se qualquer distinção entre crimes e contravenções. Quando se misturam coisas de menos importância com outras de maior valor, corre estas o risco de se verem amesquinhasadas.

Não é que exista diversidade ontológica entre crime e contravenção; embora sendo apenas de grau ou quantidade a diferença entre as duas espécies de ilícito penal, pareceu-nos de toda conveniência excluir do Código Penal a matéria tão miúda, tão varia e tão versátil das contravenções, dificilmente subordinável a um espírito de sistema e adstrita a critérios oportunistas ou meramente convencionais e, assim, permitir que o Código Penal se furtasse, na medida do possível, pelo menos aquelas contingências do tempo a que não devem estar sujeitas as obras destinadas a maior duração.

A lei de coordenação, cujo projeto terei ocasião de submeter proximamente a apreciação de Vossa Excelência, dará o critério prático para distinguir-se entre crime e contravenção.

No entanto, não existe diferença substancial entre um e outro, pois ambos constituem espécies de infrações penais. Comentando a respeito, Damásio Evangelista de Jesus (2010, p.04), considerado um dos mais respeitados especialistas em Direito Penal da atualidade, diz:

Não existe diferença ontológica, de essência, entre crime (ou delito) e contravenção. O mesmo fato pode ser considerado crime ou contravenção pelo legislador de acordo com a necessidade de prevenção social. Assim uma contravenção pode no futuro vir a ser definida como delito.

Frise-se a terminologia utilizada pelo eminente jurista no que tange a “diferença ontológica”, ou seja, não existe diferença essencial entre crime e contravenção, ou dito de outro modo, não existe diferença na forma de ser entre estas duas espécies de infrações, motivo pelo qual pode-se considerar que ao

praticar um crime ou uma contravenção, um agente viola as regras convencionadas pela sociedade como requisito de garantia dos interesses públicos concernentes ao bem estar da sociedade no que tange à segurança, à vida, entre outros.

Neste sentido, para distinguir a conduta praticada e caracterizá-la como crime, contravenção ou ainda, como infração administrativa, faz-se necessário o uso da política criminal por parte do legislador, cabendo a ele analisar a conduta praticada.

Dessa forma, se ferir gravemente a ordem e a paz social, pode então, ser realizada a proibição de tal conduta, caracterizando assim o crime. Quando a conduta realizada não for tão grave não se caracterizando como crime, nem tão simples a ser considerado, em tese, como infração administrativa, surge a contravenção penal.

Neste sentido, Gonçalves (2011, p.137) afirma que:

Em razão disso é que Nélson Hungria definiu a contravenção como “crime anão”, já que nada mais é do que um “delito” com menores consequências e sanções de menor gravidade. Por isso é que se diz que a tipificação de um fato como crime ou contravenção depende exclusivamente da vontade do legislador. Um fato considerado mais grave deve ser tipificado pelo legislador como crime e um menos grave, como contravenção.

Assim, explica-se o motivo das contravenções penais serem chamadas de "crime-anão", por ser menos graves que o crime comum, possuindo legislação, características e regulamentação referente as condutas próprias.

Inicialmente, com relação aos crimes, a ação penal pode ser de três espécies: Ação Penal Pública Incondicionada; Ação Penal Pública Condicionada e Ação Penal Privada, nos termos do artigo 100, do Código Penal. As contravenções penais, por suas vezes, só admitem Ação Penal Pública incondicionada, nos termos do artigo 17, da Lei de Contravenções Penais.

Já a competência, para os crimes, pode ser da Justiça Estadual ou Federal a depender da natureza do crime e da prerrogativa de função de quem o praticou. Já as contravenções penais serão sempre de competência da Justiça Estadual, com exceção, apenas, no caso de réu com prerrogativa de função na Justiça Federal.

Nos crimes, a tentativa do delito é punível, nos termos do artigo 14, parágrafo único, do Código Penal. Opostamente, nas contravenções penais não se pune a

figura da tentativa, consoante comando expresso do art. 4 da Lei de Contravenções Penais.

É prevista a possibilidade de extraterritorialidade nos crimes, nos termos do artigo 7º, do Código Penal, enquanto nas contravenções penais, a lei não alcança as infrações penais praticadas no estrangeiro, como reza o artigo 2º, da Lei de Contravenções Penais.

Quanto à pena, nos crimes esta poderá ser imposta em duas espécies: reclusão ou detenção, nos moldes do artigo 33, do Código Penal. Enquanto isso, nas contravenções penais apenas se cabe a pena de prisão simples, que deve ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, nos termos do artigo 6º, da Lei de Contravenções Penais. Ressalte-se que não há hipótese de imposição do regime fechado de cumprimento de pena para as contravenções penais.

O limite temporal das penas, por sua vez, nos crimes é de no máximo 30(trinta) anos, nos termos do artigo 75, do Código Penal. Nas contravenções penais é de 05(cinco) anos, conforme artigo 10, da Lei de Contravenções Penais.

Nos crimes é resguardada a possibilidade de suspensão do cumprimento de pena pelo período de 02(dois) a 04(quatro) anos, nos termos do artigo 77, do Código Penal. Já nas contravenções penais, o prazo é reduzido para de 01 (um) a 03 (três) anos, conforme preceitua artigo 11, da Lei de Contravenções Penais.

Ressalte-se que, quanto à competência para julgamento das contravenções penais, urge salientar que cabe aos Juizados Especiais Criminais o processamento e julgamento das contravenções penais. Nesse sentido, dispõem os artigos 60 e 61, da Lei nº 9099/1995 que:

Art. 60. O Juizado Especial Criminal, provido por juízes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das **infrações penais de menor potencial ofensivo**, respeitadas as regras de conexão e continência. (Destaque nosso).

Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, **as contravenções penais** e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa. (Destaque nosso).

Não obstante tantas diferenças entre crime e contravenção penal, existem várias semelhanças, isso porque as contravenções penais, assim como os crimes,

também se constituem fato típico e antijurídico, entretanto de menor potencial ofensivo.

### 3 DIREITO PENAL MÍNIMO

#### 3.1 INTRODUÇÃO AO DIREITO PENAL MÍNIMO

Durante meados do século XVIII, período em que prevaleciam regimes absolutistas na Europa, os fins do Direito Penal coincidiam com aqueles que lhe eram outorgados primitivamente. Nessa época, as penas aplicadas eram desproporcionais e, diversas vezes, mudavam de acordo com a classe social e política do réu, Bitencourt (2013, p. 81) diz que:

As leis em vigor inspiravam-se em ideias e procedimentos de excessiva crueldade, prodigalizando os castigos corporal e pena capital. O Direito era um instrumento gerador de privilégios, o que permitia aos juízes, dentro do mais desmedido arbítrio, julgar os homens de acordo com a sua condição social.

Com a chegada do Iluminismo, na segunda metade do século XVIII, iniciou-se o Período Humanitário do Direito Penal e, assim, esse caráter arbitrário e desigual do sistema penal, marcado pela imposição de penas atroz e bárbaras, que até então vigorava, foi substituído pela teoria que exaltava a humanização das ciências criminais e a dignidade da pessoa humana.

Nesse momento, Cesare Beccaria, inspirado nesses ideais iluministas que se difundiram por toda Europa com o advento da Revolução Francesa, passou a se manifestar publicamente sobre a necessidade de aperfeiçoamento da legislação penal e da forma de administração do Estado.

Foi então que o filósofo Beccaria escreveu o livro “Dos Delitos e das Penas”, um símbolo da época, fazendo insurgir o Direito Penal moderno, marcado pela obediência à dignidade da pessoa humana e os direitos humanos, em detrimento às punições desumanas que vigoravam.

A esse respeito, salientava Beccaria (2010, p. 127): “Para a pena não ser um ato de violência contra o cidadão, esta deve ser essencialmente pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcional ao crime e ditada pela lei”.



A evolução desses pensamentos iluministas na Ciência Criminal, em dado momento histórico, conduziu-nos à ideia de aplicação de um Direito Penal Mínimo ou Minimalismo Penal, que se funda na preeminência dos direitos e garantias individuais e na mínima intervenção do Estado.

No escólio de Greco (2009, p.24), um dos maiores simpatizantes ao minimalismo, destaca-se:

Na concepção que podemos chamar de “equilibrada” situa-se o Direito Penal Mínimo. O seu discurso, mais coerente, *permissa vênia*, com a realidade social, apregoa, em síntese, ser a finalidade do Direito Penal a proteção tão somente dos bens necessários e vitais ao convívio em sociedade. Aqueles bens que, em decorrência de sua importância, não poderão ser somente protegidos pelos demais ramos do ordenamento jurídico. (Destaque no original).

O Direito Penal Mínimo seria a posição intermediária entre o Abolicionismo e o Direito Penal Máximo e, com ele, se busca evitar o excesso da intervenção do Estado nas relações sociais, reconhecendo a inutilidade do Direito Penal na repressão de diversas condutas e a necessidade do seu uso em casos singulares.

Ora, a ideia ultrapassada e autoritária de combater a grande criminalidade através de severa repressão e perseguição dos pequenos delitos, não resolve a questão do aumento da criminalidade. Pelo contrário, enquanto promove uma ilusória sensação de segurança ao indivíduo e acalma a opinião pública, os direitos fundamentais são restringidos e a atuação do poder público competente é sobrecarregada com ínfimas lesões a bens jurídicos de baixa relevância, fazendo com que nos crimes de extrema reprovação social e que, assim, merecem a intervenção mais severa do Estado, este não consiga reprimi-los de forma eficaz.

Assim, o Direito Penal, banalizado pelo Estado através da hodierna inflação penal legislativa, acaba caindo em descrédito, porquanto, na forma em que a criação de leis austeras não se apresenta eficaz no combate da violência e da criminalidade, a coletividade acaba por assentar no Direito Penal a responsabilidade pelos altos índices de violência.

Em contraste, obedecendo às garantias e aos direitos fundamentais, a corrente minimalista do Direito Penal defende a necessidade de adequação aceitável entre o comportamento e a ofensa ao bem jurídico protegido, de modo que o Direito Penal só intervenha quando realmente o dano ao bem jurídico assim

indicar, bem como quando a ofensa não seja suscetível à reparação pelos demais segmentos do direito.

Observe-se como o doutrinador Paulo Queiroz (1999) trata do assunto:

Dizer que a intervenção do Direito Penal é mínima significa dizer que o Direito Penal deve ser a “ultima ratio”, limitando e orientando o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta somente se justifica se constituir um meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. O Direito Penal somente deve atuar quando os demais ramos do Direito forem insuficientes para proteger os bens jurídicos em conflito. (Destaque no original).

Esse raciocínio do Direito Penal Mínimo não se limita ao Poder Executivo, mas também devem servir de orientação ao poder legiferante, tanto na criação quanto na revogação dos tipos penais, devendo servir de norte, ainda, ao Judiciário, mediante controle de constitucionalidade material das normas, sujeitando os indivíduos, no Estado Democrático de Direito, somente às leis válidas, assim como produzindo uma correta interpretação desses dispositivos.

Adequado, deste modo, é defender um Direito Penal segundo a Constituição, ou seja, um Direito Penal Mínimo, que se resume a tutelar conjunturas de absoluta necessidade para a segurança dos cidadãos. Leciona Queiroz (2008, p. 103):

Naturalmente que um direito penal mínimo não é em si uma solução, mas parte da solução, pois o decisivo, para o controle da criminalidade, além da eficientização do controle social não penal (particularmente a eficientização do controle administrativo), é privilegiar intervenções estruturais (etiológicas), e não apenas individualizadas e localizadas (sintomatológicas), em especial com vistas a criar as condições para que se evite o processo de marginalização social do homem, por meio de políticas sociais de integração social deste. Um direito penal assim residual não é só, portanto, o programa de um direito penal mais justo e eficaz, é também parte de um grande programa de pacificação social e de pacificação dos conflitos. Assim postas as coisas, terá o direito penal um papel bastante modesto e subsidiário de uma política social de largo alcance, mas nem por isso menos importante. Uma boa política social ainda é, enfim, a melhor política criminal.

No fundo, consoante aponta Paulo Queiroz (2008), segurança e proteção têm pouco a ver com proteção penal ou com o aumento de sua carga repressiva, pois a necessidade de segurança dos cidadãos não é somente, uma precisão de proteção da criminalidade e de processo de criminalização, mormente que a

segurança dos cidadãos corresponde, também, à necessidade de estarem e sentirem-se garantidos no exercício de todos os seus próprios direitos: direitos à vida, à liberdade, ao livre desenvolvimento da personalidade e de suas próprias capacidades; direito de expressar-se, de comunicar-se, direito à qualidade de vida, assim como direito de controlar e influir sobre as condições das quais depende, em concreto, a existência de cada um.

Ademais, o minimalismo penal funda-se numa corrente doutrinária e jurisprudencial de ampla aquiescência que defende não a abolição do Direito Penal, mas a redução dos mecanismos repressivos do Estado ao rigorosamente necessário. Destarte, a intervenção do Estado só se justifica quando imprescindível à tutela dos indivíduos.

Assim, a utilização do Direito Penal Mínimo não quer que a Ciência Penal enfraqueça, pelo contrário, irá fortalecê-la, porquanto, não é pelo fato de haverem diversas leis que significa que o número de infrações penais diminuirá.

Nesse sentido, o Direito Penal Mínimo encontra-se amparado em várias garantias constitucionais e princípios básicos do direito, tais como: insignificância, adequação social da conduta, intervenção mínima, subsidiariedade, proporcionalidade e lesividade.

Como sabe-se, tais princípios são ilações de um Estado Democrático de Direito, logo, inegável que o Direito Penal deve adequar-se a estas garantias e princípios constitucionais, surgindo daí a necessidade de uma política criminal que procure reduzir a aplicação do Direito Penal para quando o bem jurídico penalmente tutelado sofra de uma ofensa que permita o emprego da medida restritiva à liberdade do indivíduo. Ressalta, Callegari (1998, p. 478):

Haja vista que o Direito Penal lida com o bem jurídico liberdade, um dos mais importantes dentre todos, nada mais lógico do que esse ramo do Direito obrigar-se a dispor das máximas garantias individuais. E mais, conhecendo o nosso sistema carcerário, fica claro que só formalmente a atuação do Direito Penal restringe-se à privação da liberdade. Na prática, a sua ação vai mais além, afetando, muitíssimas vezes, outros bens jurídicos de extrema importância, como a vida, a integridade física e a liberdade sexual, *verbi gratia*; uma vez que no atual sistema prisional frequentes as ocorrências de homicídios, atentados violentos ao pudor, agressões e outros diversos outros crimes entre os ali convivem.

Assim, o que se deseja é que o Direito Penal se amolde ao texto da Constituição, observando seus contornos principiológicos. Não se tenta assegurar que o Direito Penal Mínimo é a solução para o Direito Penal, todavia, ele é uma via de se buscar ao máximo respeitar ao Estado Democrático de Direito.

## 3.2 PRINCÍPIOS INFORMADORES

### 3.2.1 Princípio da Legalidade

A austeridade das formas que o Poder Estatal utiliza na repressão de condutas delitivas, a enérgica intervenção nos direitos primários e, por isso, fundamentais do indivíduo, bem como a natureza de *ultima ratio* que esta intervenção deve ter, determinam necessariamente o enalço de um princípio que comande o poder punitivo estatal e que limite a sua atuação em limites que extirpem toda arbitrariedade e excessos do poder punitivo.

O princípio da legalidade perfaz com efeito o controle ao poder punitivo do Estado. Outrossim, é irrefutável a relevância da Lei para a conservação da ordem dentro de um Estado Democrático de Direito, figurando o princípio da legalidade como alicerce para qualquer ordenamento jurídico.

Sendo assim, dispõe que apenas poderão ser empregadas as penalidades previstas em normas estritas, ou seja, após elaboração e aprovação do Legislativo, proibindo-se a utilização de analogia e costumes para aplicá-las. Nesse diapasão, Bitencourt (2013, p. 51) assevera que:

Em termos bem esquemáticos, pode-se dizer que, pelo princípio da legalidade, a elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei, isto é, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente.

Derivando-se do axioma externado por Feuerbach (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), tal princípio encontra fundamento no art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, que dispõe: “Não há crime sem Lei anterior que a defina, nem

pena sem prévia cominação legal”; assim como no art. 1º do Código Penal; e no art. 1º da Lei de Contravenções Penais (Decreto-Lei nº 3.688/41).

Esse princípio possui vários desdobramentos, veja-se o que diz Álvaro Mayrink da Costa (2009, p. 418):

*O princípio da legalidade, como reitor do Estado de Direito, possui quatro funções básicas: a) proibir retroatividade da lei penal; b) proibir a criação de delitos e penas pelo costume; c) proibir a analogia para criar delito, fundamentar ou agravar penas; d) proibir incriminações vagas e indeterminadas (ocultação do núcleo do tipo, elementos do tipo sem precisão semântica e tipificações abertas ou exemplificativas). (Destaque no original).*

No que se refere à proibição de retroatividade da lei penal – consignada no nosso ordenamento jurídico como princípio da anterioridade penal – consiste no fato de somente após entrada em vigor é que a lei penal incriminadora poderá ser empregada em determinado caso concreto, caso contrário, influiria em comportamentos até então lícitos ou punidos menos gravemente. Ocorre que, via de exceção, a lei penal poderá retroagir desde que seja mais benéfica ao réu, seja por ganhar uma penalidade mais branda (*lex mitior*) ou por descriminalizar a conduta (*abolitio criminis*).

Outra diretriz do princípio da legalidade diz respeito ao princípio da reserva legal, ou seja, a proibição de criação de normas por outro meio que não seja a Lei. Desta forma, esse princípio veda a criação de tipos incriminadores através de costumes, assegurando a previsibilidade da intervenção do Estado e a segurança do indivíduo de não ser sujeito à repressão criminal diferente daquela instituída pela lei.

Da mesma força, a proibição da analogia *in malam partem* veda a adaptação típica entre fatos semelhantes para prejudicar o réu, todavia, caso seja lhe favorável, poderá ser utilizada em seu benefício.

Por último, reside a necessidade de limpidez e concisão das normas penais incriminadoras (a chamada taxatividade do Direito Penal), uma vez que devem ser descritas de forma objetiva, sem tipos penais genéricos, imprecisos, ambíguos, pois lesaria a segurança jurídica tão cobiçada pelo nosso ordenamento jurídico. Nesse passo, descreve Capez (2013, p. 62):

A lei penal deve ser precisa, uma vez que um fato só será considerado criminoso se houver perfeita correspondência entre ele e a norma que o descreve. A lei penal delimita uma conduta lesiva, apta a pôr em perigo um bem jurídico relevante, e prescreve-lhe uma consequência punitiva. Ao fazê-lo, não permite que o tratamento punitivo seja cominado possa ser estendido a uma conduta que se mostre aproximada ou assemelhada. É que o princípio da legalidade, ao estatuir que não há crime sem lei que o defina, exigiu que a lei definisse (descrevesse) a conduta delituosa em todos os seus elementos e circunstâncias, a fim de que somente no caso de integral correspondência pudesse o agente ser punido.

Logo, a norma penal incriminadora deverá trazer tipos específicos e precisos, determinando visivelmente as condutas que são proibidas, porquanto estabelecer figuras delitivas servindo-se de conceitos vagos, corresponde subjetivamente a nada estabelecer, todavia tal atividade muito mais calamitosa e arriscada.

### **3.2.2 Princípio da Intervenção Mínima**

O princípio da legalidade apesar de limitar a vontade do Estado, não evita que ele produza tipos penais inócuos ou atribua sanções injustas a delitos. Por isso, reside o imperativo de limitar o arbítrio do legislador no que se refere à substância das leis penais incriminadoras, de forma que se assegure o Estado de Direito, a segurança jurídica e o crédito nos poderes constituídos.

Nessa direção, o princípio da intervenção mínima, corolário à Teoria do Direito Penal Mínimo, apesar de não previsto explicitamente na Carta Soberana do Estado e no Diploma Penal pátrio, se associa à política penal, mormente a sua congruência com outros princípios informadores dessa ciência e com os mecanismos inerentes ao Estado Democrático de Direito.

Para assimilar este princípio, deve-se considerar, inicialmente, que a intervenção penal do Estado não deve ter política expansionista, mas necessária, mínima, expressando a noção de amparo apenas aos bens jurídicos fundamentais para a livre e integral prática da personalidade de cada indivíduo, e a sua formação no lugar em que está inserto.

Consoante esclarece Ferrajoli (2010, p. 658), que a exacerbada produção legislativa criminal:

É um reflexo da crescente extensão da intervenção normativa do Estado na vida civil, e das conseqüentes passagens para o interesse público de setores sempre mais amplos numerosos de atividades e de interesses econômicos e sociais. Seu aspecto patológico, por outro lado, não está seguramente no crescimento das dimensões da intervenção pública, mas, precisamente, na forma penal assumida pelo seu sistema sancionador por causa da já revelada ineficiência das técnicas de controle político e administrativo.

Nesse prisma, se situam a Lei de Contravenções Penais, o Código Penal de 1940, e os inúmeros tipos penais dispensáveis que se adicionaram no sistema penal desse país, tornando ilícitos penais ações que não alcançam valores significantes.

O abuso de crimes e penas, em evidente contrassenso com o princípio em comento, tem resultados atroz, por exemplo, o aviltamento não somente ao Direito Penal, mas à sanção criminal, que termina arruinando a sua força ameaçadora diante da inflação legislativa que hodiernamente reina. Conforme leciona Bitencourt (2013, p. 54):

[...] se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Assim, se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas as que devem ser empregadas, e não as penais.

Ademais, as inseguranças e tumultos das leis produzidas pelo inflacionamento penal traz, somente, uma aparente impressão de conhecimento, porquanto a dificuldade de extrair o tipo penal em todos os seus inúmeros fatores.

Ora, o excesso criminal enfraquece o juízo crítico e as justificações das proibições penais, tornando as leis penais cada vez menos sustentadas na proteção dos bens e dos direitos fundamentais ou constitucionalmente importantes. Esse enfraquecimento, com o decorrer de um tempo, provoca uma perda de credibilidade e de eficácia de todo o sistema, abarrotando o aparelhamento judiciário com pequenos e variados crimes, que impedem a agilidade processual e afugenta o foco de episódios mais relevantes. Nessa senda, o jurista Rogério Greco (2009, p. 39) ressalta:

O Estado ainda não acordou para o fato de que ao Direito Penal somente deve importar as condutas que ataquem os bens mais importantes e necessários ao convívio em sociedade. Enquanto o Direito Penal for máximo, enquanto houver a chamada inflação legislativa, o Direito Penal continuará a ser seletivo e cruel, escolhendo, efetivamente, quem deverá ser punido, escolha esta que, com certeza, recairá sobre a camada mais pobre, abandonada e vulnerável da sociedade.

O princípio da intervenção mínima associa-se com dois atributos: a fragmentariedade e a subsidiariedade.

O Direito Penal é fragmentário porque não protege todos os bens jurídicos de transgressões: apenas os mais relevantes. E, entre estes bens jurídicos, não os socorre de todas as ofensas, atendendo somente nos casos de máxima gravidade. Também é subsidiário porque tem caráter residual, modesto. Assim, só intervém quando as outras maneiras de solucionar conflito – aqui pode entender pelos os outros ramos do direito – demonstrarem ser ineficazes.

É fragmentário porque só age em episódios inevitáveis, sem se atentar em penalizar todas as ações ofensivas, mas tão somente aquelas que necessitam de maior zelo, devido à sua natureza. Nas palavras de Fernando Capez (2013, p. 36):

A intervenção mínima tem como ponto de partida a característica da fragmentariedade do Direito Penal. Este se apresenta por meio de pequenos *flashes*, que são pontos de luz na escuridão do universo. Trata-se de um gigantesco oceano de irrelevância, pontado por ilhas de tipicidade, enquanto o crime é um naufrago à deriva, procurando uma porção de terra na qual se possa chegar.

Sabe-se que o Direito Penal tem o atributo de ser uma medida extraordinária, a *última ratio*, que só deve atuar quando os demais segmentos do Direito se revelarem incapazes de solucionar o conflito social e dar proteção a bens jurídicos.

Nesse sentido, acerca da subsidiariedade do Direito Penal, Nilo Batista (2007, p. 87) a título de exemplo notou o crime de Desobediência:

Entre nós, existe uma curiosa aplicação *contra legem* do princípio da subsidiariedade ao crime de desobediência (art. 330 CP). Embora a lei não faça qualquer ressalva, a doutrina (Hungria, Fragoso, Noronha) e os Tribunais (sucessivas e reiteradas decisões) entendem que, se concorrer uma sanção administrativa ou civil para a desobediência, não cabe aplicar pena. Essa opinião dominante, ainda que jamais fundamentada, deu ensejo a um emprego bem temperado da autoritária disposição penal.



Senão, veja-se o posicionamento da Suprema Corte Federal deste país no julgamento do *Habeas Corpus* nº 86.254/RS, de relatoria do Ministro Celso de Mello:

[...] - Não se reveste de tipicidade penal - descaracterizando-se, desse modo, o delito de desobediência (CP, art. 330) - a conduta do agente, que, embora não atendendo a ordem judicial que lhe foi dirigida, expõe-se, por efeito de tal insubmissão, ao pagamento de multa diária ('astreinte') fixada pelo magistrado com a finalidade específica de compelir, legitimamente, o devedor a cumprir o preceito. Doutrina e jurisprudência.<sup>2</sup>

Todavia, isso não significa dizer que o Direito Penal não tutelar bens jurídicos já acobertados por outros campos do sistema jurídico, mas que, quando o fizer, será de modo particular e independente, com diferente valoração. O Direito Penal não está fora ou além da ordem jurídica vigente, todavia é excepcional.

### 3.2.3 Princípio da Lesividade

O princípio da lesividade ou ofensividade (*nullum crimen sine injuria*) leciona que, inobstante o bem ser juridicamente defendido e a conduta imprópria socialmente, o Direito Penal será utilizado se a ação do indivíduo exteriorizar o setor particular, ou seja, alcançar bens de terceiros. A corroborar com o dito, Damásio de Jesus (2010, p. 52) ressalta que: "O Direito Penal só deve ser aplicado quando a conduta ofende um bem jurídico, não sendo suficiente que seja imoral ou pecaminosa".

O objetivo deste princípio é restringir a pretensão punitiva estatal, de forma que não haja vedação penal sem ofensa ou risco concreto a um bem jurídico. Desta forma, a conduta essencialmente interna, ou genuinamente particular, seja depravada ou escandalosa, carece de ofensividade, que valida a intervenção penal do Estado.

É por força deste princípio que não se pune, no nosso sistema penal, o indivíduo que automutila ou tenta suicídio. Nesses casos, as condutas do agente

---

<sup>2</sup> Supremo Tribunal Federal – *Habeas Corpus* nº 86.254 RS. Relator Min. Celso de Mello, 25 out. 2005, Segunda Turma.

que fere sua compleição física ou atenta contra sua própria vida não são lesivas, vez que não alcançam bens jurídicos alheios.

Da mesma forma, não se discute que a cogitação da prática de uma conduta típica não constitui crime, assim como os estados existenciais das pessoas e a exercício de ações desviadas que não afetam bem jurídico de outrem são impassíveis de serem criminalizados, mormente a ausência de ofensa a bem jurídico de outrem.

No Brasil, trata-se de um princípio ainda em discussão, vez que várias situações típicas vêm sendo questionadas, a saber, os crimes de perigo abstrato e algumas contravenções penais.

Nesse sentido, 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, especialmente quando se contrasta a conduta praticada com o tipo de sanção para ela prevista como regra, ou seja, a pena privativa de liberdade. (NUCCI, 2016).

#### **3.2.4 Princípio da Proporcionalidade**

Busca-se com este princípio ajustar a magnitude da coerção penal para que permaneça conforme a magnitude da conduta regulada, isto é, as sanções devem ser proporcionais à ofensa causada pela violação.

É certo que aplicação de penas desproporcionais nos trazem a percepção de injustiça, vez que é natural ao ser humano a ideia de equivalência da sanção com a ofensa causada.

No mesmo sentido, deve-se ajustar o ônus de limitar a liberdade das pessoas ao criminalizar uma determinada conduta com a vantagem de proteção do bem protegido pela norma incriminadora, do contrário, estaremos diante de um tipo inconstitucional.

Com efeito, não pode o legislador tipificar uma conduta que traga mais carga, mais limite social do que benefício à coletividade, propriamente dito. É o que acontece, por exemplo, com a repressão dos chamados “crimes sem vítimas”,

como a contravenção penal do jogo do bicho, por exemplo. Capez (2010, p. 40) ressalta que:

Quando a criação do tipo não se revelar proveitosa para a sociedade, estará ferido o princípio da proporcionalidade, devendo a descrição legal ser expurgada do ordenamento jurídico por vício de inconstitucionalidade. Além disso, a pena, isto é, a resposta punitiva estatal do crime, deve guardar proporção com o mal infligido ao corpo social. Deve ser proporcional ao dano, não se admitindo penas idênticas para crimes de lesividades distintas, ou para infrações dolosas e culposas.

Nesse diapasão, o princípio da proporcionalidade deve ser considerado tanto pelo legislador no momento de escolher as penalidades adequadas a uma determinada infração penal, como pelo magistrado no momento de aferir a culpabilidade do réu e aplicar-lhe uma pena, bem como pelo juízo das execuções no momento de individualização da pena.

### **3.2.5 Princípio da Adequação Social**

Reza o princípio da adequação social que condutas socialmente aceitas e aprovadas pela sociedade, pelo costume ou cultura, não se cobrem de tipicidade material e, assim, não necessitam de tutela penal, uma vez que não são consideradas danosas. Bittencour (2013, p. 57) assevera que:

O tipo penal implica uma seleção de comportamentos e, ao mesmo tempo, uma valoração (o típico já é penalmente relevante). Contudo, também é verdade, certos comportamentos em si mesmos típicos carecem de relevância por serem correntes no meio social, pois muitas vezes há um descompasso entre as normas penais incriminadoras e o socialmente permitido ou tolerado.

É cediço que os valores sociais se alteram com o tempo e, assim, deve a lei acompanhar o seu desenvolvimento. Caso contrário, Greco (2009, p. 82) afirma que:

[...] se estaria, na verdade, compelindo a população a cometer crimes, uma vez que, estando a sociedade acostumada a praticar determinados comportamentos, não mudaria a sua normal maneira de ser pelo simples fato do surgimento de uma lei penal que não teve a sensibilidade suficiente

para discernir condutas inadequadas socialmente daquelas outras que não são toleradas pela sociedade.

A título de exemplo, citam-se a colocação de brinco ou *piercing*, bem como as ofensas físicas ocasionadas durante a prática de esportes. Ambas são lesões corporais, porém são ações consensualmente acolhidas pela sociedade.

Ocorre que esta teoria é alvo de inúmeras críticas, seja pelo fato da adequação social, como prática costumeira que é, não poder revogar lei, tampouco o magistrado poder negar vigência a lei incriminadora, sob pena de ferir a garantia constitucional da separação dos poderes.

Contudo, impera-se que não poder cogitar a ideia de deixar de reconhecer sua importância na hermenêutica das normas.

#### **3.4.6 Princípio da Insignificância**

O princípio da insignificância foi estruturado pela doutrina e jurisprudência, com o fito de preservar a atuação do Direito Penal apenas para aquelas condutas consideradas graves. Desta forma, pode ser usado como mecanismo de reconhecimento da natureza não delituosa de uma conduta que, embora típica, haja manifesta desproporção entre crime e sanção.

De acordo com este princípio, o Direito Penal não deve cuidar de bagatelas, da mesma forma que não podem ser aceitos tipos penais incriminadores que especifiquem ações que não são hábeis de ofender o bem jurídico.

Com efeito, se os fins do tipo penal incriminador é proteger determinado bem jurídico, todas as vezes que a lesão for ínfima, insignificante, no caso concreto, de forma que seja incapaz de ofender o bem tutelado, não haverá adequação típica.

Ressalte-se que tal princípio não é aplicado no âmbito do plano abstrato, de modo que não se pode confundir o delito insignificante com os crimes de menor potencial ofensivo. A insignificância do delito, isto é, a tipicidade material de um fato, é aferida no plano concreto, ou seja, levando-se em consideração a intensidade da lesão causada ao bem jurídico tutelado em casos reais.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal no julgamento do *Habeas Corpus* nº 84.412, de relatoria do Ministro Celso de Mello, constitui um verdadeiro

marco da jurisprudência do nosso país, vez que sedimentou os fundamentos para a aplicação do princípio da insignificância, veja-se:

[...] O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL. - O princípio da insignificância – que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal – tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado – que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como **(a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada** – apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público.<sup>3</sup> (Destaque nosso).

Não basta a subsunção do fato à lei penal incriminadora, deve haver ofensa relevante ao bem jurídico tutelado para ser materialmente típica, garantindo-se, assim, que a sanção que possa ser aplicada não seja mais grave que a lesão provocada pelo próprio comportamento que a originou.

Evidente, desta forma, que a insignificância da lesão causada ao particular deve ser verificada em cada caso concreto, de acordo com suas especificidades. Nesse sentido, exemplifica Luiz Flávio Gomes (2013, p. 78):

Uma coisa é alguém arremessar uma bolinha de papel contra um transporte coletivo (CP, art. 264) e outra distinta é subtrair uma cebola ou um palito de fósforo de alguém (CP, art. 155). O desvalor da ação no primeiro caso é absolutamente nímio. A conduta não conta com periculosidade. Falta-se idoneidade. Já o desvalor da ação na subtração é muito grande, pequeno, no caso, é o desvalor do resultado.

Por fim, o tipo penal é criado pelo legislador para proteger o bem contra os comportamentos que são vedados pela lei, de modo que o magistrado jamais pode considerar contidas no tipo, aquelas condutas que, apesar de formalmente se adequarem à definição típica, realmente não podem ser concebidas como contrárias à norma e nem lesivas ao bem jurídico tutelado, devendo, portanto, o fato ser considerado atípico.

---

<sup>3</sup> Supremo Tribunal Federal – *Habeas Corpus* nº 84.412 SP. Relator Min. Celso de Mello. 19 nov. 2004, Segunda Turma.

## 4 A LEI DE CONTRAVENÇÕES PENAIS EM UMA VISÃO MINIMALISTA DO DIREITO PENAL

### 4.1 DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO

O vínculo entre a Constituição e o Direito Penal apresenta-se, particularmente, pelo modo no qual o Estado aponta seu aparelhamento de proteção aos direitos fundamentais.

Neste âmbito, a Constituição, ao dispor sobre o Direito Penal, desempenha uma dupla função: serve como fundamento ao *ius puniendi* do Estado e, ao mesmo tempo, é o principal limitador da atividade legiferante penal, por efeito da tutela dos direitos fundamentais. Complementa Luisi (1998) que:

Destarte, é nas constituições que a criminalização há de encontrar preponderantemente os bens que lhe cabe tutelar. Mas, ainda quando protege com suas sanções bens não-constitucionais, não o pode fazer em conflito com os princípios constitucionais, neles encontrando uma definitiva fronteira. As Constituições, portanto, são para as criminalizações sua base e seu limite.

Como já visto, a legislação penal brasileira, a saber, o Código Penal de 1940, foi inspirada em doutrina de uma balbúrdia legislativa gigantesca, marcada pela criminalização exacerbada e, mesmo com o fim do período da ditadura militar e a reconstrução do Estado de Direito, ainda se verifica a permanência do grande inflacionamento das normas repressivas, nos moldes de um regime autoritário.

Com o advento da “Carta Cidadã”, como se referiu o Deputado Ulisses Guimarães à Constituição Federal durante a cerimônia de sua promulgação, surgiu um novo arquétipo de sociedade, instituída na forma de Estado Democrático de Direito, devendo, assim, a legislação até então vigente ser readaptada aos padrões que estabelecia o novo texto constitucional.

A partir de então, tornou-se necessário o reexame pelo Estado de todo o seu aparato punitivo, para, de forma uniforme, limitar a coerção penal ao mínimo indispensável. Para isso, ao legislador compete a escolha dos bens que merecem proteção através da sanção penal, considerando a importância e a necessidade de

tutelá-los, de forma que sejam selecionados apenas aqueles que não podem ser regulados por outras esferas.

Ora, em um Estado de Direito, o Juiz Criminal não pode e não deve cumprir o papel de gerir a vida privada dos cidadãos. A ele se incumbe, entre outros, o dever de certificar que os direitos fundamentais dos indivíduos sejam resguardados e aplicados.

Enfatiza-se que *“es evidente que nada favorece tanto la criminalidad como la penalización de cualquier injusto consistente en una nimiedad.”* (ROXIN, 1976, apud, ANDRADE, 2014, p. 112).

Assim, avaliando esse novo contexto da Constituição de 1988, os requisitos usados na escolha dos bens mais relevantes a serem amparados penalmente precisam ser reexaminados, vez que o Estado Democrático de Direito não exige mais apenas que a lei tenha respeitado o processo legislativo, mas que tenha pertinência material com as garantias constitucionais.

#### 4.2 AS CONTRAVENÇÕES PENAIS NO ATUAL ORDENAMENTO JURÍDICO

Como já visto, as Contravenções Penais foram formadas durante uma época política totalitarista e com intensas inspirações das escolas clássicas positivistas, fundamentando-se na ideologia da defesa social.

Desde então, incidiu ampla modificação no raciocínio criminológico e no ordenamento jurídico brasileiro sobre a matéria. Acontece que com a promulgação da Constituição Federal de 1988, muitos dos dispositivos da lei contravencional brasileira ofendem os princípios e garantias que foram instituídos e, assim, essa legislação não pode permanecer em desarmonia com a atual conjuntura constitucional estabelecida. Nucci (2009, p.150-151) arremata:

Logo, o caminho ideal é a busca da descriminalização, deixando de considerar infração penal uma série de situações ainda hoje tipificadas como tal. Exemplo maior é a Lei de Contravenções Penas. Seus tipos penais, são, na maioria absoluta, ultrapassados, vetustos e antidemocráticos. Promovem formas veladas de discriminação social e incentivam a cizânia dentre pessoas, que buscam resolver seus problemas cotidianos e superficiais, no campo penal. Pensamos que não haveria nenhum prejuízo caso houvesse simples revogação da Lei de Contravenções Penais, transferindo para o âmbito administrativo

determinados ilícitos e sua punição, sem que se utilize da Justiça Criminal para compor eventuais conflitos de interesses [...].

Ora, o Direito Penal deve intervir minimamente na vida particular do indivíduo, já que sendo a *ultima ratio*, somente se justifica quando os conflitos existentes se fundarem em matérias de grande relevância, bem como quando os outros segmentos do ordenamento jurídico sejam ineficazes na resolução do problema. Outrossim, a tipificação exacerbada de condutas tem inúmeros efeitos negativos, como o descrédito nas nossas instituições, aumento da sensação de impunidade, aumento de criminalidade e, principalmente, dissonância da lei penal com os princípios e garantias constitucionais. Note-se o que informa Andrade (2014):

Esse movimento de expansão do Direito Penal é favorecido, entre outros fatores, pela necessidade que o legislador possui em conseguir votos. Ao procurar os meios mais eficientes, vislumbrou no discurso incriminador um grande potencial para conseguir se eleger ou se reeleger. A população, alarmada pelo sentimento de insegurança, vê nos discursos incriminadores a solução fácil e rápida para o combate ao crime.

Além disso, nota-se que quando existem contravenções penais de máxima importância, são convertidas em crimes, necessitando de uma norma específica, como aconteceu com o porte ilegal de arma e algumas contravenções contra o meio ambiente.

Contudo, quando são mais brandas, a tendência é serem descriminalizadas por sua falta de destaque e sua postura eminentemente política do momento em que foi produzida. Trata-se, em suma, de mera conveniência política. Patente, desta forma, a sua desnecessidade, afinal, não existe um tema que seja melhor regulada pelas Lei das Contravenções Penais.

Por fim, outra incoerência da lei contravencional com o nosso ordenamento jurídico reside no fato de apesar das contravenções penais serem delitos de menor potencial ofensivo, consoante disciplina a Lei de Juizados Especiais, não são suscetíveis à composição civil dos danos e, via de consequência, extinção da punibilidade do autor do fato, tendo em vista que todas as ações de contravenções penais têm natureza pública incondicionada.

Desta forma, pouco interessa se as partes chegaram a um consenso, o processo deverá prosseguir de acordo com a lei.



### 4.3 ANÁLISE DE ALGUMAS CONTRAVENÇÕES PENAIS

Nesse sentido, necessário fazer uma análise circunstanciada desses delitos-anões, abordados pela doutrina e grande parte da jurisprudência como não recepcionados pela nossa Carta Magna de 1988, ressaltando a incoerência aos princípios consagrados pelo nosso Sistema Penal.

#### 4.3.1 Vias de Fato (art. 21 da LCP)

Na lição de Jesus (2010, p. 86), a contravenção penal de vias de fato constitui “violência contra pessoa sem produção de lesões corporais”, ou seja, a violência ou desforço físico de uma pessoa contra outra, sem a cogitação ou produção de dano à integridade corporal da vítima.

Prevê o artigo 21 da Lei de Contravenções Penais:

Art. 21. Praticar vias de fato contra alguém:

Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa, de cem mil réis a um conto de réis, se o fato não constitui crime.

Parágrafo único. Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) até a metade se a vítima é maior de 60 (sessenta) anos.

Como já aludido, a Lei de Contravenções Penais prevê que as ações penais, referentes à prática de atos que se subsumam aos seus dispositivos, são de natureza pública incondicionada. Todavia, com a chegada da Lei nº 9.099/05, os delitos de lesão corporal leve e culposa tornaram-se de ação pública condicionada à representação do ofendido, ou seja, passou-se a exigir, como condição de procedibilidade para o exercício da ação penal, a prévia representação do ofendido ou de seu representante legal.

Sabe-se, entretanto, que as infrações penais se dividem conforme sua gravidade, em crimes e contravenções penais. Assim, considerando que as lesões corporais consistem em fatos mais graves, a lógica será de não existe causa para

que não seja aplicada a regra do art. 17 da Lei de Contravenções Penais no que tange as vias de fato, infração de menor gravidade.

Nesse sentido, Nucci (2009, p. 172) explana: “Ora, se o mais (lesão corporal) demanda a autorização do ofendido, é óbvio que o menos (vias de fato) também deve exigir representação”.

Todavia, divergindo sobre tal entendimento, outra parcela da doutrina e jurisprudência entende que não sendo derogado o art. 17 da LCP e inexistindo previsão expressa no sentido de que a referida contravenção penal seja condicionada à representação, impossível exige-la como condição para exercício da ação penal pelo órgão acusador. Nesta senda, Grinover et al (2005, p. 228) explanam: “aqui não prevalece a regra, intocável do ponto de vista lógico, de que, se a lei exige representação para o mais (lesão corporal), também se faz necessária para o menos (vias de fato)”.

Este é o entendimento da nossa Corte Suprema, senão veja-se o que foi decidido no *Habeas Corpus* nº 80617:

Ação penal pública incondicionada: contravenção de vias de fato (LCP, art. 17). A regra do art. 17 LCP - segundo a qual a persecução das contravenções penais se faz mediante ação pública incondicionada - não foi alterada, sequer com relação à de vias de fato, pelo art. 88 L. 9.099/95, que condicionou à representação a ação penal por lesões corporais leves.<sup>4</sup>

Da mesma forma, se posiciona o Superior Tribunal de Justiça, através do julgamento do Recurso em *Habeas Corpus* nº 47.253:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL EM HABEAS CORPUS. VIAS DE FATO. CONTRAVENÇÃO PENAL. AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA. PLENO VÍGOR DA LEI DE CONTRAVENÇÕES PENAIS. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. O artigo 88 da Lei n.º 9.099/95, que tornou condicionada à representação a ação penal por lesões corporais leves e lesões culposas, não se estende à persecução das contravenções penais. A contravenção penal de vias de fato, insculpida no artigo 21 da Lei de Contravenções Penais (Decreto Lei n.º 3.688/41), ainda que de menor potencial ofensivo em relação ao crime de lesão corporal, não foi incluída nas hipóteses do artigo 88 da Lei n.º 9.099-95. 2. A Lei de Contravenções Penais (Decreto Lei n.º 3.688/41) continua em pleno vigor e nela há expressa previsão legal de que a ação penal é

<sup>4</sup> Supremo Tribunal Federal – *Habeas Corpus* nº 80.617 MG. Relator Min. Presidente. 21 dez. 2000.

pública incondicionada, conforme disciplina o seu artigo 17. 3. Recurso ordinário desprovido<sup>5</sup>.

Percebe-se, destarte, o paradoxo existente entre esta contravenção e o desenvolvimento do nosso ordenamento jurídico, porquanto se admite à vítima de lesões corporais transigir com o seu ofensor e, de tal modo, impedir que o Ministério Público possa iniciar a ação penal, enquanto aquele que comete ação mais branda, sem produzir ofensa a integridade física do outro, não tem direito de compor.

Ademais, a finalidade do instituto da representação é, exatamente, estabelecer um balanceamento entre os interesses da parte e do Estado, ou seja, permitir ao ofendido, em casos de mínima ofensividade da conduta do ofensor e inexpressivo dano sofrido, manifestar se tem ou não interesse de que o Estado venha a exercer o seu *ius puniendi*.

Ora, é uma questão lógica: dizer que a natureza da ação penal referente à prática de vias de fato é pública incondicionada, equivale confessar que se submeterá o agente a um processo criminal mais austero quando causar lesões do que quando não lesionar.

Esta falta de coerência prejudica a segurança jurídica do nosso sistema, resultando ainda mais na produção desenfreada de normas penais, que em nada nos beneficia, gerando, apenas, a banalização e o descrédito do direito penal perante à sociedade, por não conseguir atender de forma eficiente todas as situações que se alvitrou a intervir.

Por último, adverte-se que a contravenção penal de vias de fato, fere, entre outros, os princípios da intervenção mínima e da lesividade, uma vez que deve o direito penal se ater apenas àquelas condutas particularmente lesivas a bens jurídicos que ostentam grande relevância social, pois, consoante já descrito, esse ramo do direito tem caráter subsidiário e fragmentário, só agindo quando os seus outros segmentos não forem capazes de dirimir o conflito com mais eficácia. Neste desiderato, o jurista Guilherme de Souza Nucci (2009, p. 171-172) reza que:

Não podemos aquiescer na manutenção dessa infração penal. O princípio da intervenção mínima é vilipendiado. Inexiste sentido em buscar a atuação da Justiça Criminal para resolver um conflito entre duas pessoas,

---

<sup>5</sup> Superior Tribunal de Justiça – Recurso Ordinário Constitucional nº 47.253 MS. Relatora Min. Maria Thereza de Assis Moura. Sexta Turma, 17 dez. 2014.

quando uma puxa o cabelo da outra ou quando um sujeito rasga a roupa do outro.

#### **4.3.2 Perturbação do sossego e Perturbação da tranquilidade (arts. 42 e 65 da LCP)**

No que se refere às pazes pública e individual, a Lei de Contravenções Penais prevê duas infrações referentes à perturbação, que, por suas vezes, objetivam assegurar legalmente o sossego alheio a todos os indivíduos. Nesse sentido, o art. 42 da LCP dispõe sobre o delito-anão de perturbação do sossego alheio, veja-se:

Art. 42. Perturbar alguém o trabalho ou o sossego alheios:  
I – com gritaria ou algazarra;  
II – exercendo profissão incômoda ou ruidosa, em desacordo com as prescrições legais;  
III – abusando de instrumentos sonoros ou sinais acústicos;  
IV – provocando ou não procurando impedir barulho produzido por animal de que tem a guarda:  
Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.

Tratando-se de contravenção penal contra a paz pública, o sujeito passivo desta infração penal é a coletividade.

Por sua vez, o artigo 65 da mesma lei prevê a contravenção de perturbação da tranquilidade, que atinge a paz de espírito individual e se configura com o incômodo proposital a uma pessoa determinada. Observe-se:

Art. 65. Molestar alguém ou perturbar-lhe a tranquilidade, por acinte ou por motivo reprovável:  
Pena – prisão simples, de quinze dias a dois meses, ou multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.

Sabendo que as Contravenções Penais, em geral, são de ação penal pública incondicionada, têm-se que mesmo que se proceda o uso de meios extrapenais para obter a tranquilidade pessoal, a paz social e a convivência pacífica de todos, no caso do cometido dessas infrações penais de perturbação, a ação penal não perecerá por ausência de interesse das partes no seu prosseguimento.

Isto, entretanto, não obsta que a jurisprudência, sem fundamentar as bases legais de seu entendimento distinto, julgue extinta a punibilidade por desinteresse da pessoa ofendida de perturbação da tranquilidade (artigo 65 da LCP). Note-se:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - MOLESTAR ALGUÉM OU PERTURBAR-LHE A TRANQUILIDADE, POR ACINTE OU POR MOTIVO REPROVÁVEL - ART. 65 DO DECRETO-LEI 3.688/41 (LEI DAS CONTRAVENCOES PENAIIS) - MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA - NATUREZA CAUTELAR - AUSÊNCIA DE REPRESENTAÇÃO DA OFENDIDA - TRANSCURSO DO PRAZO DECADENCIAL - INÉRCIA DA OFENDIDA - RECURSO NÃO PROVIDO. 1. A Lei 11.340/06 foi editada com o fim de proteger não apenas a incolumidade física e moral da mulher, mas também tutelar a tranquilidade e a harmonia dentro do âmbito doméstico e familiar. 2. As medidas protetivas previstas no art. 22 da Lei 11.340/06 têm natureza excepcional/cautelar e possuem características de urgência e prevenção. 3. No caso dos autos, **em se tratando de suposta prática da contravenção penal prevista no art. 65 do Decreto-Lei 3.688/41, a representação da vítima é imprescindível, por ser pressuposto para ajuizamento da ação penal.** 4. Diante do manifesto desinteresse da vítima em representar contra o recorrido, pelo fato desta ter sido intimada quanto à audiência do art. 16 da lei 11.340/06, e, principalmente, por ter decorrido o prazo decadencial para representação, entendo que a decisão do insigne MM. Juiz de Direito que declarou extinta a punibilidade do ofensor, com base no art. 107, inciso IV do CP está correta, não fazendo sentido o deferimento das medidas protetivas requeridas quando há, ressalte-se, desinteresse da ofendida em representar em face do agressor.<sup>6</sup> (Destaque nosso).

APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **PERTURBAÇÃO DA TRANQUILIDADE. ART. 65 DO DL 3.688/41. RETRATAÇÃO DAS VÍTIMAS EM JUÍZO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. PRECEDENTES DESTA TURMA RECURSAL.** É cabível a retratação da representação até a prolação da sentença, especialmente perante o juízo, em audiência, o que resulta na extinção da punibilidade da ré por ausência de condição de procedibilidade. A renúncia expressa das vítimas, antes da sentença, no âmbito dos Juizados Especiais, acarreta a extinção da punibilidade do delito nos moldes do art. 107, V, do CP. **DECLARADA EXTINTA A PUNIBILIDADE DO DELITO E PREJUDICADO O EXAME DO MÉRITO RECURSAL.**<sup>7</sup> (Destaque nosso).

APELAÇÃO CRIME. DELITO DE AMEAÇA E CONTRAVENÇÃO DE PERTURBAÇÃO DA TRANQUILIDADE. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE POR AUSÊNCIA DE REPRESENTAÇÃO. **A contravenção tipificada no artigo 65, da Lei das Contravenções Penais, independe de**

---

<sup>6</sup> Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – Recurso em Sentido Estrito nº 10024101619716001 MG. Relator Des. Walter Luiz. 22 out. 2013, Câmara Criminal.

<sup>7</sup> Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Apelação Criminal nº 71005313408. Relator Juiz Luciano André Losekann. 14 set. 2015, Turma Recursal Criminal.

**representação da vítima.** APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.<sup>8</sup>  
(Destaque nosso).

Da análise acurada das decisões acima esposadas, é possível observar enormes inconsistências entre elas. Nas duas primeiras decisões, a contravenção penal de perturbação da tranquilidade foi considerada de ação pública condicionada à representação, mormente que os processos foram extintos já que pereciam deste requisito para o seu desenvolvimento válido, enquanto na última decisão, contraditoriamente, o juiz sentenciante entendeu não se tratar de infração que depende de representação para o exercício da ação.

Outra incoerência dos tribunais, diz respeito ao dolo de perturbar.

A esse respeito, a disciplina no art. 65 da LCP não deixa dúvida quanto o dever de haver a intenção, enquanto o art.42 da mesma lei não faz alusão ao tema. Assim, consigna o art. 3º da LCP que: “para a existência da contravenção, basta a ação ou omissão voluntária. Deve-se, todavia, ter em conta o dolo ou a culpa, se a lei faz depender, de um ou de outra, qualquer efeito jurídico”. Portanto, segundo esta previsão legal, o que importa é a prática o ato, sem necessidade, assim, de aferir a existência de dolo ou culpa pelo agente.

Tal terminologia, entretanto, leva à presunção de culpa e encarrega ao autor da infração o dever de provar sua inocência, em vez do órgão acusador provar a sua culpa, o que caracteriza, deste modo, a responsabilidade penal objetiva e afronta os princípios que regem a nossa ordem constitucional.

Diante disto, o Supremo Tribunal Federal decidiu no *Habeas Corpus* nº 88.875 que não é possível apartar-se do princípio da culpabilidade no âmbito penal, pois, assim agindo, estar-se-á aplicando indevidamente um Direito Penal de responsabilidade objetiva.

Transcrevo parte do voto do Ministro Relator Celso de Mello por ocasião deste julgamento:

[...] AS ACUSAÇÕES PENAIIS NÃO SE PRESUMEM PROVADAS: O ÔNUS DA PROVA INCUMBE, EXCLUSIVAMENTE, A QUEM ACUSA. – Nenhuma acusação penal se presume provada. Não compete, ao réu, demonstrar a sua inocência. Cabe, ao contrário, ao Ministério Público, comprovar, de forma inequívoca, para além de qualquer dúvida razoável,

---

<sup>8</sup> Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Recurso Crime nº 71001446566. Relator Juiz Ângela Maria Silveira, 26 nov. 2007, Turma Recursal Criminal.

a culpabilidade do acusado. [...] Em matéria de responsabilidade penal, não se registra, no modelo constitucional brasileiro, qualquer possibilidade de o Judiciário, por simples presunção ou com fundamento de meras suspeitas, reconhecer a culpa do réu.<sup>9</sup>

Conquanto a Suprema Corte brasileira tenha se pronunciado sobre o tema, o artigo 3º da Lei de Contravenções Penais ainda é fartamente aplicado pelos tribunais inferiores, observe:

PERTURBAÇÃO DE SOSSEGO ALHEIO. ARTIGO 42, INC. IV, DO DL. 3.688 /41. EXISTÊNCIA E AUTORIA DEMONSTRADAS. PRELIMINAR DE NULIDADE REJEITADA. TESE DA ATIPICIDADE DA CONDUTA AFASTADA. CONDENAÇÃO MANTIDA. Acusado que não toma providências para evitar que seus cães latassem constantemente, perturbando o sossego dos moradores de edifício vizinho, pratica a contravenção em comento, que não exige dolo específico, bastando a omissão voluntária hábil a perturbar o sossego alheios, independentemente do ânimo que moveu o agente. Relevância jurídica da conduta, que perturbou, de modo significativo, a coletividade dos moradores do prédio, que chegaram a firmar abaixo assinado visando providências da autoridade policial. Rejeitada a preliminar de nulidade da sentença, que condenou o réu pelo delito previsto no inciso III, em detrimento do inciso IV, do artigo 42 da LCP, visto que o erro material não trouxe prejuízo à defesa do réu, que se defendeu do fato descrito na denúncia. NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.<sup>10</sup>

A partir desse exame, indubitavelmente se demonstra como leis obsoletas geram insegurança jurídica no sistema.

Além do mais, os artigos 42 e 65 da Lei Contravencional são excelentes exemplos do excesso de tipos penais incriminadores que o sistema legislativo insiste em reverenciar e que ferem gravemente o princípio da intervenção mínima, visto que os problemas que pretendem resolver, podem ser facilmente solucionados em outros ramos do direito. Outrossim, Nucci (2009, p. 201) indaga:

Como se pode pensar em punição na órbita criminal de alguém que, promovendo uma algazarra com amigos, por exemplo, perturbe o sossego da vizinhança? Não se está, evidentemente, incentivando que tal situação se dê, nem tampouco se pode defender ser tal gesto lícito ou admissível, porém, a punição na esfera administrativa (ou mesmo civil) é mais que suficiente. A Prefeitura Municipal tem condições de manter um corpo de fiscalização para controlar o abuso na utilização de aparelhos sonoros ou na produção de ruídos, de forma a assegurar a tranquilidade social

<sup>9</sup> Supremo Tribunal Federal – *Habeas Corpus* nº 88.875 AM. Relator Min. Celso de Mello. 17 dez. 2010, Segunda Turma.

<sup>10</sup> Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Recurso Crime nº 71002118081 RS. Relator Juíza Cristina Pereira Gonzales. 22 mai. 2009, Turma Recursal Criminal.

Ora, as prefeituras têm a competência para regulamentar as normas de silêncio de acordo com os costumes locais, amoldando-as ao estilo de vida de seus habitantes. Desta forma, é mais crível na solução das perturbações do sossego ou da tranquilidade que o próprio órgão municipal atue na repulsão dessas práticas, prescindindo da ação da Justiça Criminal.

É inadmissível que a Polícia Militar, o Judiciário, o Ministério Público, enfim, todo o aparelhamento estatal, sejam acionados nos dias atuais, para conter os latidos de um cachorro ou dirimir o conflito oriundo desses latidos. Isso é o ápice da intervenção máxima do Direito Penal na vida privada do cidadão.

Por fim, razão assiste a Nucci (2009, p. 201) quando assevera que “não se pode mais conviver com esse entulho de leis penais desacreditadas, que somente servem para gerar no espírito do brasileiro a nítida e indevida sensação de impunidade”.

#### **4.3.3 Jogo de Azar e Jogo do Bicho (arts. 50 e 58 da LCP)**

Há ainda aquelas contravenções penais que caíram em total descostume, por efeito da modificação de foco do bem jurídico protegido pelo nosso sistema jurídico brasileiro. A título de exemplo, pode-se citar, inicialmente, o art. 50 da LCP que criminaliza a prática de jogo de azar, veja-se:

Art. 50. Estabelecer ou explorar jogo de azar em lugar público ou acessível ao público, mediante o pagamento de entrada ou sem ele:

Pena – prisão simples, de três meses a um ano, e multa, de dois a quinze contos de réis, estendendo-se os efeitos da condenação à perda dos moveis e objetos de decoração do local.

§ 1º A pena é aumentada de um terço, se existe entre os empregados ou participa do jogo pessoa menor de dezoito anos.

§ 2º Incorre na pena de multa, de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) a R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), quem é encontrado a participar do jogo, ainda que pela internet ou por qualquer outro meio de comunicação, como ponteiro ou apostador.

§ 3º Consideram-se, jogos de azar:

a) o jogo em que o ganho e a perda dependem exclusiva ou principalmente da sorte;

b) as apostas sobre corrida de cavalos fora de hipódromo ou de local onde sejam autorizadas;

c) as apostas sobre qualquer outra competição esportiva.

§ 4º Equiparam-se, para os efeitos penais, a lugar acessível ao público:



- a) a casa particular em que se realizam jogos de azar, quando deles habitualmente participam pessoas que não sejam da família de quem a ocupa;
- b) o hotel ou casa de habitação coletiva, a cujos hóspedes e moradores se proporciona jogo de azar;
- c) a sede ou dependência de sociedade ou associação, em que se realiza jogo de azar;
- d) o estabelecimento destinado à exploração de jogo de azar, ainda que se dissimule esse destino.

Da mesma forma, com relação à contravenção penal do jogo do bicho, anteriormente tipificado pelo artigo 58 da mesma lei, foi revogado e substituído pelo art. 58 do Decreto-Lei nº 6.259/44, trazendo uma penalidade mais severa, observe-se:

Art. 58. Realizar o denominado "jôgo do bicho", em que um dos participantes, considerado comprador ou ponto, entrega certa quantia com a indicação de combinações de algarismos ou nome de animais, a que correspondem números, ao outro participante, considerado o vendedor ou banqueiro, que se obriga mediante qualquer sorteio ao pagamento de prêmios em dinheiro. Penas: de seis (6) meses a um (1) ano de prisão simples e multa de dez mil cruzeiros (Cr\$ 10.000,00) a cinquenta mil cruzeiros (Cr\$ 50.000,00) ao vendedor ou banqueiro, e de quarenta (40) a trinta (30) dias de prisão celular ou multa de duzentos cruzeiros (Cr\$ 200,00) a quinhentos cruzeiros (Cr\$ 500,00) ao comprador ou ponto.

§ 1º Incorrerão nas penas estabelecidas para vendedores ou banqueiros:

- a) os que servirem de intermediários na efetuação do jôgo;
- b) os que transportarem, conduzirem, possuírem, tiverem sob sua guarda ou poder, fabricarem, darem, cederem, trocarem, guardarem em qualquer parte, listas com indicações do jôgo ou material próprio para a contravenção, bem como de qualquer forma contribuir para a sua confecção, utilização, curso ou emprêgo, seja qual for a sua espécie ou quantidade;
- c) os que procederem à apuração de listas ou à organização de mapas relativos ao movimento do jôgo;
- d) os que por qualquer modo promoverem ou facilitarem a realização do jôgo.

§ 2º Consideram-se idôneos para a prova do ato contravencional quaisquer listas com indicações claras ou disfarçadas, uma vez que a perícia revele se destinarem à perpetração do jôgo do bicho.

Tais infrações penais são relativas à polícia de costumes. A ideia, ainda preponderante, é conservar os indivíduos afastados desses tipos de jogos, em que não é necessária aptidão para ganhar, como, por exemplo, nos jogos esportivos, mas de mera sorte.

O intuito do legislador foi, por meio da aplicação de pena, conservar o patrimônio familiar, bem como preservar a ordem pública, garantindo que não ocorram outros delitos praticados por indivíduos para sustentar o vício da jogata.

Trata-se de uma grande hipocrisia do Estado, vez que o próprio financia a maior parte destes jogos na atualidade. Assim, não existem motivos para a punição de um comportamento na qual quem deveria reprimir é o principal impulsionador. Nos ensinamentos de Rogério Greco (2008, p. 83):

Como proibir o jogo do bicho se o Estado ocupa a posição de maior “banqueiro” de jogos de azar? Será que a sociedade já se acostumou com esse tipo de aposta, de modo que tolera a sua prática, mesmo tendo consciência da sua qualidade de jogo de azar? Quantos jogos de azar existem que não são proibidos pelo Estado, principalmente aqueles que são por ele mesmo fomentados, a exemplo das chamadas “raspadinhas”? (Destaque original).

Não obstante, à luz do princípio da intervenção mínima, não há embasamento para o Estado, aproveitando-se do Direito Penal, se intrometer nas escolhas privadas dos cidadãos que desejam se arriscar na jogatina. Ora, não pode o legislador criminalizar condutas simplesmente por considerá-las imorais, se esses atos não alcançam bem jurídico alheios.

Alie-se a isso, o fato da prática desses jogos ser socialmente aceita pela sociedade nos dias atuais, e se encontrar revelada no nosso cotidiano em plena luz do dia, em via pública, sob a vigilância de todas as autoridades, sem nunca ser coibida.

Na prática, existem dois fatos tipificados como contravenção penal no nosso sistema punitivo e, ao mesmo tempo, inexistente punição para aqueles que exploram a sua prática, o que macula a reputação do nosso Direito Penal e produz o infeliz sentimento de impunidade.

Neste caso, o mais sensato e eficaz ao Estado seria ajustar e legitimar os jogos, afinal, são inúmeros aqueles que ele mesmo promove, como, por exemplo, as loterias em geral.

#### **4.3.4 Embriaguez e Servir Bebidas Alcoólicas (arts. 62 e 63 da LCP)**

Inegavelmente, destarte, que o próprio poder público é conivente com determinadas condutas anotadas como ilícitas na nossa legislação, podendo ser citadas entre tantos exemplos, as contravenções penais previstas nos arts. 62 e 63

da LCP, as quais também acontecem hodiernamente à vista de todos, sem sofrer repressão do Estado.

Tais infrações correspondem, respectivamente:

Art. 62. Apresentar-se publicamente em estado de embriaguez, de modo que cause escândalo ou ponha em perigo a segurança própria ou alheia:  
Pena - prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.

Parágrafo único. Se habitual a embriaguez, o contraventor é internado em casa de custódia e tratamento.

Art. 63. Servir bebidas alcoólicas:

I - ~~a menor de dezoito anos~~; (Revogado pela Lei nº 13.106, de 2015)

II - a quem se acha em estado de embriaguez;

III - a pessoa que o agente sabe sofrer das faculdades mentais;

IV - a pessoa que o agente sabe estar judicialmente proibida de frequentar lugares onde se consome bebida de tal natureza:

Pena - prisão simples, de dois meses a um ano, ou multa, de quinhentos mil réis a cinco contos de réis.

Da simples leitura destes tipos penais, verifica-se que realmente são atividades que acontecem cotidianamente e não são punidas, longe disso, já contrairiam tamanha intensidade que são realizadas cada dia com maior constância.

No que se refere ao delito-anão de embriaguez (art. 62 LCP), a pretensão de punir a pessoa que se embriaga e, nessa situação, ocasiona escândalo, o que não é muito raro devido a sua consciência afetada, não se coaduna com o princípio da intervenção mínima. Desde que o bêbado não cometa crime grave, não cabe ao Direito Penal agir na contenção de eventuais problemas causados pelo indivíduo, como o escândalo, por exemplo. Nucci (2009, p. 218) lembra:

Se o álcool é droga lícita, vendida em qualquer supermercado, possibilitando o abuso na sua ingestão, logo, a embriaguez, deve-se solucionar o eventual problema causado pelo bêbado de qualquer forma ou por qualquer mecanismo, desde que distante do contexto penal. A menos, é claro que, em estado de embriaguez, o agente cometa crime grave.

No mesmo sentido, não existe fundamento para se almejar punir aquele que, embriagado, coloca em perigo sua própria segurança. Esse é o ponto máximo do intervencionismo estatal, punir condutas que não excedem o campo do agente e não alcança bens alheios. Ademais, é no mínimo incoerente essa lógica trazida

pelo legislador, quando, pelo mesmo fundamento, o Direito Penal não se ocupa em punir a autolesão e a tentativa de homicídio, por exemplo.

Da mesma forma, a infração penal do art. 63 da LCP não se trata, no seu cerne, de problema penal.

Não se anseia, com esta afirmação, proteger a postura daqueles que cooperam para a ebriedade alheia, longe disso, mas somente expor que não se refere a uma atribuição penal.

Apesar de louvável a preocupação do legislador com as pessoas descritas nos incisos do artigo contravencional em evidência, seriam mais eficazes no combate à prática deste fato, sanções de ordem administrativa, como uma multa, a cassação da licença do estabelecimento, ou a sua interdição, do que entregar às máquinas policial e judiciária o controle da ingestão de álcool da população. Nesse sentido, Nucci (2009, p. 220) sentencia que:

Bares, restaurantes e uma infinidade de estabelecimentos públicos similares servem, todos os dias, doses e mais doses de bebidas alcoólicas a quem já está embriagado, por exemplo. O importante, nessas situações, é ter dinheiro para pagar a bebida; o restante é supérfluo. Se fecharmos os olhos para a realidade, estamos na verdade, consagrando o direito penal *teatral*, aquele que simula punir infratores, enquanto estes fingem respeitar a norma estabelecida pelo Estado.

Desta forma, uma vez retirada a incidência penal deste fato, além de salvaguardar a coerência da característica de *ultima ratio* do Direito Penal com a nossa legislação, via consequência, se estaria contribuindo, para elevação do crédito do leigo nas nossas instituições, hodiernamente, desacreditadas pelo sentimento de impunidade, causado, muitas das vezes, pelo desrespeito à fragmentariedade e subsidiariedade do Direito Penal pelo nosso legislador.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebeu-se que na década de 40, o Brasil atravessava por um período crítico e instável com sua política nacional, enquanto, internacionalmente, os movimentos fascistas se fortaleciam pelo mundo. Ainda, por ocasião da elaboração do Código Penal Brasileiro e da Lei de Contravenções Penais vigorava no país o período ditatorial chamado de “Estado Novo”, instituído pela Constituição de 1937, outorgada por Getúlio Vargas.

Analisou-se que, não obstante seu projeto ter sido elaborado durante um regime totalitarista, ele também sofreu influência da ideologia da defesa social, assim como dos códigos europeus de locais que eram governados por regimes fascistas na época.

Neste período, defendia-se a ideia de que a repressão do crime mais leve preveniria a prática de um delito mais grave, porém tal doutrina, consoante constatado com este estudo, além de acarretar o inflacionamento penal, atinge diversos direitos e garantias individuais, acarreta insegurança jurídica no meio social, e é responsável pelo aumento da criminalidade.

Ademais, verificou-se que a prática de atividades consideradas criminosas não é avulsa, vez que o Direito Penal é seletivo e não pune todos que as praticam, além de, por diversas vezes, não corresponder a bens jurídicos valorados por toda a sociedade, mas pela menor parte dela.

Robusteceu-se, deste modo, que o Direito Penal Mínimo vem, então, reforçar a necessidade de se observar a Constituição Federal. Conforme verificado, a doutrina minimalista do Direito Penal busca abolir a própria violência que o sistema penal gera, já que o aumento desenfreado de regulação penal e a intensificação das punições em períodos não tão remotos, não foram eficazes no combate à violência e a criminalidade, pelo contrário, fizeram as crescerem e, ainda, deixaram o indivíduo sujeito às arbitrariedades do Estado, sem acato aos seus direitos e garantias constitucionais.

Buscou-se, portanto, demonstrar com o Direito Penal Mínimo que o monopólio da intervenção do Estado deve proteger o indivíduo contra graves ofensas a bens jurídicos importantes, bem como tutelar os direitos e garantias fundamentais de todos que são sujeitados à sanção criminal. Desta forma, ter-se-á

um legítimo Estado Democrático de Direito, já que efetivamente não se alcançaria a democracia apenas formalmente, mas também em sua integralidade material.

Verificou-se que não basta que a lei penal seja exata e certa, mas que, além de coadunar com os requisitos formais necessários à sua existência, ela deve ser ainda atual e imprescindível, consoante consagra a doutrina do Direito Penal Mínimo. O fato de existir uma lei promulgada de acordo com os rigores exigidos, não quer dizer que não deva ser reanalisada de acordo com todo o suporte material expresso no texto constitucional.

Considerou-se que com os princípios da intervenção mínima e da lesividade estudados, o Direito Penal não está posto para toar a educação moral e ética dos cidadãos, logo não se pode castigar uma atividade pelo seu valor, mas por ofender bem jurídico alheio, afastando-se, assim, também a autolesão. Destaque-se, ainda, que não se justifica intervenção penal quando as condutas são socialmente adequadas.

Ainda, consoante o apresentado, a doutrina e a jurisprudência estruturaram a não penalização da bagatela. Assim, apesar de formalmente o fato ser típico, pode ser materialmente atípico, desde que não lesione gravemente o bem jurídico tutelado e a punição traga um efeito discrepantemente mais severo que a própria atividade que se busca conter.

Ademais, com o advento da Carta Magna de 1988 – que recepcionou esses princípios informadores ao Direito Penal Mínimo, foram apresentadas à ordem jurídica brasileiro, cláusulas pétreas com o fito de selecionar os bens a serem regulados pela legislação penal, já que com a criação do Estado Democrático de Direito, tornou-se necessária uma reavaliação dos conceitos de bem jurídico penal, mormente não corresponderem mais a todos aqueles que abrangia em 1940.

Assim, procedido um exame jurisprudencial e doutrinário dos delitos-anões, evidenciou-se várias incoerências.

Primordialmente, o rito a que se submete a Lei das Contravenções Penais é o sumaríssimo, que preza pela conciliação e composição dos danos civis, todavia, as contravenções, conforme dispõe a LCP, são de ação pública incondicionada. Assim, além da visível possibilidade de vários dispositivos desta lei poderem ser facilmente e, sobretudo, adequadamente, solucionados através destas medidas, tais infrações não justificam a intervenção do poder repressivo do Estado, e

poderiam ser resolvidas de forma muito mais eficaz – tanto para o aparelhamento Estatal, quanto para a parte lesada – por outras esferas do Direito, principalmente no que se refere à contravenção de perturbação do sossego. Não agindo desta forma, está se ferindo o princípio da intervenção mínima.

Inobstante, o Estado encontra-se punindo atividades socialmente aceitas e que não afetam bens jurídicos alheios, como, por exemplo, as contravenções penais de jogo do bicho e jogos de azar. Ainda, despreza-se, que o próprio Estado patrocine os jogos de azar, como as loterias. Dessa maneira, feridos estão os princípios da adequação social e lesividade ao proibir essa atividade.

Avultou-se que são reprimidas condutas relacionadas com “costumes” e “moralidade”, porquanto se confiava quando as contravenções foram estabelecidas que certas atividades “perturbariam o equilíbrio social” e buscava-se encarcerar aqueles que perpetravam esses comportamentos considerados “antissociais”, como, por exemplo, a contravenção de embriaguez. Lesiona-se seriamente os direitos fundamentais a regulação dessa conduta, pois não pode o Estado constranger os seus cidadãos a manterem um ofício ou a apresentarem-se no estilo de vida que ele avalia moral e apropriado.

Deste exame, restou evidenciada a insegurança jurídica causada pela incongruência e incoerência da Lei das Contravenções Penais com o ordenamento jurídico, mormente que, via de consequência, as decisões judiciais também se tornam discordantes.

Não se mostra legal, tampouco constitucional, o Estado regular matérias consideradas “miúdas” por intermédio do Direito Penal e, pela carência de jurisprudência nas Cortes Superiores, observa-se que a matéria não está avocando a necessitada atenção. No segundo grau de jurisdição, às vezes, é possível visualizar que a análise sobre a constitucionalidade dessa lei e sua concordância com os princípios informadores do nosso ordenamento jurídico é muitas vezes esquivada sob a alegação de que ponderá-las inconstitucionais assinalaria indevidamente a “*abolitio criminis*”.

Não se pretende com este trabalho, esgotar esses questionamentos às minúcias, mas avocar a urgente necessidade de adequar a legislação em comento com a Constituição. Da mesma forma, não se almeja arrazoar sobre qual a melhor solução para os problemas do Direito Penal, entretando, a Lei das Contravenções

Penais, exatamente por ter essa natureza “miúda” não está auferindo a devida reflexão e o debate que merece. Afinal, seu caráter de menor potencial ofensivo não evita que haja inúmeros contrassensos com o sistema constitucional vigente e, com isso, viole o Estado Democrático de Direito.



## REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Lozano. Os problemas do direito penal simbólico em face dos princípios da intervenção mínima e da lesividade. **Revista Liberdades**. São Paulo, n. 17, p. 99-117, set/dez, 2014.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 9. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. 2. ed. São Paulo: Editora Edijur, 2010.

BECHARA, Fábio Ramazzini. **Legislação Penal Especial: 2. ed. rev. e atual**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941. **Lei de Contravenções Penais**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3688.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm)>. Acesso em 25 ago. 2016.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. **Lei de Juizados Especiais**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm)>. Acesso em 13 set. 2016.

\_\_\_\_\_. **Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal**, de 04 de novembro de 1940. Disponível em: <<https://www.diariodasleis.com.br/busca/exibelink.php?numlink=1-96-15-1940-12-07-2848-CP>>. Acesso em 13 set. 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 47.253**. Relatora: Maria Thereza de Assis Moura. Brasília. 17 dez. 2014. Disponível em: <[www.stj.jus.br/portal/verProcessoAndamento.asp](http://www.stj.jus.br/portal/verProcessoAndamento.asp)>. Acesso em 09 set. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 80.617**. Relator: Celso de Mello. Brasília. 21 dez. 2000. Disponível em: <[www.stf.jus.br/portal/verProcessoAndamento.asp](http://www.stf.jus.br/portal/verProcessoAndamento.asp)>. Acesso em 09 set. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 84.412**. Relator: Celso de Mello. Brasília. 19 out. 2004. Disponível em: <[www.stf.jus.br/portal/verProcessoAndamento.asp](http://www.stf.jus.br/portal/verProcessoAndamento.asp)>. Acesso em 09 set. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 86.254**. Relator: Celso de Mello. Brasília. 25 out. 2005. Disponível em: <[www.stf.jus.br/portal/verProcessoAndamento.asp](http://www.stf.jus.br/portal/verProcessoAndamento.asp)>. Acesso em 09 set. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 88.875**. Relator: Celso de Mello. Brasília. 09 mar. 2012. Disponível em: <[www.stf.jus.br/portal/verProcessoAndamento.asp](http://www.stf.jus.br/portal/verProcessoAndamento.asp)>. Acesso em 31 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 583.523**. Relator: Gilmar Mendes. Brasília. 03 out. 2013. Disponível em: <[www.stf.jus.br/portal/verProcessoAndamento.asp](http://www.stf.jus.br/portal/verProcessoAndamento.asp)>. Acesso em 13. Set. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Recurso em Sentido Estrito nº 1.0024.10.161971-6/001**. Relator: Walter Luiz. Belo Horizonte. 22 out. 2013. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em 31 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. Turma Recursal Criminal do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Criminal nº 71001446566**. Relatora: Ângela Maria Silveira. Porto Alegre. 26 nov. 2007. Disponível em: <[www.tjrs.jus.br/busca](http://www.tjrs.jus.br/busca)>. Acesso em 31 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. Turma Recursal Criminal do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Criminal nº 71005313408**. Relator: Luciano André Losekann. Porto Alegre. 14 set. 2015. Disponível em: <[www.tjrs.jus.br/busca](http://www.tjrs.jus.br/busca)>. Acesso em 31 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. Turma Recursal Criminal do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Criminal nº 71002118081**. Relatora: Cristina Pereira Gonzales. Porto Alegre. 22 jun. 2009. Disponível em: <[www.tjrs.jus.br/busca](http://www.tjrs.jus.br/busca)>. Acesso em 31 ago. 2016.

CALLEGARI, André Luiz. O Princípio da Intervenção Mínima no Direito Penal. **IBCrim**, São Paulo, nº 70, 1998.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito Penal: parte geral**. 8. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da Insignificância e outras Excludentes de Tipicidade**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Legislação Penal Especial**. Coleção Sinopses Jurídicas. 8 ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2011.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal**. 4. ed. Niterói: Impetus, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados Especiais Criminais: Comentários à lei 9.099 de 26.09.1995**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

JESUS, Damásio de. **Lei de Contravenções Penais anotada: Decreto-lei n. 3.688, de 3-10-1941**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. **Direito Penal: parte geral**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LUIZI, Luiz. Bens constitucionais e criminalização. **Revista Centro de Estudos Judiciários**. América do Norte, v. 2, n. 7, abril, 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 22<sup>o</sup> edição. São Paulo, Malheiros, 1997.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal: parte geral**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais comentadas**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito Penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: parte geral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

\_\_\_\_\_. Sobre a Função do Juiz Criminal na Vigência de um Direito Penal Simbólico. **IBCrim**, São Paulo, nº 74, 1999.