

CURSO DE DIREITO

Victor Maus

**A APLICABILIDADE DA LEI DAS CONTRAVENÇÕES PENAIS NO
ORDENAMENTO JURÍDICO CONTEMPORÂNEO**

Santa Cruz do Sul
2017

Victor Maus

**A APLICABILIDADE DA LEI DAS CONTRAVENÇÕES PENAIS NO
ORDENAMENTO JURÍDICO CONTEMPORÂNEO**

Trabalho de Conclusão de Curso, modalidade monografia, apresentado ao Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, UNISC, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Prof. Ms. Nidal K. A. Mohamad Mahmud
Orientador

Santa Cruz do Sul
2017

TERMO DE ENCAMINHAMENTO DO TRABALHO DE CURSO PARA A BANCA

Com o objetivo de atender o disposto nos Artigos 20, 21, 22 e 23 e seus incisos, do Regulamento do Trabalho de Curso do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC – considero o Trabalho de Curso, modalidade monografia, do acadêmico Victor Maus adequado para ser inserido na pauta semestral de apresentações de TCs do Curso de Direito.

Santa Cruz do Sul, 19 de junho de 2017.

Prof. MS. Nidal Khalil Ahmad Mohamad Mahmud
Orientador

AGRADECIMENTOS

Agradeço, inicialmente, a meus pais, Sicléia dos Santos Maus e Juliano Loose Maus, por todo o apoio, carinho e amor dispensados a mim e por serem minhas referências e meus conselheiros em minhas tomadas de decisões. Agradeço também a meu irmão, Rafael Loose Maus, pelo amor que, embora nem sempre demonstrado, sempre presente em nossas relações. À minha namorada, Julia Patrícia Staub, pelo companheirismo de todas as horas, especialmente na trajetória do Curso de Direito.

Agradeço, também, ao Professor Nidal Khalil Ahmad Mohamad Mahmud, o qual contribuiu, com seu método de ensino, para o meu interesse pelo Direito Penal e, é claro, com seus sábios ensinamentos para a elaboração deste trabalho. Ao Professor Renato Nunes, pela ajuda na estruturação deste trabalho.

Outrossim, agradeço aos colegas da Promotoria de Justiça de Vera Cruz pela amizade e ensinamentos e, em especial, à Dra. Maria Fernanda Cassol Moreira, por ter me disponibilizado estagiar no Ministério Público e contribuir imensuravelmente pelo meu aprendizado na prática penal.

Ainda, agradeço à Universidade de Santa Cruz do Sul, por colocar à disposição dos alunos um competente corpo docente, em especial no campo do Direito Penal, o que contribui muito para o interesse dos alunos nessa área.

Por fim, agradeço aos colegas, amigos, demais familiares e a todos que, de alguma forma, contribuíram para que eu chegasse até aqui. Muito obrigado!

RESUMO

O presente trabalho monográfico trata do tema “a aplicabilidade da lei das contravenções penais no ordenamento jurídico contemporâneo”. Objetiva tratar do Decreto-Lei 3.688/1941, mais conhecido como Lei das Contravenções Penais, verificando se tal encontra amparo no ordenamento jurídico contemporâneo, afinal, desde sua publicação, muitas mudanças foram operadas, não apenas no âmbito legal, mas também no social. Para isso, pretende-se analisar a história e princípios do Direito Penal, em especial o princípio da intervenção mínima, bem como comparar crime com contravenção penal, tudo à luz da jurisprudência e doutrina mais relevantes, através de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

Palavras-chave: contravenções penais; aplicabilidade; princípio da intervenção mínima.

ABSTRACT

The present study expands on the applicability of the law in penal contraventions in the contemporary legal order. It aims to attend to decree-law 3.688/1941, best known as Law of Penal Contraventions, thus verifying whether it is sustained in the contemporary legal order, because, after all, several changes have taken place since its date of issue – not only in its legal, but also in its social scope. To do so, the history and principles of Criminal Law will be analyzed – with special regard to the principle of least intervention –; crime and penal contraventions will be compared in light of relevant jurisprudence and judicial doctrine by the means of both bibliographical and jurisprudential research.

Keywords: penal contraventions, applicability, principle of least intervention

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	08
2	DIREITO PENAL: ASPECTOS GERAIS, EVOLUÇÃO E PRINCÍPIOS.....	10
2.1	Aspectos gerais do Direito Penal.....	10
2.2	Evolução histórica do Direito Penal.....	16
2.3	Princípios do Direito Penal.....	24
2.3.1	Princípio da dignidade da pessoa humana.....	25
2.3.2	Princípio da insignificância ou bagatela.....	26
2.3.3	Princípio da intervenção mínima e da fragmentariedade.....	28
2.3.4	Princípio da proporcionalidade.....	29
2.3.5	Princípio da humanidade.....	31
2.3.6	Princípio da culpabilidade.....	31
2.3.7	Princípio da pessoalidade e da individualização da pena.....	32
2.3.8	Princípio da adequação social.....	33
2.3.9	Princípio da legalidade, da taxatividade e da anterioridade.....	33
2.3.10	Princípio da retroatividade benéfica.....	35
3	CRIME E CONTRAVENÇÃO PENAL.....	37
3.1	O breve contexto histórico nacional da época de decretação da Lei das Contrações Penais.....	37
3.2	A evolução do conceito de crime e de contração penal.....	38
3.3	As diferenças práticas entre crime e contração penal.....	43
3.3.1	A especialidade.....	43
3.3.2	A territorialidade.....	44
3.3.3	A tentativa.....	45
3.3.4	As penas.....	45
3.3.5	A reincidência.....	47
3.3.6	O limite das penas e a sua suspensão condicional.....	48
3.3.7	A medida de segurança.....	49
3.3.8	A ação penal.....	49
4	A APLICABILIDADE DO DECRETO-LEI 3.688/1941.....	51
4.1	As contrações penais que viraram crimes.....	51

4. 1. 1	As contravenções penais referentes a armas.....	51
4. 1. 2	As contravenções penais referentes ao trânsito.....	54
4. 1. 3	A contravenção penal de crueldade contra animais.....	56
4. 1. 4	A contravenção penal de oferecer bebida alcoólica a menor de 18 anos.....	57
4. 2	As contravenções penais que foram revogadas.....	58
4. 3	A Lei das Contravenções Penais à luz dos princípios da intervenção mínima e da insignificância.....	60
5	CONCLUSÃO.....	66
	REFERÊNCIAS.....	69

1 INTRODUÇÃO

Mesmo no ano de 2017, em nosso atual ordenamento jurídico vigoram diversas leis com décadas de publicação. Entre elas estão as principais leis penais, o Código Penal e o Código de Processo Penal, publicados em 1940 e em 1941, respectivamente, e que, apesar de terem passado por reformas desde então, continuam com grande parte de seu conteúdo vigendo exatamente como na época em foram publicados.

Além dos diplomas legais supracitados, há a Lei das Contravenções Penais (Decreto-Lei nº 3.688/1941). Tal lei tipifica as condutas conhecidas como “delitos anões”, ou seja, infrações penais que não chegam a ser crimes, e, desde sua publicação, há mais de setenta anos, sofreu poucas alterações.

No entanto, quanto a este terceiro diploma legal, observou-se, através dos anos, uma considerável diminuição de processos e mais ainda de condenações envolvendo contravenções.

Isso se dá, certamente, muito em conta da Lei nº 9.099/1995, que instituiu os institutos despenalizadores e diminuiu consideravelmente o número de processos penais envolvendo infrações penais de menor potencial ofensivo, mas também em função da mudança de pensamento da sociedade e da concepção do Direito Penal que se tinha na década de 1940.

Assim, questiona-se: há amparo jurídico para a aplicação, na atualidade, dos tipos penais previstos na Lei das Contravenções Penais?

Destarte, o presente estudo revela-se de grande relevância, a fim de verificar se a aplicação de sanção penal às contravenções penais observa os princípios do Direito Penal, em especial o da intervenção mínima, e se as infrações penais ali previstas não seriam melhor reguladas por outros ramos do Direito.

O presente trabalho baseia-se no estudo de obras bibliográficas de jurisprudências, bem como demais estudos e livros pertinentes, de modo exploratório. Ainda, analisar-se-á a legislação em vigor e a jurisprudência atualizada acerca do tema. Utilizar-se-á o método hipotético-dedutivo, analisando-se o problema e apontando soluções. Outrossim, o método histórico-crítico também será utilizado ao estudar a evolução histórica do Direito Penal e o contexto histórico da Lei das Contravenções Penais.

Nesse diapasão, o presente trabalho será dividido em três capítulos. O primeiro abordará os principais aspectos do Direito Penal, como seu conceito, objeto

e os bens jurídicos que visa proteger, bem como as outras áreas de conhecimento que possuem relação com ele. Ainda, será analisada a evolução histórica do Direito Penal, além dos princípios que o norteiam.

Em seguida, no segundo capítulo, analisar-se-á as diferenças entre crime e contravenção penal, iniciando-se com um breve contexto histórico de 1941, ano da publicação da Lei das Contravenções Penais, e, então, observando-se a evolução histórica de ambos os conceitos e, inclusive, sua etimologia. Depois, será abordada a parte geral da referida lei, que dispõe sobre as condições especiais a que estão submetidas as contravenções penais.

Por derradeiro, a partir dos aspectos retroapontados, será analisada a efetiva aplicabilidade que possui a Lei das Contravenções Penais em nosso atual ordenamento jurídico, apontando-se as contravenções que viraram crimes, bem como as que foram revogadas. Para tal, verificar-se-á as posições de doutrinadores penais e da jurisprudência acerca do tema.

2 DIREITO PENAL: ASPECTOS GERAIS, EVOLUÇÃO E PRINCÍPIOS

2.1 Aspectos gerais do Direito Penal

O Direito, dentre seus diversos ramos, existe desde os primórdios da humanidade, tendo como fim regular a vida em sociedade. Tratando-se de Direito Penal, nada diferente ocorreu, isso porque a criminalidade sempre foi inerente à coletividade humana.

De fato, sem um ordenamento jurídico, viveríamos à margem da arbitrariedade alheia. Com isso, de suma importância é a existência de dispositivos que impliquem sanções aos indivíduos que cometerem atos reprováveis.

Nessa linha, ensina Prado (2014, p. 64):

O Direito é ao mesmo tempo poder protetor e valor obrigatório, sendo que como poder coage e como valor obriga. Tão somente o valor pode obrigar e o faz em termos éticos. A força obrigatória da lei jurídica termina no momento em que ordena de forma contrária a um bem que eticamente não pode ser afetado de nenhum modo.

Com efeito, conceitua Mirabete (2009) como sendo Direito Penal o conjunto de normas jurídicas que o Estado estabelece para combater o crime, através de penas e medidas de segurança. Já Prado (2014) assevera que o Direito Penal é visto como um protetor da convivência humana e da paz, assegurando, por meio da coação estatal, a inquebrantabilidade da ordem jurídica. Ainda, Jesus (2013, p.47) refere como Direito Penal “o conjunto de normas que ligam ao crime, como fato, a pena como consequência, e disciplinam também as relações jurídicas daí derivadas [...]”.

Mirabete (2009), outrossim, destaca os caracteres do Direito Penal: valorativo, porque tutela os valores mais importantes da sociedade e dispõe os crimes de acordo com a sua gravidade; finalista, pois visa à proteção de bens e interesses jurídicos que só podem ser protegidos pelo poder intimidativo, ou seja, a prevenção; e, por fim, o sancionador, porquanto a lei penal não cria antijuricidade, se limitando a cominar penas às condutas que já são antijurídicas em face de outros ramos do Direito.

Acerca da diferenciação entre Direito Penal objetivo e Direito Penal subjetivo, Jesus (2013) bem define, sobre o segundo, que só o Estado é o titular do *jus puniendi*, mesmo nos casos de legítima defesa ou de ação penal privada. Tal

direito de punir é limitado pelo Direito Penal objetivo, que é a própria legislação penal.

No que tange à finalidade do Direito Penal, a de tutelar determinados bens jurídicos considerados importantes para a sociedade, conceitua Jesus (2013) que bem é tudo aquilo que pode satisfazer as necessidades humanas, sendo bens jurídicos aqueles que possuem valor reconhecido pelo Direito. Dessa forma, o Estado visa proteger os bens jurídicos mais importantes, intervindo apenas nos casos de lesão àqueles fundamentais para a vida em sociedade.

Segundo Capez (2012), a função do Direito Penal, a de proteger bens jurídicos, é exercida pela intimidação coletiva, ou seja, a prevenção geral, e mediante a difusão do temor aos possíveis infratores do risco à sanção penal. Defende o autor, outrossim, a teoria da celebração do compromisso ético entre o Estado e o indivíduo, pelo qual se consiga o respeito às normas, menos por receio da sanção punitiva e mais pela convicção da sua necessidade e justiça, seguindo-se valores como o respeito à vida alheia, à saúde, à liberdade e à propriedade. Assim, ao punir a lesão aos deveres ético-sociais, o Direito Penal acaba por exercer uma função de formação do juízo ético dos cidadãos, que passam a ter bem delineados quais os valores essenciais para o convívio do homem em sociedade. Assim, o objeto do Direito Penal é a conduta humana.

Entretantes, o Direito Penal não existe de forma isolada; ao revés, para elaborá-lo e aplicá-lo da melhor forma se faz necessário recorrer às demais ciências auxiliares.

Mirabete (2009) destaca a importância da Filosofia para a elaboração e a aplicação da lei penal, mormente na descrição dos fatos criminosos e no estabelecimento de sanções. Nesses casos, faz-se um juízo de valor sobre a conduta humana, eticamente (Filosofia Moral), bem assim na interpretação do ordenamento jurídico através de métodos dedutivos lógicos (Lógica).

Nessa esteira, a ciência penal visa explicar a razão, a essência e o alcance das normas jurídicas, estabelecendo critérios objetivos para sua imposição. Além disso, busca a justiça igualitária, adequando os dispositivos legais aos princípios constitucionais que os regem, não permitindo a descrição como infrações penais de condutas inofensivas ou de manifestações livres a que todos têm direito (CAPEZ, 2012).

Já a Criminologia é uma ciência empírica, que estuda o fenômeno criminal, ocupando-se das circunstâncias humanas e sociais relacionadas com o surgimento,

a prática e a maneira de evitar o crime, bem como o tratamento dos criminosos (PRADO, 2014). Difere-se, assim, do Direito Penal, pois, enquanto neste dá-se atenção apenas à dogmática, ou seja, ao estudo das normas, na Criminologia exige-se um conhecimento profundo do conjunto de estudos que compõem a ciência penal, considerando o crime como fato humano e social e o criminoso como agente social influenciado por fatores genéticos e constitucionais (MIRABETE, 2009).

Além de tais ciências, o Direito Penal está intimamente ligado a outras ciências jurídicas. Primeiramente, por óbvio, está o Direito Constitucional, que, como se encontra acima de todas as demais leis, merece maior destaque. Na Constituição Federal de 1988 estão princípios fundamentais à aplicação da lei penal, como o da anterioridade da lei penal, sua irretroatividade como regra e a retroatividade da mais benigna, entre outros, que serão profundamente abordados em momento oportuno. A Carta Maior também prevê como inafiançáveis e imprescritíveis os crimes de racismo e de ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (Art. 5º, XLII e XLIV), assim como a inafiançabilidade e a insuscetibilidade de graça, anistia ou indulto aos crimes de prática da tortura, ao tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, ao terrorismo e aos definidos como crimes hediondos (Art. 5º, XLIII). Refere-se a Constituição, ainda, à personalidade da pena (Art. 5º, XLV), à sua individualização e espécies (Art. 5º, XLVI e XLVII), à fonte da legislação penal (Art. 22), à anistia (Arts. 21, XVII e 48, VIII), aos efeitos políticos da condenação (Art. 55, VI), ao indulto (Art. 84, VI), etc (MIRABETE, 2009).

Prado (2014) estabelece a relação do Direito Penal com o Direito Administrativo, apontando que ambos possuem poder punitivo e protegem bens jurídicos essenciais à sociedade, porém este segundo apenas em relação aos ilícitos praticados no âmbito da atuação da Administração Pública. Ensina Prado, ainda, que o limite entre as duas esferas é bastante tênue, tanto que determinados delitos são transformados em infrações administrativas e vice-versa; existem apenas diferenças quantitativas ou de grau, nunca de essência, dependendo das diretrizes político-criminais empregadas.

De outra banda, Mirabete (2009) vê a relação do Direito Penal com o Direito Administrativo como sendo a aplicação da lei penal através de agentes da Administração Pública, como o Juiz, o Promotor de Justiça e o Delegado de Polícia. Além disso, alude que a lei penal utiliza conceitos do Direito Administrativo, como “cargo”, “função” e “rendas públicas”, e que a função de punir é administrativa e cumprida em estabelecimentos públicos.

Outrossim, Prado (2014, p. 73) conceitua o Direito Processual Penal como: “o conjunto de princípios e normas que regulam a aplicação jurisdicional do Direito Penal, bem como as atividades persecutórias da Polícia Judiciária, e a estruturação dos órgãos da função jurisdicional e respectivos auxiliares”, ressaltando, assim, a sua importância Penal para aplicação do Direito Penal. Explica, também, que a natureza de uma norma não advém da lei em que está inserida – Código Penal ou Código de Processo Penal -, mas sim da real função por ela desempenhada, sendo essa distinção de suma importância, já que as normas de conteúdo material não retroagem e tampouco admitem o emprego do argumento analógico em prejuízo do réu, enquanto as normas de cunho processual não se encontram submetidas a tais proibições.

Embora assunto controverso, Mirabete (2009, p. 10) defende a existência de um Direito Penitenciário, ou de Execução Penal, representado pela Lei de Execução Penal:

A nova Carta Magna inclui na competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal as leis de direito penitenciário (art. 24,I) [...]. Na verdade, enquanto as sanções de outros ramos do Direito são de fácil execução devido a seu caráter meramente reparador, o cumprimento das penas, principalmente das privativas de liberdade, por suas finalidades diversas (retribuição, prevenção, recuperação), apresenta maior complexidade. [...] Não há como negar [...] que deve existir um conjunto de normas positivas que se refiram aos diferentes sistemas de penas, à custódia e tratamento, à organização e direção das instituições e estabelecimentos que cumpram com os fins de prevenção, retribuição e reabilitação do delinquente e dos organismos de ajuda para os internados e liberados.

Há relação do Direito Penal também com o Direito do Trabalho, perceptível nos crimes contra a Organização do Trabalho (Arts. 197 a 207 do Código Penal) e nos efeitos trabalhistas da sentença penal (Art. 482, “d”, e parágrafo único, e 483, “e” e “f” da Consolidação das Leis do Trabalho); bem assim com o Direito Tributário, quando, na Lei 4.729/65, prevê os crimes de sonegação fiscal (MIRABETE, 2009).

Importante traçar, ainda, a relação do Direito Penal com o Direito Privado. Esse, apesar de ser eminentemente um ramo do Direito Público, contribui de forma significativa com o Direito Civil, principalmente ao prever as indenizações civis *ex delicto* e ao tutelar o direito de posse e propriedade, prevendo sanções ao furto, ao roubo, à apropriação indébita, ao esbulho possessório, entre outros (PRADO, 2014).

De igual forma, Mirabete (2009) faz referência às ciências auxiliares do Direito Penal: a Medicina Legal, a Criminalística e a Psiquiatria Forense. A primeira trata-se da aplicação dos conhecimentos médicos ao Direito Penal a fim de verificar a existência de lesão corporal, a ocorrência de atentados sexuais, além da

toxicologia (envenenamento e intoxicação alcoólica), entre outros. Já a Criminalística nada mais é do que o uso de diversas ciências para a investigação criminal, analisando provas periciais como pegadas, manchas, impressões digitais, com a finalidade de descobrir crimes e identificar seus autores. Por derradeiro, a Psiquiatria Forense tem como objeto o estudo dos distúrbios mentais em face dos problemas judiciários, como o da imputabilidade, da necessidade de tratamento curativo de criminosos semi-imputáveis e da debilidade mental da vítima de crimes contra os costumes.

Impende, outrossim, entender o conceito de crime. Trata-se, segundo Mirabete (2009), do fato antijurídico que ofende ou põe em perigo um bem jurídico relevante.

Bitencourt (2009), por sua vez, traça a evolução história do conceito de crime. O conceito clássico, por Von Liszt e Beling, é de que o delito é um movimento corporal que produz uma modificação no mundo exterior, distinguindo o aspecto objetivo, representado pela tipicidade e antijuricidade, e o aspecto subjetivo, representado pela culpabilidade. Para os clássicos, o delito era composto por quatro elementos: ação, tipicidade, antijuricidade e culpabilidade. Os neoclássicos reformularam o conceito clássico de crime; para eles, o conceito clássico de ação era frágil, mormente no tocante aos crimes omissivos, culposos e de tentativa; para a tipicidade, passou-se a se considerar os elementos subjetivos do tipo; e a antijuricidade, que era vista como a simples contradição formal a uma norma jurídica, passou a ser concebida sob um aspecto material, exigindo-se uma danosidade social. Já com o finalismo, guiado por Welzel, deslocou-se o dolo e a culpa para o injusto, retirando-os de sua tradicional localização – a culpabilidade –, levando, assim, a finalidade para o centro do injusto. Tal estrutura acarretou a distinção entre tipos dolosos e culposos e dolo e culpa não mais como elementos da culpabilidade, mas como integrantes da ação. Por fim, o conceito analítico de crime, iniciado por Carmignani, em 1833, definiu a ação delituosa como concurso de uma força física, onde estaria a ação executora do dano material do delito, e de uma força moral, onde se situaria a culpabilidade e o dano moral do crime. Em 1906, Beling complementou tal conceito, introduzindo o elemento tipicidade, passando a definir o crime como a ação típica, antijurídica e culpável.

Atualmente, o entendimento majoritário nacional é de que crime é a ação típica e antijurídica, sendo a culpabilidade somente pressuposto da pena, muito embora alguns autores incluam esse último entre os elementos constitutivos do

delito.

Impende salientar a diferença entre crime e contravenção penal. Ambos são espécies do gênero infração penal e constituem um fato típico, antijurídico e culpável. O que os difere é que as contravenções penais tipificam condutas de pequeno grau ofensivo, sendo, por conta disso, também conhecidas como “crimes-anões”. Além disso, há diferenças práticas previstas na parte geral da Lei das Contravenções Penais (Decreto-lei 3.688/41), como a territorialidade, a punição da tentativa, a forma de cumprimento da pena, entre outros (NUCCI, 2013).

Acerca das fontes do Direito Penal, Jesus (2013) distingue as materiais ou de produção das formais ou de cognição. A fonte de produção se refere à gênese da norma penal, ou seja, o órgão responsável pela sua elaboração. No Brasil, segundo o Art. 22, I, da Constituição Federal, compete à União legislar sobre Direito Penal. Ressalva-se, contudo, o parágrafo único do artigo retroapontado, que prevê a possibilidade de a superveniência de lei complementar autorizar os Estados a legislar sobre tal matéria. Entrementes, as fontes formais correspondem à exteriorização do Direito Penal, e se dividem em fonte formal imediata, que é a lei, e em fonte formal mediata, que são os costumes e os princípios gerais do direito.

Nessa esteira, a lei, ou seja, a fonte formal imediata, divide-se em preceito primário, onde se descreve a conduta, e em preceito secundário, onde está cominada a sanção. Outrossim, a característica da lei penal brasileira não é a proibitiva, mas sim a descritiva, na qual o legislador descreve o comportamento considerado como infração penal.

Dessa forma, Capez (2012, p. 47-48) define o conceito de norma e lei:

Norma: é o mandamento de um comportamento normal, retirado do senso comum de justiça de cada coletividade. Exemplo: pertence ao senso comum que não se deve matar, roubar, furtar ou estuprar [...]. A norma, portanto, é uma regra proibitiva não escrita, que se extrai do espírito dos membros da sociedade, isto é, do senso de justiça do povo. Lei: é a regra escrita feita pelo legislador com a finalidade de tornar expresso o comportamento considerado indesejável e perigoso pela coletividade. É o veículo por meio do qual a norma aparece e torna cogente sua observância. [...] Assim, quem mata alguém age contra a norma ('não matar'), mas exatamente de acordo com a descrição feita pela lei ('matar alguém').

Já os costumes nada mais são do que o conjunto de normas de comportamento a que pessoas obedecem de maneira uniforme e constante pela convicção em sua obrigatoriedade, distinguindo-se do hábito por não haver neste a convicção de sua obrigatoriedade jurídica. Há três espécies de costume: *contra*

legem, que são os que contrariam a lei em vigor, tornando-a inaplicável por conta do desuso; *secundum legem*, consistente em regras sobre a uniforme interpretação e aplicação da lei; e *prater legem*, que integra as normais penais não incriminadoras, cobrindo-lhe as lacunas ou especificando-lhes o conteúdo e a extensão. Registre-se, contudo, que o costume não revoga a lei, tampouco é capaz de criar delitos ou determinar penas. Na verdade, os costumes possuem validade interpretativa da lei penal, como por exemplo, no caso do crime de injúria: a palavra que é capaz de ofender a honra de uma pessoa em uma determinada região, de acordo com o sentimento prevalente, em outra não é (JESUS, 2013).

Por seu turno, os princípios gerais do direito se encontram positivados na Constituição e nas leis e exprimem valores de natureza ética, social e jurídica inerentes a um determinado grupo social organizado, constituindo o fundamento maior do Direito (PRADO, 2014).

Também são dignas de referência as formas de procedimento interpretativo: a equidade, a doutrina, a jurisprudência e os tratados e convenções. A equidade tem por escopo a correspondência jurídica e ética das normas às circunstâncias do caso concreto a que estas se aplicam, e é utilizada, na elaboração da norma, como critério político e ético, e na interpretação da norma, como princípio de igualdade. A doutrina são as opiniões e reflexões trazidas por juristas que sistematizam o Direito, propõem ideias, aconselham reformas legislativas, encarreiam jurisprudência e possuem importante valor para influenciar o legislador na elaboração ou reformulação de leis. A jurisprudência trata-se de decisões reiteradas por tribunais superiores, que interpretam e aplicam o Direito ao caso concreto, de maneira constante e uniforme, servindo de importante orientação para Juízes de primeira instância. Embora entendida por alguns como costume, não constitui fonte do Direito. Por fim, há os tratados e convenções; que eram entendidos como fontes imediatas, porém, verifica-se que não possuem força de lei senão depois de serem referendados pelo Congresso Nacional (JESUS, 2013).

2.2 Evolução histórica do Direito Penal

Assim como a humanidade, o Direito está em constante metamorfose. O que antigamente era um fato repudiável para a sociedade pode ser hoje aceitável e até normal.

Dessa forma, compreender a evolução do Direito Penal se faz necessário

para entender o atual panorama nacional; tanto legal quanto no aspecto social.

De início, remonta-se aos tempos primitivos, nos quais as sociedades, sob pretextos religiosos e/ou mágicos, impunham uma série de proibições, conhecidas por “tabu”, que, não obedecidas, acarretavam castigo. Tal castigo era o sacrifício da própria vida do transgressor ou a oferenda de algum objeto ou animal valioso à divindade, no altar montado em sua honra (MIRABETE, 2009).

Recorrentes, igualmente, eram as situações onde as penalidades eram aplicadas de forma vingativa, como a seguir se verá.

A fim de reduzir a abrangência e a arbitrariedade da ação punitiva, surgiu, na Babilônia, o Código de Hamurábi. Posteriormente, durante a ascensão do povo hebreu, sobreveio o Êxodo e, em Roma, a Lei das XII Tábuas. Essas leis tinham como base o talião, consistente na reciprocidade do crime e da pena, ou seja, “olho por olho, dente por dente”. Esse foi o mais próximo que se chegou do tratamento igualitário entre ofensor e ofendido, representando, de certa forma, a primeira tentativa de humanização da sanção criminal (BITENCOURT, 2009).

Passa-se à Roma antiga, que abrigou, após a Grécia, o berço da civilização que hoje conhecemos como civilizada.

Com efeito, a primeira lei romana escrita foi a Lei das XII Tábuas, no século V a. C. Segundo Prado (2014), tal lei distinguiu de forma clara as condutas ilícitas em dois grupos: *crimina*, que estava a cargo do Estado e *delicta*, de cunho privado e apenas regulado pelo ente estatal. A primeira era aplicada apenas para crimes públicos, como a traição ou conspiração política contra o Estado, e para o homicídio, sendo os demais delitos considerados de cunho privado (BITENCOURT, 2009).

Prado (2014, p. 77) aponta como principais características do Direito Penal Romano:

- a) a afirmação do caráter público e social do Direito Penal;
- b) o amplo desenvolvimento alcançado pela doutrina da imputabilidade, da culpabilidade e de seus excludentes; [...]
- d) o desenvolvimento incompleto da teoria da tentativa;
- e) a falta de formulação expressa do princípio da legalidade e a falta de proibição da analogia;
- f) o reconhecimento, de modo excepcional, das causas de justificação (legítima defesa e estado de necessidade);
- g) a pena entendida como uma reação pública, correspondendo ao Estado a sua aplicação; [...]
- i) a consideração do concurso de agentes, diferenciando a autoria e a *ope consilio* – cumplicidade. (Grifo original).

Outro importante influenciador do nosso Direito Penal contemporâneo foi o Direito Penal germânico. Surgido por volta do século IV, concomitantemente com o

declínio do Império Romano, não era escrito, constituindo-se apenas pelo costume e caracterizava-se pela inexistência de distinção entre dolo, culpa ou caso fortuito (MIRABETE, 2009). Ou seja, pouco importava o aspecto subjetivo do criminoso. Instituiu, também, segundo Prado (2014), o instituto da *Faida*, consistente no ato de entregar o agressor à vítima ou aos seus familiares para que exercessem o direito de vingança. Essa tradição foi sendo diminuída e substituída ao longo dos séculos, inclusive pela prestação pecuniária para restituir o prejuízo da vítima, e perdurou até 1495.

Destaca Bitencourt (2009), ainda, o sistema de repressão ao crime tentado nesse período. Tal prática consistia na composição, ou seja, no pagamento ao ofendido ou à sua família pelos prejuízos causados e pela compra do direito de vingança e, ainda, em relação ao Estado, da compra do direito de paz, isto é, de não ser hostilizado pelo restante da população. Esse sistema deu origem à multa.

Posteriormente, sobreveio o Direito Penal canônico, o qual se baseava, mormente, no cristianismo e acabou por humanizar consideravelmente o Direito Penal, em relação à brutalidade perpetrada pelos povos germânicos. Leva esse nome por conta da palavra grega *kanón*, que significa regra ou norma. Chamavam-se cânones todas as regras emanadas da Igreja, em oposição às *leges* de origem laica (PRADO, 2014). Contudo, importante ressaltar que, apesar da humanização da vida em sociedade observada nesse período, a Igreja não deixou de aplicar a pena de morte a quem fosse herege, bem como a outros crimes considerados graves.

Nessa seara, destaca Prado (2014) as principais características do direito canônico: a humanização das penas; a afirmação do princípio da igualdade de todos perante Deus; a acentuação do aspecto subjetivo do delito, distinguindo dolo e culpa e a valorização da pena pública, ou seja, a exemplaridade da punição.

Surge, então, o Direito Penal comum, que teve seu início no chamado “século das luzes”, no Iluminismo, com o Período Humanitário do Direito Penal, no século XVIII. Símbolo dessa época foi o livro “Dos delitos e das penas”, lançado por Cesare de Beccaria, em 1764, que, inspirado em pensadores como Rousseau, Locke, Voltaire e Montesquieu, defendeu a máxima de que é melhor prevenir os delitos do que castigá-los, a recuperação do delinquente, a proporcionalidade da pena e a sua humanização, entre outros importantes fundamentos (BITENCOURT, 2009).

Indubitavelmente Beccaria influenciou os pensadores que vieram a seguir, na denominada Escola Clássica, surgida no século XIX. Mirabete (2009) destaca

Francesco Carrara como maior expoente do período, que definia o delito como um ente jurídico impelido por duas forças: a física, que é o movimento corpóreo e o dano do crime, e a moral, constituída de vontade livre e consciente do criminoso. São os princípios dessa escola, segundo Prado (2014, p. 87):

a) [...] O Direito é a liberdade. Portanto, a ciência criminal é o supremo código da liberdade, que tem por objeto subtrair o homem da tirania dos demais, a ajudá-lo a livrar-se da tirania de si mesmo e de suas próprias paixões. [...]; b) o delito é um ente jurídico, já que constitui a violação de um direito. Ou seja: o delito é definido como infração. Nada mais é que a relação de contradição entre o fato humano e a lei; c) a responsabilidade penal é lastreada na imputabilidade moral e no livre-arbítrio humano; d) a pena é vista como meio de tutela jurídica e como retribuição da culpa moral comprovada pelo crime. O fim primeiro da pena é o restabelecimento da ordem externa na sociedade, alterada pelo delito. Em conseqüência, a sanção penal deve ser afliativa, exemplar, pública, certa, proporcional ao crime, célere e justa; e) o método utilizado é o dedutivo ou lógico abstrato; f) o delinqüente é, em regra, um homem normal que se sente livre para optar entre o bem e o mal, e preferiu o último; [...].

Por seu turno, a Escola Positiva surgiu no século XVIII, juntamente com o período criminológico, a partir do movimento naturalista, advindo das teorias evolucionistas de Darwin e Lamarck e das idéias de John Stuart Mil e Spencer. Em 1876, o médico e professor Turim César Lombroso publicou uma obra na qual defendia o crime como um fenômeno biológico, e apresentava características físicas específicas dos homens tendentes a cometerem delitos (MIRABETE, 2009). Segundo Prado (2014), Lombroso classifica os criminosos em natos, loucos, ocasionais, habituais ou passionais.

A fase de Lombroso, conhecida como “antropológica”, antecedeu a fase sociológica, capitaneada por Enrico Ferri. Este, em sua obra “Sociologia criminale”, de 1892, defendeu que “as ações humanas são sempre o produto de seu organismo fisiológico e psíquico e da atmosfera física e social onde nasceu e na qual vive – fatores antropológicos, psíquicos, físicos e sociais” (PRADO, 2014 p. 89).

Por derradeiro, a terceira fase da escola positiva, a “jurídica”, teve como principal pensador Rafael Garófalo, o qual sustentava que a piedade e a probidade são os dois sentimentos básicos do homem, e a prevenção especial como fim da pena, segundo Mirabete (2009).

Nesse contexto, a escola moderna alemã, encabeçada por Franz Von Liszt, defendeu a divisão entre o Direito Penal e as demais ciências criminológicas, o que acabou contribuindo para a evolução de ambos os estudos. Além disso, trouxe inovações práticas, como a elaboração de leis, a criação das medidas de segurança,

o livramento condicional e o *sursis* (MIRABETE, 2009).

Também defendendo a autonomia da ciência penal perante as outras ciências sociológicas ou antropológicas, surgiu a escola técnico-jurídica. Para Prado (2014, p. 92), tal escola entendia o Direito Penal como “uma exposição sistemática dos princípios que regulam os conceitos de delito e pena, e da conseguinte responsabilidade, desde um ponto de vista puramente jurídico” e refutava o emprego da filosofia no campo penal.

Destaca-se, ainda, o movimento de defesa social, de cunho político-criminal, que objetivava uma radical supressão dos conceitos de crime, responsabilidade e pena, baseando-se na defesa social contra o fenômeno crime e na ressocialização do delinquente. Visava adaptar o indivíduo à ordem social e não à sanção de seus atos e substituir a pena por medidas sociais (PRADO, 2014).

Acerca da evolução do Direito Penal no Brasil, remonta-se, inicialmente, aos tempos primitivos, do “pré-descobrimento”. Em tal época, adotava-se a vingança privada, sem qualquer uniformidade nas sanções penais e, quanto às formas punitivas, predominavam as sanções corporais, sem tortura. Não havia uma organização jurídico-social, tratava-se apenas de “tabus” comuns ao mínimo convívio social, transmitidos verbalmente e quase sempre dominados pelo misticismo (BITENCOURT, 2009). De fato, para Prado (2014), as práticas punitivas das tribos selvagens brasileiras em nada influíram, nem então, nem depois, sobre a nossa legislação penal.

Ensina Pierangelli (1980) que vigorou, desde o descobrimento do país pelos portugueses até a independência, o Livro V das Ordenações do Reino, legislação emanada de Portugal. Segundo o autor, aplicava-se a pena capital constantemente, bem assim penas infamantes, como o açoite, a marca de fogo, as galés, punindo-se a heresia, a blasfêmia, a apostasia e feitiçaria. Ainda, “certos criminosos, como os bígamos, os incestuosos, os adúlteros, os moedeiros falsos eram queimados vivos e feitos em pó, para que nunca de seu corpo e sepultura se pudesse haver memória” (PIERANGELLI, 1980, p. 7).

Nessa época, nas palavras de Bitencourt (2009, p. 46),

havia uma inflação de leis e decretos reais destinados a solucionar casuismos da nova colônia; acrescidos dos poderes que eram conferidos com as cartas de doação, criavam uma realidade jurídica muito particular. O arbítrio dos donatários, na prática, é que estatua o Direito a ser aplicado, e, como cada um tinha um critério próprio, era catastrófico o regime jurídico do Brasil Colônia.

Pode-se afirmar, sem exagero, que se instalou tardiamente um regime jurídico despótico, sustentado em um neofeudalismo luso-brasileiro, com pequenos senhores, independentes entre si, e que, distantes do poder da Coroa, possuíam um limitado poder de julgar e administrar os seus interesses.

Além disso, não se adotava o princípio da legalidade, ficando ao arbítrio do julgador a escolha da sanção aplicável. Para Prado (2014), o delito era confundido com pecado ou vício; a medida da pena estava atrelada à preocupação de conter os males pelo terror e a sua aplicação dependia da qualidade das pessoas.

Como bem resume Mirabete (2009), no período colonial vigoraram as Ordenações Afonsinas (até 1512) e Manuelinas (até 1569), esta substituída pelo Código de D. Sebastião (1603). Por fim, passou-se para as Ordenações Filipinas, que refletiram os tempos medievais, conforme acima explicado.

Já no período imperial, com o advento da Constituição de 1824, determinou-se a urgente criação de “um Código Criminal, fundado nas sólidas bases da justiça e da equidade” (Art. 179, §18). Assim, foi sancionado o Código Criminal do Império, em 1830, tendo sido baseado nas ideias de Bentham, Beccariae Mello Freire, no Código Penal francês de 1810, no Código da Baviera de 1813, no Código Napolitano de 1819 e, principalmente, no Código de Lousiana de 1825. Contudo, segundo Prado (2014), não se filiou estritamente a nenhum deles, tendo sabido mostrar-se original em vários pontos.

Outrossim, o Código Criminal de 1830 foi muito elogiado pelos penalistas da época e foi influenciador do Código Penal espanhol de 1848, do Código Penal português de 1852, além de vários outros de países da América Latina. Em 313 artigos, foi dividido em quatro partes: I – dos crimes e das penas (parte geral); II – dos crimes públicos; III – dos crimes particulares; e IV – dos crimes policiais. Apesar de criticado por não definir a culpa, as originalidades do Código Criminal de 1830 são sublinhadas Pierangelli (1980, p. 9):

1º) no esboço da indeterminação relativa e de individualização da pena, contemplando, já, os motivos do crime, só meio século depois tentado na Holanda e, depois, na Itália e na Noruega;

2º) na fórmula da cumplicidade (co-delinquência como agravante) com traços do que viria a ser a teoria positiva a respeito;

3º) na previsão da circunstância atenuante da menoridade, desconhecida, até então, das legislações francesa, napolitana e adotada muito tempo após;

4º) no árbitro judicial no julgamento dos menores de 14 anos;

5º) na responsabilidade sucessiva nos crimes por meio da imprensa antes da lei belga, e, portanto, esse sistema é brasileiro e não belga, como é conhecido;

- 6º) a indenização do dano ex-delicto como instituto de direito público, também antevisão positivista;
- 7º) na imprescritibilidade da condenação.

Com o advento da abolição da escravatura e da proclamação da República, viu-se a necessidade da elaboração de um novo código criminal. Decretado em 11 de outubro de 1890, ou seja, ainda antes da Constituição de 1891, o Código Penal Brasileiro foi muito criticado e logo foram decretadas diversas leis que visavam retificá-lo ou completá-lo (Pierangelli, 1980). O Código de 1891 foi positivo no sentido de ter abolido a pena de morte e instalado o regime penitenciário de caráter correccional (MIRABETE, 2009). Porém, conforme assevera Bitencourt (2009), tal diploma legal ignorou completamente os notáveis avanços doutrinários que então se faziam sentir, em consequência do movimento positivista, apresentando graves defeitos de técnica, aparecendo atrasado em relação à ciência de seu tempo.

Marques (1999), citado por Prado (2014, p. 100), faz um interessante comparativo entre os diplomas penais de 1830 e 1890:

O Código de 1830 é um trabalho que depõe a favor da capacidade legislativa nacional mais do que o de 1890, ora em vigência. Superior a este pela precisão e justeza da linguagem, constitui, para a época em que foi promulgado, um título de orgulho, ao passo que o de 1890, posto em face de cultura jurídica da era em que foi redigido, coloca o legislador republicano em condição vexatória, tal a soma exorbitante de erros absurdos que encerra, entremeados de disposições adiantadas, cujo alcance não pôde ou não soube medir.

Assim sendo, advieram diversas leis para reformar esse Código. Tãmanha a quantidade de leis extravagantes, foi oficializada em 1932 a Consolidação das Leis Penais, desenvolvida pelo Desembargador Vicente Piragibe.

Finalmente, em 7 de dezembro de 1940, é decretado o Código Penal, que tem sua parte especial vigorando até os dias de hoje, com algumas alterações.

Em 1969 é decretado um Código Penal considerado inovadoramente infeliz, pois adotou a pena indeterminada e reduziu para dezesseis anos a idade mínima para imputabilidade, dependente esta de exame criminológico para a verificação da capacidade de entendimento e autodeterminação do infrator (PIERANGELLI, 1980). Com isso, esse código foi revogado em 1978 sem sequer ter entrado em vigor.

Por fim, adveio a Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, que revogou a Parte Geral do Código Penal, humanizando as sanções penais e adotando penas alternativas à prisão, além de reintroduzir no Brasil o sistema dias-multa (BITENCOURT, 2009).

Com isso, atualmente, temos uma divisão do Direito Penal, qual seja, Direito Penal comum, representado pelo Código Penal, que se subdivide em Parte Geral (Arts. 1º a 120) e em Parte Especial (Arts. 121 a 361), e Direito Penal especial, constituído pela legislação penal especial, como a Lei 8.072/1990 – Lei dos Crimes Hediondos; Lei 9.605/1998 – Lei dos Crimes Ambientais e o Decreto-lei 3.688/1941 – Lei das Contravenções Penais.

Ainda, tramita atualmente no Congresso Nacional o Projeto de Lei 236/2012, que pretende a promulgação do novo Código Penal. O projeto, que conta com 543 artigos, visa unificar a legislação penal esparsa, incorporando, assim, no Código, os crimes de trânsito, os crimes cibernéticos, os crimes de drogas, os crimes de terrorismo, os crimes de associação criminosa, os crimes eleitorais, os crimes de tortura, os crimes ambientais e os crimes de preconceito, entre outros.

Ressaltam-se, nesse projeto, as seguintes inovações (PRUDENTE, 2012):

- a) O instituto da barganha, que permite que o Ministério Público ou o querelante negocie a pena com a parte ré, podendo transacionar em qualquer momento do processo, depois de recebida a denúncia ou queixa, e antes da abertura da audiência de instrução e julgamento. Havendo tal acordo, o acusado assume a culpa pelo delito e deve ser condenado à pena mínima em comento, não podendo começar o cumprimento da pena em regime fechado;
- b) A previsão do crime de eutanásia, com pena bem mais branda que a do homicídio (prisão, de 2 a 4 anos), contando, ainda com a exclusão da ilicitude, caso seja a vítima portadora de uma doença grave irreversível, comprovada por dois médicos, e tenha consentido para tal;
- c) A ampliação das possibilidades da exclusão da ilicitude para o crime de aborto, como a circunstância de interrupção da gestação até a 12ª semana por vontade da gestante, devendo ela comprovadamente não ter condições psicológicas para a maternidade;
- d) A criação dos tipos penais de perseguição obsessiva e de intimidação vexatória (mais conhecido como “*bullyng*”), com pena de prisão rigorosa: de dois a seis anos e de um a quatro anos, respectivamente, sendo tais crimes de ação penal pública condicionada à representação da vítima;
- e) A previsão de um tipo penal inferior ao do estupro, qual seja, o de molestamento sexual, que consiste na prática de ato libidinoso diverso do sexo vaginal, anal e oral;
- f) A diminuição da idade do considerado vulnerável nos crimes contra a dignidade seual, de 14 para 12 anos;

- g) A criação dos crimes cibernéticos;
- h) A descriminalização do uso de drogas para consumo pessoal, desde que não feita em locais próximos a escolas ou onde haja grande concentração de crianças ou adolescentes;
- i) A revogação da Lei das Contravenções Penais. Contudo, as contravenções penais de perturbação do sossego alheio e de jogo de azar assumem a condição de crime;
- j) A criação do crime de abandono de animais e o endurecimento da pena de maus-tratos a animais (ambos aparecem com pena de 1 a 4 anos de prisão).

2.3 Princípios do Direito Penal

A aplicação do Direito Penal, tal qual nos demais ramos do Direito, encontra-se atrelada à aplicação dos princípios a ele inerentes.

Evidentemente, os princípios e fundamentos do Direito Penal encontram-se, principalmente, no próprio Código Penal Brasileiro. Entretanto, primordial é interpretá-lo e aplicá-lo a partir do que rege a Constituição Federal de 1988. Com efeito, há diversas previsões nas legislações pré-Constituição que não foram recepcionadas pelo prisma constitucional.

Como se verá, aliás, a promulgação da Constituição Federal de 1988 foi um marco importantíssimo, pois garantiu, em seu Art. 5º, diversos princípios referentes à dignidade da pessoa humana, que servem de base para o Direito Penal e o Direito Processual Penal. Tais princípios, diga-se, são de aplicação obrigatória e não podem ser objeto de Emenda à Constituição (Art. 60, § 4º, da Constituição Federal).

De início, deve-se compreender o conceito de princípio. Para Nucci (2012, p. 41), “os princípios são normas com elevado grau de generalidade, passível de envolver várias situações e resolver diversos problemas, no tocante à aplicação de normas de alcance limitado ou estreito”.

Ensina Bitencourt (2009) que tais princípios têm a função de orientar o legislador para a adoção de um sistema de controle penal voltado para os direitos humanos, embasado em um Direito Penal mínimo e garantista.

Além disso, os princípios não devem ser confundidos com regras ou normas, pois estão aptos a superar qualquer entrave colocado pela legislação ordinária. Na verdade, o Direito a ser construído é que depende da observância dos comandos mais importantes, representados pelos princípios (NUCCI, 2012).

Os princípios servem para limitar o poder punitivo do Estado,

salvaguardando as liberdades e os direitos fundamentais dos indivíduos. Orientam, igualmente, a política legislativa criminal, ou seja, são uma diretriz da aplicação e execução do Direito Penal. Cabe ressaltar, outrossim, a tríplice dimensão dos valores constitucionais: a) fundamentadora do conjunto de disposições e instituições do ordenamento jurídico; b) orientadora da ordem político-jurídica; e c) crítica, como critério ou parâmetro de valoração de fatos (PRADO, 2014).

Nessa esteira, ensina Capez (2012, p. 27):

Os princípios constitucionais e as garantias individuais devem atuar como balizas para a correta interpretação e a justa aplicação das normas penais, não se podendo cogitar de uma aplicação meramente robotizada dos tipos incriminadores, ditada pela verificação rudimentar de adequação típica formal, descurando-se de qualquer apreciação ontológica do injusto.

Com efeito, devem os princípios constitucionais, tanto os explícitos quanto os implícitos, ser primados em relação aos princípios infraconstitucionais, porquanto são os vetores do Estado Democrático de Direito. Na mesma senda, os princípios constitucionais e infraconstitucionais não podem ser afastados para aplicar-se a legislação ordinária, principalmente porque na seara do Direito Penal e do Processo Penal se lida diretamente com a liberdade individual e indiretamente com vários outros direitos fundamentais, como a vida, a intimidade, a propriedade e a integridade física (NUCCI, 2012).

2. 3. 1 Princípio da dignidade da pessoa humana

Fundamento do Estado Democrático de Direito, previsto no Art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, o princípio da dignidade da pessoa humana é o principal norteador, não só do Direito Penal, mas de todos os ramos do Direito, e deve prevalecer sempre no âmbito da coletividade.

Dessa forma, o Estado deve propiciar todas as condições para o gozo pleno da dignidade da pessoa humana, primando pelos direitos fundamentais e protegendo-os de eventuais ameaças. De tal princípio, aliás, derivam outros tantos, mais específicos.

Assevera Prado (2014) que o princípio da dignidade da pessoa humana é inerente ao homem enquanto pessoa, sendo um caráter prévio, predeterminado ou natural. Assim, pelo fato do homem ser dotado de inteligência, capaz de distinguir e escolher é que lhe é indeclinável, indisponível e irrenunciável sua dignidade.

Nucci (2012) destaca o enfoque que o legislador, tanto constitucional quanto infraconstitucional, dá à dignidade da pessoa humana ao prever alta repressão a determinados tipos penais que a ferem. Enquanto o delito de constrangimento ilegal é considerado de menor potencial ofensivo, a tortura, que não passa de um constrangimento específico, é infração grave, tida como crime hediondo. Isso porque fere diretamente a dignidade da pessoa, afinal, é necessária demasiada insensibilidade e maldade para perpetrar tal delito. Na mesma senda está o crime de racismo, que, ao segregar determinados grupos sociais, cria a pretensa e falsa ideia de superioridade, fomenta o ódio e lesa a autoestima. Assim, esse delito desrespeita frontalmente o princípio em apreço.

Nesse sentido, observa-se também que a dignidade da pessoa humana se encontra acima até mesmo de determinados tipos penais: as cirurgias para mudança de sexo, antes vistas como lesões corporais de natureza grave, são hoje concebidas como operações de cura e adaptação do ser humano ao seu íntimo e ao seu psicológico. Nesse caso, em prol da dignidade da pessoa, tem-se como atípico o delito inculcado no Art. 129 do Código Penal (NUCCI, 2012).

Além disso, no que tange à execução penal, a Constituição Federal, em seu Art. 5º, prevê as penas de privação ou restrição da liberdade, perda de bens, multa, prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direito (inciso XLVI) e proíbe, expressamente, a pena de morte (salvo em casos de guerra declarada), de caráter perpétuo, de trabalho forçado, de banimento ou cruel (inciso XLVII). Preceitua, também, o direito das presas de permanecer com seus filhos durante o período de amamentação, bem como o de os apenados cumprirem pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, sua idade e sexo (incisos XLVIII e L). Assegura, dessa forma, o respeito à integridade física e moral dos presos (inciso XLIX), tudo em prol do princípio da dignidade da pessoa humana.

2. 3. 2 Princípio da insignificância ou bagatela

O princípio da insignificância ou bagatela tem por escopo tratar como atípico o fato que, por sua inofensividade, é incapaz de lesar o interesse protegido.

Ele foi levantado pela primeira vez por Claus Roxin, em 1964, e trazido novamente em sua obra *Política Criminal y Sistema Del Derecho Penal*, sempre fazendo uso do axioma *minima non curat praetor* (BITENCOURT, 2009).

Tal princípio está ligado com a intervenção mínima, pois preconiza que a

irrelevante lesão a um bem jurídico protegido não tem o condão de ensejar uma sanção penal. Assim, impede-se que ingressem na esfera penal os fatos de relevância mínima.

Segundo Jesus (2013), o entendimento jurisprudencial é o da aplicação desse princípio nos casos de furto de objeto material insignificante, lesão insignificante ao Fisco, maus-tratos de importância mínima, lesão corporal de extrema singeleza, entre outros.

Para aplicar tal princípio, ressalta Capez (2012, p. 29) que:

O Supremo Tribunal Federal [...] assentou 'algumas circunstâncias que devem orientar a aferição do relevo material da tipicidade penal', 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.' Assim, já se considerou que não se deve levar em conta apenas e tão somente o valor subtraído (ou pretendido à subtração) como parâmetro para aplicação do princípio da insignificância. 'Do Contrário, por óbvio, deixaria de haver a modalidade tentada de vários crimes, como no próprio exemplo do furto simples, bem como desapareceria do ordenamento jurídico a figura do furto privilegiado (CP, art.155, § 2º). O critério da tipicidade material deverá levar em consideração a importância do bem jurídico possivelmente atingido no caso concreto.

Nessa mesma esteira, assevera Mirabete (2009) que não cabe aplicar uma sanção penal a um fato que seja irrelevante; mesmo que aplicada a pena mínima cominada, estar-se-ia sendo injusto. Outrossim, diz o autor que não se pode aplicar o princípio da insignificância contra a lei. Ou seja, há diferença entre o furto de coisa de pequeno valor e o furto de coisa ínfima. No primeiro caso, deverá haver o abrandamento da pena (Art. 155, § 2º, do Código Penal); e no segundo deverá ser tomado o fato como atípico.

Contudo, não se pode confundir delito insignificante com os crimes de menor potencial ofensivo, que têm seu processamento regulado pela Lei nº 9.099/95. Estes não são capazes de levantar, por si só, o princípio da insignificância. Os delitos de ameaça, lesão corporal leve e injúria, por exemplo, já foram valorados pelo legislador, que já determinou as sanções a elas. Esses crimes, embora menos graves se comparados a outros como homicídio e estupro, são social e penalmente relevantes. Destarte, a irrelevância de determinada conduta deve ser determinada não apenas em relação ao bem atingido, mas especialmente em relação ao grau de intensidade e pela extensão da lesão produzida (BITTENCOURT, 2009).

Nesse sentido, aliás, há previsão legal no projeto de lei nº 236/2012, que

prevê, em seu Art. 28, §1º, a atipicidade da conduta por sua insignificância, quando houver mínima ofensividade da conduta do agente; reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e inexpressividade da lesão jurídica provocada.

É importante ressaltar, por derradeiro, o ensinamento de Prado (2014), que questiona o que vem a ser “insignificante”. Para o jurisconsulto, tal conceito é muito amplo e fica ao arbítrio do juiz para análise em cada caso, criando, assim, uma vulnerabilidade à segurança jurídica. Sugere Prado (2014) que, em certas hipóteses, o legislador preveja um limite exato do que seria considerado ínfimo, como no caso de furto, em que poderia ser fixado um valor em dinheiro para dar ensejo ao processo penal e da sanção penal.

2. 3. 3 Princípio da intervenção mínima e da fragmentariedade

Com o propósito de evitar a previsão desnecessária de crimes e a imposição de penas injustas, cruéis ou degradantes, existe o princípio da intervenção mínima. A fim de, também, restringir o arbítrio do legislador, só deve intervir o Estado, através do Direito Penal, quando os outros ramos do Direito não conseguirem prevenir a conduta ilícita (JESUS, 2013).

Assim, para Prado (2014), o Direito Penal deve ser a *ultima ratio legis*, ou seja, só poderá ser utilizado quando for absolutamente necessário para a sobrevivência da comunidade. Afinal, a sanção penal tem especial gravidade, acabando por impor sérias restrições aos direitos fundamentais.

Outrossim, a sanção penal deve ser vista como medida excepcional, e não como um instrumento de satisfação de um determinado grupo de pessoas. Ou seja, deve-se punir apenas quando a inércia do Estado em não aplicar uma sanção a um fato reprovável gere um mau precedente na sociedade (MIRABETE, 2009).

Nesse sentido, nas palavras de Bitencourt (2009, p. 13):

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. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais. Por isso, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade. [...] A razão desse princípio – afirma Roxin – “radica em que o castigo penal coloca em perigo a existência social do afetado, se o situa à margem da sociedade e, com isso, produz também um dano social”. (Grifo original).

Tudo isso como o fim de evitar, também, a banalização do Direito Penal, que poderia perder sua “força” diante de uma demasiada quantidade de tipos e condenações penais.

Nesse diapasão, salienta Nucci (2012) que, caso fosse o Direito Penal a primeira forma de resolução de conflitos, estar-se-ia vulgarizando a força estatal, pois tornaria deveras bruta a repressão. Isso porque a sanção penal acaba por obstar a liberdade individual (o direito de ir e vir, de se manifestar, possuir e usufruir de bens, entre outros). Por isso tem-se buscado a criação de institutos despenalizadores: a criação dos Juizados Especiais Criminais (Lei nº 9.099/95), que criou a possibilidade da transação penal e da suspensão condicional do processo; a Lei nº 9.714/98, que inseriu a possibilidade de substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos ou pecuniárias; e a Lei nº 11.343/2006, que afastou a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade ao usuário de drogas, restando apenas as penas restritivas de direito ou de multa.

Corolário do princípio da intervenção mínima, o princípio da fragmentariedade preconiza que somente haverá intervenção do Direito Penal nos raros casos que a lei define como crime.

Significa dizer que não se pode usar o Direito Penal como instrumento de defesa para todos os bens jurídicos. Deve o legislador, dessa forma, selecionar apenas as mais graves ações praticadas contra os bens jurídicos mais importantes. Com isso, muitas vezes, o Direito Penal deixa de tipificar condutas que outros ramos do direito consideram antijurídicas, bem como condutas meramente imorais, como a mentira (BITENCOURT, 2009). Assim, o Direito Penal

se apresenta por meio de pequenos *flashes*, que são pontos de luz na escuridão do universo. Trata-se de um gigantesco oceano de irrelevância, ponteados por ilhas de tipicidade, enquanto o crime é um naufrago à deriva, procurando uma porção de terra na qual possa chegar. (CAPEZ 2012, p. 36). (Grifo original).

2. 3. 4 Princípio da proporcionalidade

Também chamado de “proibição de excesso”, tal princípio obsta a fixação de pena superior ao grau de responsabilidade pela prática do crime, ou seja, pela culpabilidade do autor. Por isso diz-se que a culpabilidade é a medida da pena (JESUS, 2013).

Assim, para que seja observado o princípio da proporcionalidade, deve o

legislador atentar à consonância entre a cominação das penas e os tipos penais, bem como deve o juiz aplicar uma punição proporcional ao peso da sanção e ao dano provocado pela infração penal (NUCCI, 2012).

Ensina Prado (2014) que foi somente como o Iluminismo, principalmente com a obra de Cesare Beccaria, que o princípio da proporcionalidade se afirmou como importante pressuposto penal. Para Beccaria, as penas previstas em lei devem ser proporcionais aos delitos e ao dano causado à sociedade. Assim, não se pode admitir penas idênticas para crimes de lesividades distintas, ou para infrações dolosas e culposas.

Nesse diapasão, assevera Nucci (2012, p. 235):

A dimensão da proporcionalidade atinge outros princípios penais, visto que se torna desarmônico e desequilibrado aplicar uma pena privativa de liberdade, por exemplo, a uma infração penal insignificante; melhor indicação se tem ao aplicar o princípio da intervenção mínima, reputando-a fato atípico, diante da exígua ofensividade. Do mesmo modo, conforme o grau de individualização da pena realizado, pode tornar-se proporcional e adequado aplicar uma pena superior ao mínimo, quando se está julgando delito grave e provocador de extensa lesão. A avaliação da culpabilidade – se houve dolo ou culpa – tende a construir, proporcionalmente, sanções mais leves ou mais severas. Respeitando-se a legalidade, tem-se por correta determinada sanção previamente cominada em lei, desde que se afigure proporcional ao crime para o qual foi destinada. Em suma, desumana seria a sanção penal, quando aplicada em nítida desproporção entre o fato e o dano gerado.

Aponta Nucci (2012), outrossim, algumas discrepâncias em relação ao princípio da proporcionalidade em nosso ordenamento jurídico contemporâneo. É o caso da Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90) que elegeu como crime hediondo o envenenamento de água potável (Art. 270, do Código Penal), elevando sua pena mínima de 5 para 10 anos de reclusão – posteriormente, tal delito foi retirado do rol dos crimes hediondos, porém permaneceu com seu apenamento desproporcional. Ocorreu também na Lei nº 9.605/98, que conferiu ao delito de maus-tratos a animais (Art. 30) a pena de 3 meses a 1 ano de detenção, e multa, enquanto o crime de maus-tratos a seres humanos (Art. 136, do Código Penal) possui a sanção de 2 meses a 1 ano de detenção, ou multa.

Por seu turno, Capez (2012) entende que a criação de tipos incriminadores deve ser uma atividade compensadora para os membros da coletividade; não pode o Estado conceber uma incriminação que traga mais temor e limitações do que benefício à coletividade. Ou seja, a limitação de uma conduta pelo Estado não pode ser maior do que a proteção do interesse tutelado pelo tipo incriminador. Nesse

sentido, a sociedade tem certos comportamentos limitados por uma lei penal incriminadora, mas, ao mesmo tempo, se vê protegida pela mesma lei, que colocará determinado bem jurídico sob a guarda do Direito Penal.

2. 3. 5 Princípio da humanidade

A existência deste princípio é o principal óbice à pena de morte e à prisão perpétua, pois sustenta que o poder punitivo Estatal não pode atingir a dignidade da pessoa humana, tampouco lesionar a constituição física e mental dos condenados. Nesse sentido, são vedadas as penas cruéis e infamantes, bem como a tortura e os maus tratos em interrogatórios policiais. Além disso, por conta do princípio da humanidade, o Estado é obrigado a propiciar a mínima infraestrutura necessária para impedir a degradação e a dessocialização dos apenados (BITENCOURT, 2009).

Ressalta Nucci (2012) a importância da humanidade, atributo ímpar da natureza humana, que significa privilegiar a benevolência e a complacência para moldar o cidadão e transmitir à posteridade que se combate o mal com o bem, proporcionando o arrependimento e a reeducação interior. Em suma, as infrações penais devem ser combatidas sem que haja vingança ou punições cruéis, tendo por limite a humanidade.

São exemplos do princípio da humanidade na Constituição Federal a previsão do crime de tortura como hediondo (art. 5º, inciso XLIII), a proibição de produção de provas ilícitas (art. 5º, inciso XLI), bem assim os demais incisos já apontados quando abordado o princípio da dignidade da pessoa humana.

2. 3. 6 Princípio da culpabilidade

Segundo tal princípio, não há crime sem culpa. Assim, a pena só pode ser imposta a quem, agindo com dolo ou culpa, cometeu um fato típico, antijurídico e reprovável (JESUS, 2013).

Nessa senda, impende consignar a existência do princípio da responsabilidade penal subjetiva, o qual impede a responsabilização criminal por uma ação ou omissão em que não tenha havido dolo ou culpa. Ou seja, pelo que se depreende dos Arts. 18 e 19 do Código Penal, não há delito ou pena sem dolo ou culpa (PRADO, 2014).

Bittencourt (2009, p. 17) destaca que, uma vez não havendo crime sem responsabilidade, decorrem três consequências materiais: “a) não há responsabilidade objetiva pelo simples resultado; b) a responsabilidade penal é pelo fato e não pelo autor; c) a culpabilidade é a medida da pena”.

2. 3. 7 Princípio da pessoalidade e da individualização da pena

O princípio da pessoalidade impede que a sanção penal ultrapasse o autor da sanção penal. Dessa forma, a responsabilidade penal é sempre pessoal ou subjetiva, e decorre apenas de sua ação ou omissão, não se admitindo por outra forma, como pelo resultado ou representação (PRADO, 2014).

Acerca desse princípio, cumpre trazer à baila o Art. 5º, inciso XLV, da Constituição Federal, que estabelece o que segue:

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

Além disso, registre-se que a punibilidade extingue-se com a morte do autor da infração penal (Art. 107, inciso I, Código Penal).

Já o princípio da individualização da pena, previsto no Art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, é essencial ao Direito Penal, pois preceitua que o magistrado, ao aplicar a sanção penal a uma pessoa, atente às suas características e peculiaridades individuais, evitando, assim, a padronização de sanções penais. Com isso, o processo de individualização da pena constitui-se da escolha do *quantum* a ser aplicado, a opção do regime de cumprimento de pena (fechado, semiaberto ou aberto) e, por fim, a aplicação de eventuais benefícios legais, como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou multa. Importante consignar que a primeira fase, a da aplicação da pena, obedece a três estágios: no primeiro, fixa-se a pena base, observando as circunstâncias judiciais do Art. 59 do Código Penal; no segundo, se for o caso, aplicam-se as agravantes e atenuantes previstas nos Arts. 61 a 66 do Código Penal; e, por derradeiro, observam-se as causas de aumento e diminuição da pena, previstas na Parte Geral e na Parte Especial do mesmo diploma legal (NUCCI, 2012).

Assim, assevera Nucci (2012) que há dois momentos de individualização da

pena. Primeiramente, no Poder Legislativo, que escolhe a pena mínima e a máxima, em abstrato, cominada para cada delito. Posteriormente, há o papel do Poder Judiciário, que aplica, aos casos concretos, os instrumentos para, com justiça, transformar a pena abstrata em material e adequada.

2. 3. 8 Princípio da adequação social

Para a teoria da adequação social, defendida por Welzel, o Direito Penal tipifica apenas as condutas que tenham relevância social. Dessa forma, há condutas que por sua “adequação social” não podem ser consideradas criminosas (BITENCOURT, 2009).

Aponta Prado (2014) que ação adequada socialmente é toda atividade desenvolvida no exercício da vida comunitário segundo uma ordem condicionada historicamente. Contudo, essas condutas não são necessariamente exemplares, tão somente se mantêm dentro dos marcos da liberdade de ação social.

Nesse sentido, nas palavras de Capez (2012, p. 35):

Para essa teoria, o Direito Penal somente tipifica condutas que tenham certa relevância social. O tipo penal pressupõe uma atividade seletiva de comportamento, escolhendo somente aqueles que sejam contrários e nocivos ao interesse público, para serem erigidos à categoria de infrações penais; por conseguinte, as condutas aceitas socialmente e consideradas normais não podem sofrer este tipo de valoração negativa, sob pena de a lei incriminadora padecer de vício de inconstitucionalidade. Por isso é que Jakobs afirma que determinadas formas de atividade permitida não podem ser incriminadas, uma vez que se tornaram consagradas pelo uso histórico, isto é, costumeiro, aceitando-se como socialmente adequadas.

Entretanto, não se pode confundir o princípio da adequação social com o da insignificância. Isso porque, no primeiro, a conduta deixa de ser punida por não ser mais considerada injusta pela sociedade; no segundo, a conduta é injusta, mas de pequena lesividade (CAPEZ, 2012).

Por derradeiro, cabe dizer que tal princípio é amplamente criticado por sua subjetividade e insegurança (BITTENCOURT, 2009).

2. 3. 9 Princípio da legalidade, da taxatividade e da anterioridade

O princípio da legalidade trata-se de um dos pilares do Estado Democrático de Direito, que rege o ordenamento jurídico como um todo. No âmbito penal, seu

principal embasamento se encontra no Art. 5º, inciso XXXIX, CF: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. O mesmo prevê o Art. 1º do Código Penal.

Nesse tocante, bem ensina Jesus (2013, p. 107):

Não há crime sem que, antes de sua prática, haja uma lei descrevendo-o como fato punível. Por outro lado, a pena não pode ser aplicada sem lei anterior que a contenha. É lícita, pois, qualquer conduta que não se encontre definida em lei penal incriminadora. Com o advento da *teoria da tipicidade*, o princípio de reserva legal ganhou muito de técnica. Típico é o fato que se amolda à conduta criminosa descrita pelo legislador. É necessário que o tipo (conjunto de elementos descritivos do crime contido na lei penal) tenha sido definido antes da prática delituosa. (Grifo original).

A existência de tal princípio pressupõe a criação da segurança jurídica na sociedade. Se não fosse assim, para qualquer conduta cometida hoje poderia ser criada uma lei amanhã que a tornasse crime, com o intuito de punir apenas uma pessoa.

Assim, está o Poder Judiciário atrelado ao texto legal, evitando que haja arbitrariedade na aplicação do exercício punitivo do Estado, bem assim seja assegurado o tratamento igual de todos perante a lei (PRADO, 2014).

Tal princípio, também conhecido como o da reserva legal, impede que a matéria penal seja regida por decretos, portarias, regimentos, resoluções, ou qualquer outra fonte normativa que não seja a lei, que, via de regra, é emanada do Congresso Nacional (NUCCI, 2012).

Corolário da legalidade é o princípio da taxatividade, que, segundo Capez (2012), significa que a lei penal deve ser precisa para que a conduta ilícita se encaixe perfeitamente em um tipo penal previsto em lei. Ou seja, deve haver perfeita correspondência entre ambos, não se admitindo, sob pena de quebra da legalidade, analogia em desfavor do réu. Além disso, o tipo penal deve ser descrito de forma detalhada e específica, sob a pena de se houver um tipo genérico, com descrição abrangente demais, puna-se em excesso. Exceção a essa regra são os crimes culposos, que, pela infinita variabilidade de condutas humanas capazes de causarem um resultado lesivo à sociedade, precisam ser descritos de forma mais genérica e aberta.

Por fim, inserido no princípio da legalidade, está o princípio da anterioridade. Sobre tal princípio, assevera Nucci (2012, p. 132):

Não há delito sem anterior lei que o defina (art. 5º XXXIX, CF), ou seja, para que os destinatários da norma penal saibam, de antemão, quais são os ilícitos mais graves, passíveis de aplicação da pena, podendo optar entre cometê-lo ou não, bem como tendo plena ciência das conseqüências de seu ato, demanda-se bem definida exposição do fato delituoso em caráter público e prévio. [...] Cultiva-se a garantia de que não serão criadas sanções penais especiais, após o cometimento de um delito, especificamente voltadas a determinado condenado. Do mesmo modo em que busca o juiz natural para julgar a causa, fazendo-o de modo imparcial, quer-se a atuação do Estado-legislador em idênticos parâmetros. As penas originam-se da política criminal estatal, cujo exercício se dá no Poder Legislativo, editando as leis penais, contendo as devidas sanções, sempre antes da prática criminosa.

2.3.10 Princípio da retroatividade benéfica

A regra no nosso Direito Penal é a irretroatividade da lei penal, consoante o já exposto princípio da legalidade, como forma de garantia da segurança jurídica. Contudo, há uma exceção, que é quando se trata de uma lei penal mais benéfica ao réu, ocasião na qual devera está retroagir.

Tal princípio está consagrado pelo Art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. Também pelo Art. 2º, do Código Penal: “Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória”.

Para Nucci (2012), a existência de tal princípio está ligada ao fato de que há um longo lapso temporal entre o cometimento do fato ilícito e a sua punição pelo Estado. Por conta disso, por vezes, se observa, na prática, situações em que uma nova lei surge modificando uma pena ou crime, enquanto está o agente sendo investigado ou processado, oportunidade em que deverá prevalecer a que for mais benéfica.

Segundo Jesus (2013), a irretroatividade da lei penal mais gravosa constitui um direito adquirido, pois, uma vez surgida uma lei que cria um novo crime, não pode ser punido quem cometeu aquela conduta quando ainda lícita. O mesmo direito adquirido não é observado pelo Estado quando da superveniência de uma lei penal mais benéfica. Isso porque, ainda que o agente tenha cometido o delito quando a pena para este era mais grave, o próprio Estado, ao criar lei mais benéfica, reconhece que não há mais interesse em um apenamento maior.

Nesse diapasão, Jesus (2013, p. 117) ensina que existem quatro possibilidades de conflito de leis penais no tempo:

- a) a lei nova suprime normas incriminadoras anteriormente existentes (*abolitio criminis*);
- b) a lei nova incrimina fatos antes considerados lícitos (*novatio legis incriminadora*);
- c) a lei nova modifica o regime anterior, agravando a situação do sujeito (*novatio legis in pejus*);
- d) a lei nova modifica o regime anterior, beneficiando o sujeito (*novatio legis in melius*). (Grifo original).

Em todas essas situações, a lei penal mais benéfica prevalecerá e beneficiará o agente.

Entretanto, há uma exceção para o princípio da retroatividade benéfica. É a hipótese prevista no Art. 3º do Código Penal: “A lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante a sua vigência”.

Acerca disso, consigne-se que a lei excepcional é criada para vigor enquanto perdurar uma determinada situação anormal (ex: durante uma guerra), enquanto a lei temporária é promulgada para um período exato (ex: esta lei vigorará por um ano). Em ambos os casos, se cometido o crime durante a vigência de tais leis, vigorarão estas, mesmo que mais malélicas ao agente. Se assim não fosse, ninguém respeitaria eventuais leis temporárias ou excepcionais, pois saberiam que quando tivessem de cumprir sua pena já estaria a vigor a norma penal mais benéfica. Todavia, Nucci (2012) sustenta que a existência dessa exceção é inconstitucional, pois quebra um direito fundamental expressamente previsto.

Saliente-se, contudo, que as leis processuais penais, mesmo que mais benéficas, não retroagem em favor do acusado. Isso porque a retroação da lei mais benéfica é aplicada apenas ao direito material penal. Assim, as normas processuais penais possuem aplicação imediata. É o que se extrai do Art. 2º, do Código de Processo Penal, *in verbis*: “A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior”.

O mesmo não ocorre com as leis que tratam de execução penal, pois, ainda que não prevejam novos tipos penais ou aumentem a pena de um crime, estão intimamente ligadas com a pretensão punitiva do Estado. Para Capez (2012, p. 71), “o cumprimento de uma pena integralmente no regime fechado ou sem direito a livramento condicional, por exemplo, intensificam o grau de aflição do condenado e, em contrapartida, o de satisfação do poder punitivo estatal”.

3 CRIME E CONTRAÇÃO PENAL

3.1 O breve contexto histórico nacional da época de decretação da Lei das Contravenções Penais

A fim de possibilitar um maior entendimento sobre o teor da Lei das Contravenções Penais, mister traçar um sucinto contexto histórico do panorama vivido em território nacional na época.

O ano era 1941 e o Presidente da República era o gaúcho Getúlio Vargas. Após o golpe orquestrado pelo chefe do poder executivo, em 1937, o Brasil vivia uma ditadura.

O cenário do período precedente ao golpe era o seguinte: o governo utilizou a ameaça comunista, além da alegada fraqueza do Congresso Nacional, para decretar o estado de guerra; Getúlio Vargas queria adiar a realização das eleições para presidente e permanecer no poder mesmo que por um golpe militar; ainda, os militares apoiavam o chefe do Poder Executivo por acreditar que um governo eleito democraticamente não seria capaz de afastar a ameaça comunista. Nesse intento, o governo forjou o “Plano Cohen”, um suposto plano elaborado pelos comunistas para tomar o poder, a fim de assustar a população e justificar uma intervenção armada. Além disso, os partidários de Vargas redigiram uma nova carta constitucional, semelhante à constituição fascista da Polônia ocupada pelos alemães nazistas, e que, publicada em 10 de novembro de 1937, ficou conhecida como “polaca”. Na mesma data, tropas militares fecharam o Senado e a Câmara dos Deputados e, assim, dava-se início ao Estado Novo, que, nacionalista e antiliberal, deu fim aos partidos políticos e ao sistema representativo (LOPEZ; MOTA, 2012).

Dentro do sistema repressivo de Vargas, cabe destaque ao DIP – Departamento de Imprensa e Propaganda. Segundo Henriques (1966), na vigência do Estado Novo, a partir de 1940, 420 jornais e 346 revistas não obtiveram registro, bem assim 61 jornais e revistas tiveram que suspender sua publicação, pois fizeram, em algum momento, críticas ao governo, mesmo que ligeiras e polidas. Não bastasse, o DIP publicou diversos livros exaltando aspectos positivos da personalidade de Getúlio, como sua honestidade, competência, dinamismo, e inteligência. Tudo isso foi feito com o fim de iludir a população, passando-lhe a imagem positiva de Vargas, transformando-o no “pai dos pobres”.

Assim, até 1945, Vargas governou em estado de emergência, sem que seus

atos fossem julgados por qualquer poder. Contudo, em 1943, o regime começou a ruir, afinal houve o movimento estudantil, a reorganização do Partido Comunista e a criação da Força Expedicionária Brasileira (FEB) para ir à Segunda Guerra Mundial combater o nazifascismo, o que causou uma contradição ao modelo autoritário do governo brasileiro. Com isso, Getúlio Vargas, em fevereiro de 1945, estabeleceu que deveriam ser realizadas eleições gerais, liberando a organização dos partidos políticos e, em maio, fixou a data para eleição do presidente e dos deputados à Assembleia Constituinte, que ocorreria em 2 de dezembro do mesmo ano. Por derradeiro, um golpe preventivo para evitar a permanência de Vargas no poder, em 29 de outubro de 1945, obrigou-o a renunciar (LOPEZ; MOTA, 2012).

Fatos marcantes do Estado Novo foram: a criação da Justiça do Trabalho, em 1º de maio de 1941; a promulgação da Lei do Salário Mínimo e da Consolidação das Leis do Trabalho; a criação da Companhia Siderúrgica Nacional em 1941, com a construção da usina de Volta Redonda; a instituição do Conselho Nacional do Petróleo, em 1938; e a criação pelo Ministério do Trabalho do Serviço de Aprendizagem Industrial (Senai) (LOPEZ; MOTA, 2012).

Sendo assim, percebe-se que a Lei das Contravenções Penais, publicada no Diário Oficial da União em 3 de outubro de 1941 e com vigência a partir de 1º de janeiro de 1942, surge em um período no qual o Estado buscava intervir ao máximo na vida dos governados, um panorama completamente diferente do observado na atualidade.

Destarte, não se pode olvidar que, além da Lei das Contravenções Penais, as principais leis penais vigentes até hoje surgiram nessa época: o Código Penal e o Código de Processo Penal que, apesar de terem passado por reformas, têm sua maior parte vigorando na atualidade, o que acaba, inevitavelmente, por traçar no Direito Penal um paradigma diverso ao da Constituição Federal de 1988. Conforme se verificará doravante, a edição de decretos-lei em matéria criminal durante a vigência deste modelo de governo traz implicações relevantes no Direito Penal contemporâneo.

3.2 A evolução do conceito de crime e de contravenção penal

Para a diferenciação de crime e contravenção penal, de suma importância é entender seus conceitos, que já foram apresentados brevemente no capítulo anterior, mas que merecem um maior aprofundamento.

Para Capez (2012), o crime pode ser visto pelos aspectos material, formal ou analítico. O primeiro significa a busca do cerne do delito tipificado; isto é, entender porque aquela infração penal é crime e outra não. Assim, sob o aspecto material, o crime pode ser definido como toda ação ou omissão, dolosa ou culposa, capaz de lesar ou expor a perigo bens jurídicos considerados relevantes para a existência da coletividade e da paz social. No que toca ao aspecto formal, o crime é a mera subsunção de uma conduta ao tipo penal, pouco importando o conteúdo da norma que tipifica o delito. Já acerca do aspecto analítico, busca-se estabelecer os elementos estruturais do crime, observando-se, em primeiro lugar, a tipicidade da conduta. A seguir, sendo o fato típico, verifica-se sua ilicitude. Assim, preenchidos os requisitos da tipicidade e ilicitude, busca-se descobrir se o autor do fato é culpado pelo crime, ou seja, se deve ser punido pela infração que cometeu.

Ao tratar do assunto, Prado (2014, p. 202) fala sobre as críticas ao conceito formal de delito:

a) Em primeiro lugar, não parece aceitável que o objeto de estudo de uma disciplina venha imposto de fora dela, isto é, que seja de competência externa à delimitação desse objeto. Ao contrário, o lógico é que cada disciplina defina ela mesma o que vai estudar e qual é o seu conteúdo e natureza; b) O legislador, que é quem legitimamente estabelece quais condutas são delitos, não segue um critério satisfatório do ponto de vista da explicação causal dos delitos, mas predominam os históricos e de oportunidade. Desse modo, é difícil que possa se dar uma explicação científica geral convincente de uma matéria na qual elementos irracionais e contradições têm forte presença; c) As leis penais são irremediavelmente vagas e imprecisas, tal ponto que os juízes e os juristas em geral nem sempre chegam a acordos generalizados sobre sua interpretação.

Prado (2014) ainda explica o conceito material de delito como sendo aquele que determinada sociedade, em dado momento histórico, considera que deve ser proibido pela lei penal. Por fim, sobre o conceito analítico, diz o autor que se decompõe o delito em suas partes constitutivas, não excluindo a consideração do fato delitivo como um todo unitário, mas tornando a subsunção mais racional e segura.

Nesse mesmo sentido, Jesus (2013) assevera que o conceito formal destaca o conteúdo teleológico do crime, ou seja, a razão pela qual uma determinada conduta é uma infração penal e está sujeita a uma sanção. Já o conceito formal de crime é: fato típico e antijurídico, sendo que a culpabilidade é apenas uma condição de imposição da pena.

Nesse tocante, o fato típico é composto pelos seguintes elementos:

- 1.º) conduta humana dolosa ou culposa;
- 2.º) resultado (salvo nos crimes de mera conduta);
- 3.º) nexa de causalidade entre a conduta e o resultado (salvo nos crimes de mera conduta e formais);
- 4.º) enquadramento do fato material (conduta, resultado e nexa) a uma norma penal incriminadora (JESUS, 2013, p.197).

Quanto à antijuricidade, significa dizer que o crime cometido é contrário ao ordenamento jurídico, ou seja, quando não estiver abrigado por nenhuma das causas de exclusão de ilicitude, previstas no Art. 23 do Código Penal (legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento de um dever legal e exercício regular de um direito), ou normas permissivas encontradas em sua parte especial ou em leis especiais (JESUS, 2013).

Contudo, cabe consignar que outros autores, ao contrário de Jesus, incluem a culpabilidade entre os elementos constituintes do crime, como Bitencourt (2009), Nucci (2013) e Prado (2014). Este aspecto é conceituado como a reprovação pessoal pela realização de uma ação ou omissão típica e ilícita em determinadas circunstâncias em que se podia atuar conforme as exigências do ordenamento jurídico

No que diz respeito ao conceito de crime, até chegar-se ao atual, passou-se por uma longa evolução. Nesse sentido, ensina Bitencourt (2009) que há três principais fases do desenvolvimento da teoria moderna do delito: o conceito clássico de delito, o conceito neoclássico do conceito de delito e o conceito finalista de delito.

Acerca do primeiro, elaborado por Von Liszt e Beling, tem-se que o delito é um movimento corporal capaz de produzir uma modificação no mundo exterior, ou seja, um resultado. Seus quatro elementos estruturais eram entendidos da seguinte forma:

- a) Ação – [...] Sob a influência do positivismo naturalista foi que Von Liszt definiu a ação como a inervação muscular produzida por energias de um impulso cerebral, que, comandadas pelas leis da natureza, provocam uma transformação no mundo exterior.
- b) Tipicidade – O tipo e a tipicidade representavam o caráter externo da ação, compreendendo somente os aspectos objetivos do fato descrito na lei. [...]
- c) Antijuricidade – [...] é um juízo valorativo puramente formal: basta a comprovação de que a conduta é típica e de que não concorre nenhuma causa de justificação.
- d) Culpabilidade – Que era concebida como o aspecto subjetivo do crime, também tinha caráter puramente descritivo, pois se limitava a comprovar a existência de um vínculo subjetivo entre o autor e o fato. (BITENCOURT, 2009, p. 217).

Ao se observar o conceito neoclássico de delito, é possível verificar que, em relação à definição clássica, houve a reformulação dos conceitos integrantes do

crime, sem alterar, contudo, sua composição como ação típica, antijurídica e culpável. O conceito de ação, que era frágil por não contemplar efetivamente os crimes omissivos, culposos e tentados, foi reformulado. A tipicidade passou a integrar elementos subjetivos do tipo, em contraponto à concepção clássica, que era puramente objetiva. Igualmente, a antijuricidade passou a exigir uma danosidade social para restar configurada, isso sob o aspecto material. Ainda, a culpabilidade recebeu de Frank a “reprovabilidade”, pela formação da vontade contrária ao dever (BITENCOURT, 2009).

Por volta dos anos trinta, Welzel corrigiu as falhas dos modelos anteriores, eliminando a separação dos aspectos objetivos e subjetivos da ação e do próprio injusto, ou seja, entre a vontade e o conteúdo, elaborando a que ficou conhecida como teoria final da ação. Além disso, o finalismo retirou todos os elementos subjetivos que compunham a culpabilidade, a exemplo do dolo e da culpa, deixando apenas as circunstâncias atinentes à reprovabilidade da conduta contrária ao direito. Com isso, passou-se a ter a distinção entre os tipos dolosos e culposos e uma culpabilidade puramente normativa, mas esta essencial para a completa configuração do crime (BITENCOURT, 2009).

No que tange à etimologia do crime, Jesus (2013) bem assevera que, no antigo Direito Romano, *nox* era o termo utilizado para definir a conduta criminosa. Esse termo evoluiu para *noxia*, que significava “dano”, contudo, posteriormente verificou-se que tal palavra não expressava exatamente o conceito de crime, mas sim o seu resultado. Por conta disso, passou-se a adotar as seguintes expressões: *scelus*, *maleficium*, *flagittum*, *fraus*, *facinus*, *peccatum*, *probrum*, *delictum* e *crimem*. A expressão *delictum* deriva de *delinquere*, que significa “abandonar”, “resvalar”, “desviar-se”, enquanto *crimem* vem do grego *cerno*, usado para apontar os mais graves delitos. O termo *crimem* foi usado na Idade Média para as infrações graves, enquanto *delictum* foi utilizado para definir as mais leves. Por fim, na atualidade, adotou-se as seguintes expressões: na Itália, *reato*; nos países de língua castelhana, “delitos”, “crimes” e “contravenções”, sendo que “infração” engloba as três anteriores; na Alemanha, os mesmos termos, porém com “crime” (*Verbrechen*) abarcando as demais; na Inglaterra, *offense* é a expressão utilizada para todas as infrações, porém as que estão sujeitas a acusação se dividem, conforme sua gravidade, em *felony* e *misdemeanor*, e nos Estados Unidos há uma divisão tripartite dos crimes, qual seja, *treasons*, *felonies* e *misdemeanors*.

Sobre a classificação das infrações penais, as principais legislações

costumam adotar um dos dois sistemas: o tripartido ou o bipartido. Para esse, as infrações penais são crimes ou delitos e contravenções, para aquele, se dividem em crimes, delitos e contravenções.

Acerca da divisão tripartida, importante salientar seu marco histórico como sendo o Código Penal francês de 1791, segundo o qual os crimes lesavam direitos naturais, como a vida, os delitos violavam direitos originários do contrato social, como a propriedade, e as contravenções infringiam disposições e regulamentos de polícia. Essa divisão é adotada, na atualidade, além do Código Penal francês (Art. 111-1), pelo belga (Art. 1º), suíço (Art. 10), espanhol (Art. 13), luxemburguês (Art. 1º), e senegalês (Art. 1) (PRADO, 2014).

Segundo Prado (2014, p. 208), essa classificação, “além de traduzir de maneira mais justa a hierarquia dos comportamentos reprováveis, permite maior diferenciação valorativa das infrações penais”. Além disso, segundo o jurista, há uma vantagem processual para se optar por tal divisão, por facilitar a divisão de competência e a espécie de procedimento aplicável.

Contudo, a exposição de motivos do Código Penal brasileiro de 1940 demonstrou que nosso país adotaria o sistema bipartido e rejeitaria o critério inicialmente proposto pelo professor Alcântara Machado de abolirem-se quaisquer distinções entre crimes e contravenções. Na exposição de motivos do referido diploma legal, outrossim, justificou-se a divisão de crime e contravenção pois, ao se misturar coisas de menor importância com outras de maior valor, correr-se-ia o risco de se ver estas amesquinhas, explicando, ainda, que a diferença entre crime e contravenção não seria apenas ontológica (LAVORENTI, 2011).

Nessa seara, impende colacionar o Art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal e à Lei das Contravenções Penais (Decreto-Lei nº 3.914, de 9 de dezembro de 1941):

Considera-se crime a infração penal 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, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

Além do direito brasileiro, o sistema bipartido também é adotado nos Códigos Penais alemão (Art. 12), peruano (Art. 11) e colombiano (Art. 19) (PRADO, 2014).

3.3 As diferenças práticas entre crime e contravenção penal

É o consenso geral entre os juristas em matéria penal que não há diferença essencial ou ontológica entre crime e contravenção, sendo ambos um fato típico, antijurídico e culpável.

O que os separa é o critério quantitativo, ou seja, o patamar de gravidade de cada infração penal. Enquanto os crimes são de maior gravidade, as contravenções penais lesam em grau inferior os bens tutelados pelo Direito Penal. Por conseguinte, os crimes ensejam uma punição mais severa que as contravenções penais. Destarte, o legislador penal tem a incumbência de sopesar quais condutas devem ser tipificadas como crimes e quais como contravenção penal, considerando a relevância dos interesses jurídicos protegidos. Igualmente, nada impede que o legislador dê a uma determinada contravenção maior importância, elevando-a ao patamar de crime, hipótese já ocorrida em nosso ordenamento jurídico (JESUS, 2013).

Assim, explica Nucci (2013) que a separação tem finalidade prática, para a aplicação de benefícios penais, para a identificação do procedimento correto a ser adotado, no contexto da liberdade provisória, entre outros. Contudo, o próprio autor ensina que mesmo as diferenças práticas foram diminuídas com a edição da Lei nº 9.099/95, que unificou as contravenções penais aos crimes com pena máxima cominada em dois anos, para considerá-las infrações de menos potencial ofensivo.

Não obstante, subsistem importantes diferenças entre os dois tipos de infrações penais, que são trazidas pela Parte Geral da Lei das Contravenções Penais (Art. 1º ao 17), conforme esmiuçado a seguir.

3.3.1 A especialidade

O Art. 1º consagra o princípio da especialidade, estabelecendo que se aplicam às contravenções as regras do Decreto-Lei 3.688/41 e, em caso de omissão deste, utilizar-se-á as normas gerais do Código Penal.

Por conseguinte, ensina Lavorenti (2011, p. 9) que se aplicam às contravenções:

o princípio da legalidade; da anterioridade; da *abolitio criminis*; a retroatividade da lei mais benéfica; as regras de contagem de prazo; as causas excludentes da ilicitude; as discriminantes putativas; as causas excludentes da imputabilidade; as causas de exclusão da culpabilidade; a *aberratio ictus*; a *aberratio criminis*; as regras do concurso de pessoas; as regras do concurso material, formal e da contravenção continuada; a

obrigação de reparar o dano como efeito civil da sentença condenatória; as causas extintivas de punibilidade; as regras das várias formas de prescrição (Grifo original).

Por outro lado, não se aplicam às contravenções a lei dos crimes hediondos, a infração de associação criminosa (Art. 288 do Código Penal), a prisão preventiva e a prisão temporária (LAVORENTI, 2011).

3. 3. 2 A territorialidade

Ao contrário do que ocorre no que tange aos crimes, às contravenções aplica-se o princípio da territorialidade. A partir disso, são puníveis apenas as contravenções cometidas em território brasileiro, pois, conforme preceitua o Art. 2º da Lei das Contravenções Penais: “A lei brasileira só é aplicável à contravenção praticada no território nacional”.

Conforme ensina Nucci (2013), esta é uma diferença considerável em relação aos crimes. Afinal, o Art. 7º do Código Penal estabelece diversas possibilidades de punição de crimes cometidos no estrangeiro, desde que preenchidos os requisitos legais. Como exemplo, cita-se a possibilidade de punição, pela Justiça Brasileira, do agente praticante do tráfico de drogas, cometido no estrangeiro, desde que preenchidos os requisitos do Art. 7º, § 2º, do Código Penal. Já no tocante às contravenções, não há interesse em punir as que ocorrerem fora do território nacional.

Nesse tocante, oportuno consignar o que abrange o território nacional no aspecto jurídico, conforme Jesus (2015, p. 38):

a) o solo ocupado pela corporação política sem solução de continuidade e com limites reconhecidos; b) as regiões separadas do solo principal; c) os rios, lagos e mares interiores; d) golfos, baías e portos; e) aparte que o direito internacional atribui a cada Estado sobre os mares, lagos e rios contíguos; f) a faixa de mar exterior, que corre ao longo da costa e constitui o mar territorial; g) espaço aéreo; e h) navios e aeronaves, de acordo com a legislação ordinária.

Acerca do mar territorial, entende-se como sendo a faixa de 12 milhas marítimas de largura, medidas a partir da baixa-mar do litoral continental e insular brasileiro. Outrossim, verifica-se ser aplicável a Lei das Contravenções Penais cometidas fora do território nacional geográfico, quando se observar a extensão do território. Isso ocorre, conforme o Art. 5º, §§ 1º e 2º, do Código Penal, para

embarcações e aeronaves brasileiras, de natureza pública ou a serviço do governo brasileiro onde quer que se encontrem; para as aeronaves ou as embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, que se achem, respectivamente, no espaço aéreo correspondente ou em alto-mar; e para aeronaves ou embarcações estrangeiras de propriedade privada, achando-se aquelas em pouso no território nacional ou em voo no espaço aéreo correspondente, e estas em porto ou mar territorial do Brasil (JESUS, 2015).

3. 3. 3 A tentativa

Por razões de política criminal, o legislador optou por tornar a tentativa de contravenção penal impunível, ao contrário do que ocorre com os crimes. Para estes, o Art. 14, parágrafo único, do Código Penal, estabelece que, para o delito tentado aplica-se a pena do consumado, reduzida de um a dois terços. Isso ocorre porque a contravenção consumada já é uma infração dotada de mínima lesividade aos bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal. Punir a tentativa de contravenção, portanto, não teria sentido (NUCCI, 2013).

Outrossim, Lavorenti (2011, p. 10) aponta outro argumento para a opção do legislador em não punir a tentativa contravencional, referindo ser a contravenção uma infração de perigo e que “a tentativa também é um perigo de lesão ao bem jurídico visado pelo autor da conduta, daí que seria inconcebível tentativa de perigo de infração de perigo”.

Gonçalves (2010) destaca, ainda, que, na maioria dos casos, a tentativa de contravenção é impossível. Salaria, contudo, algumas contravenções em que seria possível a sua ocorrência: vias de fato (Art. 21 da Lei das Contravenções Penais), na qual alguém tenta dar um tapa no rosto de outrem e é impedido; e jogo do bicho (Art. 58 da Lei das Contravenções Penais), hipótese na qual um apostador é flagrado logo antes de entregar o dinheiro ao tentar efetuar uma aposta.

3. 3. 4 As penas

As penas previstas para os crimes estão insculpidas no Art. 32 do Código Penal: privativas de liberdade, restritivas de direitos, e de multa. Cabe ressaltar, ainda, que as primeiras se dividem em reclusão ou detenção, dependendo da gravidade de delito. As contravenções penais, por sua vez, podem ser punidas

apenas com prisão simples e multa (Art. 5º da Lei das Contravenções Penais).

Jesus (2015) assevera, todavia, que as penas restritivas de direitos podem substituir a prisão simples, desde que preenchidos os requisitos do Art. 44 do Código Penal, e essas, ainda, podem ser convertidas de volta em prisão simples, nos termos do Art. 180 da Lei de Execução Penal.

Convém consignar que tanto reclusão e detenção quanto prisão simples dizem respeito a penas privativas de liberdade. Contudo, o Art. 6º da Lei das Contravenções Penais prevê que a prisão simples deve ser cumprida sem rigor penitenciário, em estabelecimento especial ou seção especial de prisão comum, em regime semiaberto ou aberto, e que o condenado a tal pena fique sempre separado dos condenados à pena de reclusão ou detenção.

Porém, como bem observado por Nucci (2013), embora louvável o intuito do legislador de separar os condenados por crimes dos meros contraventores, nunca houve investimento efetivo do Poder Executivo em estabelecimentos penitenciários, de modo que os estabelecimento especiais previstos no Decreto-Lei nº 3.688/41 nunca passaram de uma ficção jurídica.

Por fim, como Lavorenti (2011) lembra, no caso de concurso entre crime e contravenção, aplica-se o Art. 76 do Código Penal, cumprindo executar-se primeiramente a pena mais grave, seja de reclusão ou detenção, e posteriormente a pena da prisão simples.

Quanto às penas acessórias, a Lei das Contravenções Penais estabelece:

Art. 12. As penas acessórias são a publicação da sentença e as seguintes interdições de direitos:

I – a incapacidade temporária para profissão ou atividade, cujo exercício dependa de habilitação especial, licença ou autorização do poder público;

II – a suspensão dos direitos políticos.

Parágrafo único. Incorrem:

a) na interdição sob nº I, por um mês a dois anos, o condenado por motivo de contravenção cometida com abuso de profissão ou atividade ou com infração de dever a ela inerente;

b) na interdição sob nº II, o condenado a pena privativa de liberdade, enquanto dure a execução do pena ou a aplicação da medida de segurança detentiva.

Há divergência entre os doutrinadores quanto à aplicabilidade das penas acessórias em relação às contravenções penais. Jesus (2015) entende que tais foram excluídas pela reforma penal de 1984, que aboliu as penas acessórias no Código Penal e extinguiu-as também na Lei das Contravenções Penais. Cita o seguinte julgado para sustentar o seu entendimento: “TACrimSP, ACrim 404.749, 3ª

Câm., j. 21-11-1985, SEDDG, rolo-flash 369/595” (JESUS, 2015, p. 61).

De outra banda, defende Nucci (2013) que as penas acessórias não foram revogadas pela reforma penal da Parte Geral do Código Penal de 1984, não vendo óbice à sua aplicação. Sustenta o princípio da especialidade, segundo o qual se aplica o Código Penal apenas quando a Lei das Contravenções Penais não dispuser em sentido diverso. Argumenta, igualmente, que a reforma transformou as penas acessórias, majoritariamente, em efeitos da condenação (Arts. 91 e 92 do Código Penal), e que, com isso, houve alteração na denominação, mas não no efeito concreto.

3. 3. 5 A reincidência

Também há diferenças na reincidência no que diz respeito à contravenção.

Primeiramente, cabe explicar o conceito de reincidência. Nos termos do Art. 63, do Código Penal, “Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”.

Importante a compreensão de tal conceito, pois a ocorrência da reincidência é uma circunstância agravante, prevista no Art. 61, I, do Código Penal, e acarreta aumento de pena em caso de condenação criminal.

Segundo Capez (2012, p. 508), a “exacerbação da pena justifica-se para aquele que, punido anteriormente, voltou a delinquir, demonstrando que a sanção anteriormente imposta foi insuficiente”.

Quando se trata de contravenções penais, há características específicas a regular a matéria. Nesse tocante, ensina Gonçalves (2010, p. 141) quais são as hipóteses em relação à reincidência envolvendo contravenções:

- a) quem pratica nova contravenção após ter sido condenado por outra contravenção no Brasil é reincidente;
- b) quem comete nova contravenção após ter sido condenado por outra contravenção no exterior não é reincidente, [...];
- c) quem pratica crime após ter sido condenado por contravenção não é reincidente, pois a hipótese não foi prevista no art. 63 do Código Penal e tampouco no art. 7º da Lei das Contravenções Penais;
- d) quem comete crime depois de ter sido condenado por outro crime, no Brasil ou no exterior, é reincidente (art. 63 do CP);
- e) quem comete contravenção depois de ter sido condenado por crime, no Brasil ou no exterior, é reincidente (art. 7º da LCP).

A partir desse quadro, observa-se que a condenação no estrangeiro por

contravenção não produz qualquer efeito em território nacional. Tal dispositivo se coaduna com o princípio da territorialidade. Afinal, se não há interesse em punir alguém que cometeu uma contravenção penal no exterior, não há porque considerá-lo reincidente, se tiver cometido tal infração (NUCCI, 2013).

3. 3. 6 O limite das penas e a sua suspensão condicional

Consoante o Art. 10 da Lei das Contravenções Penais, a duração da pena de prisão simples não pode, em caso algum, ser superior a cinco anos. Esse dispositivo guarda sintonia com o disposto no Art. 75, *caput*, do Código Penal, que delimita como tempo máximo de pena privativa de liberdade como sendo de trinta anos.

Dessa forma, jamais poderá alguém cumprir prisão simples por mais de cinco anos, independentemente do número de contravenções cometidas (JESUS, 2015).

O artigo do Decreto-Lei nº 3.688/41 acima apontado também fixa um limite para a pena de multa como sendo de cinquenta contos de réis. Entretanto, Nucci (2013, p. 119) entende que “Em caso de contravenções penais, não mais existindo a moeda prevista no art. 10 (contos de réis), deixa de ser aplicável qualquer limite para a cumulação de multas”.

Quanto ao *sursis* da pena de prisão simples, o Art. 11 da Lei das Contravenções Penais estabelece: “Desde que reunidas as condições legais, o juiz pode suspender por tempo não inferior a um ano nem superior a três, a execução da pena de prisão simples, bem como conceder livramento condicional”. A partir disso, depreende-se que, no que toca à suspensão condicional e ao livramento condicional da pena de contravenção, aplicam-se todas as regras do Código Penal, a não ser o período de prova para a suspensão da pena, que, enquanto para crimes é de dois a quatro anos, para contravenções penais é de um a três (Lavorenti, 2011).

Dessarte, salienta Gonçalves (2010) que os requisitos para a concessão do *sursis* para contravenções são os mesmos do Código Penal, previstos em seu Art. 77: a) que a pena imposta na sentença não seja superior a dois anos; b) que não seja cabível a substituição por pena restritiva de direitos; c) que as circunstâncias judiciais do Art. 59 do Código Penal sejam favoráveis ao condenado; d) que o réu não seja reincidente. Outrossim, para a concessão do livramento condicional para o autor de contravenção condenado à pena superior a dois anos, deve o contraventor

cumprir os requisitos do Art. 83 do Código Penal.

3. 3. 7 A medida de segurança

O Art. 13 da Lei das Contravenções penais estabelece que se apliquem, por motivo de contravenção, as medidas de segurança previstas no Código Penal, à exceção do exílio local. Como o exílio local foi revogado pela reforma penal de 1984, aplicam-se às contravenções as mesmas medidas de segurança previstas para os crimes. Tais são a internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico e o tratamento ambulatorial, consoante Art. 97 do referido diploma legal. Sendo as contravenções penais infrações de menor potencial ofensivo, normalmente indica-se o tratamento ambulatorial (GONÇALVES, 2010).

Entretanto, subsiste uma diferença entre medidas de segurança aplicadas para crime e contravenção: segundo o Art. 16 da Lei das Contravenções Penais, o prazo mínimo da medida de segurança em decorrência da prática de contravenção penal é de seis meses. Por outro lado, para crimes, o prazo mínimo é de um a três anos, à luz do Art. 97, §1º, do Código Penal. Contudo, o prazo máximo da medida de segurança, tanto no caso de crime quanto de contravenção, é indeterminado, dependendo do resultado do exame de cessação da periculosidade (NUCCI, 2013).

3. 3. 8 A ação penal

Ao contrário do que ocorre nos crimes, nas contravenções penais a ação penal é sempre pública.

Dessa forma, deve o Delegado de Polícia investigar os fatos contravencionais de ofício, independentemente do consentimento do sujeito passivo da contravenção ou de terceiro. O mesmo vale para o representante do Ministério Público, que deve oferecer a denúncia (JESUS, 2015).

Todavia, Nucci (2013) aduz que tal dispositivo é ultrapassado, já que, na legislação penal atual, caminha-se para a ação pública condicionada ou para a ação penal privada, quando se trata de interesse eminentemente individual ou restrito. Nessa esteira, salienta que há inúmeros tipos contravencionais que deveriam depender de provocação do interessado, como no caso de perturbação do sossego alheio, sob pena de não se conseguir nem mesmo apurar o ocorrido.

Entretanto, Jesus (2015) ensina que, anteriormente à Constituição Federal

de 1988, a autoridade policial era a responsável por dar início ao processo contravençional. Hoje, contudo, a competência para propor a ação penal pública é exclusiva do Ministério Público, conforme Art. 129, I, da Carta Maior.

Ademais, o juízo competente para o processo e julgamento das contravenções penais, via de regra, é o Juizado Especial Criminal, a partir do disposto na Lei nº 9.099/95. Contudo, é possível que sigam o procedimento comum sumário, quando o Juizado Especial Criminal encaminhar ao juízo comum as peças existentes para a adoção de outro procedimento, consoante o Art. 538 do Código de Processo Penal (JESUS, 2015).

Por fim, cabe salientar que todas as contravenções são processadas e julgadas na Justiça Estadual Comum, nos termos do Art. 109, IV, da CF (JESUS, 2015). Nesse tocante, cumpre colacionar a Súmula 38 do STJ, que estabelece o que segue: “Compete à Justiça Estadual Comum, na vigência da Constituição de 1988, o processo por contravenção penal, ainda que praticada em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades”.

4 A APLICABILIDADE DO DECRETO-LEI 3.688/1941

4. 1 As contravenções penais que viraram crimes

Compreendidos os principais aspectos que diferenciam os crimes das contravenções penais, cabe uma análise da Parte Especial da Lei das Contravenções Penais, a fim de verificar se, de fato, as infrações penais lá previstas encontram guarida em nosso atual ordenamento jurídico.

Consoante referido alhures, a diferença entre crime e contravenção é meramente quantitativa, ou seja, o grau de ofensividade com que a infração penal atinge os bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal.

Com efeito, cabe ao legislador sopesar qual conduta deve ser crime e qual deve ser contravenção. Ademais, percebem-se mudanças nas leis penais de acordo com a necessidade do Estado de reprimir determinada conduta. Dessa forma, além da *abolitio criminis*, há a possibilidade de uma contravenção assumir a condição de crime. Tal hipótese já ocorreu – e não apenas uma vez - no Direito Penal Brasileiro.

Vejam, a seguir, as principais mudanças nesse sentido verificadas na Lei das Contravenções Penais.

4. 1. 1 As contravenções penais referentes a armas

A Lei das Contravenções Penais traz as seguintes contravenções penais referentes a situações irregulares de armas:

Art. 18. Fabricar, importar, exportar, ter em depósito ou vender, sem permissão da autoridade, arma ou munição:

Pena – prisão simples, de três meses a um ano, ou multa, de um a cinco contos de réis, ou ambas cumulativamente, se o fato não constitui crime contra a ordem política ou social.

Art. 19. Trazer consigo arma fora de casa ou de dependência desta, sem licença da autoridade:

Pena – prisão simples, de quinze dias a seis meses, ou multa, de duzentos mil réis a três contos de réis, ou ambas cumulativamente.

§ 1º A pena é aumentada de um terço até metade, se o agente já foi condenado, em sentença irrecorrível, por violência contra pessoa.

§ 2º Incorre na pena de prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa, de duzentos mil réis a um conto de réis, quem, possuindo arma ou munição:

a) deixa de fazer comunicação ou entrega à autoridade, quando a lei o determina;

b) permite que alienado menor de 18 anos ou pessoa inexperiente no manejo de arma a tenha consigo;

c) omite as cautelas necessárias para impedir que dela se apodere facilmente alienado, menor de 18 anos ou pessoa inexperiente em manejá-la.

Há, ainda, um dispositivo da Lei em estudo que tipifica a conduta do disparo de arma de fogo, *in verbis*:

Art. 28. Disparar arma de fogo em lugar habitado ou em suas adjacências, em via pública ou em direção a ela:

Pena – prisão simples, de um a seis meses, ou multa, de trezentos mil réis a três contos de réis.

Parágrafo único. Incorre na pena de prisão simples, de quinze dias a dois meses, ou multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis, quem, em lugar habitado ou em suas adjacências, em via pública ou em direção a ela, sem licença da autoridade, causa deflagração perigosa, queima fogo de artifício ou solta balão aceso.

Contudo, com o advento da Lei nº 10.826/03, conhecido como Estatuto do Desarmamento, tais dispositivos foram derogados no que diz respeito às armas de fogo. Isso porque o referido diploma legal tipifica tais condutas, cominando penas bem mais severas ao uso indevido de arma de fogo do que as previstas no Decreto-Lei nº 3.688/41.

Nesse sentido, cumpre registrar as atuais sanções legais previstas pelo legislador para quem comete os crimes referentes a armas de fogo:

- a) Posse irregular de arma de fogo de uso permitido – detenção, de um a três anos, e multa;
- b) Deixar de observar as cautelas necessárias para impedir que menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa portadora de deficiência mental se apodere de arma de fogo que esteja sob sua posse ou que seja de sua propriedade - detenção, de um a dois anos, e multa;
- c) Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido – reclusão, de dois a quatro anos, e multa;
- d) Disparo de arma de fogo - reclusão, de dois a quatro anos, e multa;
- e) Posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito – reclusão, de três a seis anos, e multa;
- f) Comércio ilegal de arma de fogo – reclusão, de quatro a oito anos, e multa.

Percebe-se que, além do endurecimento das penas cominadas para infrações penais referentes a armas de fogo, o estado passou a se preocupar muito mais com o porte e a posse de arma de fogo por parte de população, já que tais direitos foram restringidos significativamente.

Nesse sentido, salienta Lavorenti (2011) que o Estatuto do Desarmamento prevê requisitos para quem deseja ter o porte de arma de fogo de uso permitido, em seu Art. 4º:

[...] I - comprovação de idoneidade, com a apresentação de certidões negativas de antecedentes criminais fornecidas pela Justiça Federal, Estadual, Militar e Eleitoral e de não estar respondendo a inquérito policial ou a processo criminal, que poderão ser fornecidas por meios eletrônicos;
II – apresentação de documento comprobatório de ocupação lícita e de residência certa;
III – comprovação de capacidade técnica e de aptidão psicológica para o manuseio de arma de fogo, atestadas na forma disposta no regulamento desta Lei. [...].

Não bastasse, a idade mínima exigida para a aquisição de arma de fogo foi aumentada para vinte e cinco anos. Outrossim, o Art. 10, § 2º, da Lei em apreço, determina a perda do porte de arma de fogo para o portador que seja detido ou abordado em estado de embriaguez ou sob o efeito de substâncias químicas ou alucinógenas (LAVORENTI, 2011).

Entretanto, impende consignar que os tipos contravencionais em tela foram revogados apenas parcialmente pelo Estatuto do Desarmamento, haja vista que ainda encontram aplicabilidade para infrações penais envolvendo armas brancas (JESUS, 2015).

Acerca das armas brancas, Lavorenti (2011) ensina que podem ser próprias ou impróprias. As primeiras são as que possuem a finalidade específica de servir como arma, seja para ataque ou para defesa, como, por exemplo, canivetes, punhais e espadas. Já as impróprias são aquelas que não foram criadas com a finalidade de servirem como armas, mas que podem ser utilizadas para tal, como facas de cozinha, foices, facões, machados, estiletes, entre outras.

Todavia, Nucci (2013) não vê aplicabilidade para a contravenção penal que pune o comércio ilegal de armas brancas, já que não há em nosso ordenamento jurídico lei disciplinando a concessão de autorização da autoridade para a fabricação, importação, exportação, depósito ou venda de tais utensílios. Na mesma senda, não há norma regulamentadora do porte de arma branca, de modo que a aplicação da contravenção penal do Art. 19 do Decreto-Lei 3.688/41 não é necessária. Defende o autor que, caso alguém queira ingressar em um estabelecimento portando uma espada, não há necessidade prendê-lo, mas apenas impedir seu ingresso.

Não obstante, encontram-se julgados divergentes acerca do tema em debate no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (BRASIL, 2017 e 2013, www.tjrs.jus.br):

APELAÇÃO-CRIME. PORTE DE ARMA BRANCA. ARTIGO 19 DA LCP. ATIPICIDADE. SENTENÇA CONDENATÓRIA REFORMADA. Não há lei regulamentando o porte de arma branca e, portanto, não há a possibilidade de obtenção da licença para portá-la, razão pela qual é inaplicável o dispositivo legal em questão, em consideração aos Princípios da Legalidade (artigo 5º, II da CF) e da Anterioridade da Lei Penal (art. 5º, XXXIX, da CF). Não se trata, na hipótese, de norma penal em branco, por ausente outra norma que a complemente. RECURSO PROVIDO, POR MAIORIA. (Recurso Crime Nº 71006490551, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Luiz Antônio Alves Capra, Julgado em 27/03/2017). (Grifo original).

APELAÇÃO-CRIME. ARTIGO 19 DO DECRETO-LEI 3.688/41. PORTE DE ARMA BRANCA. CONTRAVENÇÃO. TIPICIDADE. SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA. 1. A contravenção do artigo 19 do Decreto Lei n. 3.688/41 é típica. Positivados os elementos do tipo, correta a sentença que condenou o réu por porte de arma branca. Risco social que decorre da conduta, observado o elemento subjetivo informado. 2. Positivados os requisitos do tipo, imperiosa a manutenção do decreto condenatório. 3. Disposição de ofício quanto à sanção. Incidência do parágrafo único do art. 84 da Lei n. 9.099/95, na hipótese de pagamento. RECURSO PROVIDO, POR MAIORIA. (Recurso Crime Nº 71004598785, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Edson Jorge Cechet, Julgado em 25/11/2013). (Grifo original).

4. 1. 2 As contravenções penais referentes ao trânsito

No que toca às contravenções penais referentes ao trânsito, tem-se as seguintes:

Art. 32. Dirigir, sem a devida habilitação, veículo na via pública, ou embarcação a motor em águas públicas:
Pena – multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.

Art. 34. Dirigir veículos na via pública, ou embarcações em águas públicas, pondo em perigo a segurança alheia:
Pena – prisão simples, de quinze das a três meses, ou multa, de trezentos mil réis a dois contos de réis.

Em relação a elas, com o advento do Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/97), a maior parte dos juriconsultos entende que permanecem sendo aplicáveis apenas em relação às embarcações em águas públicas.

Nesse norte, a Súmula 720, do Supremo Tribunal Federal, estabelece que “O art. 309 do Código de Trânsito Brasileiro, que reclama decorra do fato perigo de dano, derogou o art. 32 da Lei das Contravenções Penais no tocante à direção sem habilitação em vias terrestres”.

Para Gonçalves (2010), o Art. 309 do Código de Trânsito penaliza, com detenção, de seis meses a um ano, ou multa, apenas quem dirigir veículo sem habilitação, gerando perigo de dano. Com isso, aquele que dirige veículo sem habilitação, mas obedecendo a todas as normas de trânsito, não comete mais

infração penal, mas sim mera infração administrativa, ficando sujeito a multa e a retenção do veículo até a apresentação de condutor habilitado.

Já no que diz respeito à contravenção penal do Art. 34, entende (Lavorenti) que sua aplicabilidade restou reduzida porque o Código de Trânsito tipifica a embriaguez ao volante (Art. 306), a participação em competição não autorizada (Art. 308), a direção sem habilitação (Art. 309) e o excesso de velocidade nas proximidades de escolas, hospitais, estações de embarque ou desembarque de passageiros, logradouros estreitos ou onde haja grande concentração ou movimentação de pessoas, causando perigo de dano (Art. 311), que passaram a ser crimes específicos.

Jesus (2015) traz à baila as hipóteses em que permanece a aplicabilidade do Art. 34 da Lei das Contravenções Penais: dirigir veículo em estado de sonolência, realizar “cavalo de pau”, dirigir a motocicleta com uma roda só, dirigir veículo fazendo zigue-zague, dirigir na contramão de direção, ultrapassagem em local inadequado e conduzir o veículo em péssimo estado de conservação, entre outras.

Contudo, o atual entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul é pela inaplicabilidade do referido dispositivo (BRASIL, 2017, www.tjrs.jus.br):

APELAÇÃO CRIMINAL. DIREÇÃO PERIGOSA. ARTIGO 34 DA LEI DAS CONTRAVENÇÕES PENAIS. SENTENÇA CONDENATÓRIA REFORMADA. Mudança de orientação: O Código de Trânsito Brasileiro, ao regulamentar a totalidade das infrações penais e administrativas, derogou o art. 34 da Lei das Contravenções Penais. Natureza do CTB (codificação) que contempla a pretensão de regulamentar, em sua totalidade, a matéria por ele disciplinada. Atipicidade da conduta. RECURSO PROVIDO, POR MAIORIA. (Recurso Crime Nº 71006343743, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Luiz Antônio Alves Capra, Julgado em 27/03/2017). (Grifo original).

Nessa mesma senda, cumpre colacionar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2017, www.stj.jus.br):

RECURSO ESPECIAL Nº 1.633.335 - SP (2016/0273933-6) RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO RECORRIDO : MARCELO PESSINE BONFIM ADVOGADO : SÉRGIO ALBERTO DA SILVA - SP184499 RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE. CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. LEI N. 9.503/1997. INFRAÇÃO DE TRÂNSITO. PARTICIPAÇÃO EM RACHA. DIRIGIR VEÍCULO AUTOMOTOR DE FORMA IRREGULAR. ART. 34 DO DECRETO-LEI N. 3.688/1941. LEI DE CONTRAVENÇÕES PENAIS. CONFLITO APARENTE DE NORMAS. INEXISTÊNCIA. DISPOSITIVO DERROGADO TACITAMENTE PELO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. ABSOLVIÇÃO. POSSIBILIDADE. CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO REGULOU INTEIRAMENTE A MATÉRIA REFERENTE À

CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR NAS VIAS TERRESTRES DO TERRITÓRIO NACIONAL. INEXISTÊNCIA DE CRIME NOS TERMOS DISPOSTOS NA SENTENÇA. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. INAPLICAÇÃO. ACÓRDÃO A QUO MANTIDO. (Grifo original).

4. 1. 3 A contravenção penal de crueldade contra animais

Para Gonçalves (2010) e Lavorenti (2011), o Art. 64 da Lei das Contravenções Penais, que prevê pena de prisão simples, de dez dias a um mês, ou multa a quem tratar animal com crueldade ou submetê-lo a trabalho excessivo, foi revogado pela Lei de Proteção ao Meio Ambiente (Lei nº 9.605/98). Este diploma legal prevê:

Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:
 Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.
 § 1º Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos.
 § 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal.

Entretanto, no entendimento de Nucci (2013), subsiste a aplicação do tipo contravençional em tela concomitantemente ao delito previsto no Art. 32 da Lei nº 9.605/98. Para o jurista, o crime em debate diz respeito, exclusivamente, aos animais silvestres, como onça, capivara, leão e tigre, não sendo aplicável a animais domésticos, como cães e gatos. Ou seja, entende que, no tipo penal retroapontado, os termos “domésticos ou domesticados” devem ser entendidos como decorrência da anterior menção a “animais silvestres”.

O entendimento do nosso Tribunal de Justiça não é remansoso ao tratar do assunto (BRASIL, 2013 e 2010, www.tjrs.jus.br):

RECURSO CRIME "INOMINADO". FUNGIBILIDADE RECURSAL. CONHECIMENTO COMO RECURSO DE APELAÇÃO. CONTRAVENÇÃO PENAL. ART. 64 DA LCP. CRUELDADE CONTRA ANIMAIS. Preliminarmente 1. Inconformidade conhecida como recurso de apelação, em razão do princípio da fungibilidade recursal. 2. O dispositivo em análise foi revogado tacitamente pelo art. 32 da Lei n. 9.605/98 (Lei dos Crimes Ambientais), que tratou inteiramente, inclusive de forma mais abrangente, de toda a matéria prevista no art. 64. Todavia, subsiste a necessidade de apreciar o mérito recursal, por ser mais favorável à acusada. Mérito 3. [...]. APELO IMPROVIDO. (Recurso Crime Nº 71004491411, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Edson Jorge Cechet, Julgado em 16/09/2013) (Grifo original).

FURTO QUALIFICADO. Negativa de autoria. Prisão em flagrante. Res furtiva apreendida em poder dos agentes. Prova testemunhal incriminatória. Autoria e materialidade comprovadas. Condenação mantida. TRATAR

ANIMAL COM CRUELDADE OU SUBMETÊ-LO A TRABALHO EXCESSIVO. Comete a contravenção prevista no art. 64 da Lei das Contravenções Penais os agentes que tratam um cavalo potrilho com crueldade, submetendo-o a trabalho excessivo. Sentença confirmada. (Apelação Crime Nº 70034996439, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Constantino Lisbôa de Azevedo, Julgado em 11/11/2010). (Grifo original).

4. 1. 4 A contravenção penal de oferecer bebida alcoólica a menor de 18 anos

A nova redação do Art. 243 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) elevou a conduta de fornecer bebida alcoólica a criança ou adolescente à condição de crime.

Ainda antes da nova redação desse artigo, operada pela Lei nº 13.106/15, existiu uma grande discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da conduta em apreço ser considerada a contravenção penal do Art. 63, I, ou o crime previsto no Art. 243 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que possuía a seguinte redação:

Vender, fornecer ainda que gratuitamente, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a criança ou adolescente, sem justa causa, produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica, ainda que por utilização indevida:
Pena - detenção de seis meses a dois anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave.

Com isso, havia uma corrente jurisprudencial no sentido de que a venda de bebida alcoólica a menores de dezoito anos configuraria crime, e não contravenção, já que esta pode causar dependência. Em contraponto, outra corrente entendia que a contravenção, por se referir especificamente a bebidas alcoólicas, seria especial sobre o crime em apreço. O Superior Tribunal de Justiça esclareceu a discussão, afirmando que a conduta de fornecer bebidas alcoólicas a menores de dezoito anos configura a contravenção penal do Art. 63, I, da Lei das Contravenções Penais. Isso baseado no fato de que o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu Art. 81, incisos II e III, diferenciou expressamente bebidas alcoólicas de outras substâncias capazes de provocar dependência física ou psíquica. Dessa forma, o artigo referido tipificava como crimes que envolvam estas últimas, continuando como mera contravenção a venda de bebida alcoólica a menores (GONÇALVES, 2010).

Cumprido ressaltar, ainda, que a alteração do artigo supramencionado, além de incluir expressamente a expressão “bebida alcoólica”, elevou a pena prevista para o delito para detenção de dois a quatro anos.

4. 2 As contravenções penais que foram revogadas

Além das contravenções penais que foram elevadas à condição de crime, observaram-se, ao longo dos anos, outras condutas que deixaram de ser tipificadas pela Lei das Contravenções Penais.

Com efeito, desde sua publicação, em 3 de outubro de 1941, em apenas duas oportunidades o Decreto-Lei nº 3.688/41 verificou a ocorrência da *abolitio criminis*.

Restaram revogados os seguintes artigos:

Art. 27. Explorar a credulidade pública mediante sortilégios, predição do futuro, explicação de sonho, ou práticas congêneres:
Pena – prisão simples, de um a seis meses, e multa, de quinhentos mil réis a cinco contos de réis. (Revogado pela Lei nº 9.521, de 27.11.1997).

Art. 60. Mendigar, por ociosidade ou cupidez:
Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses.
Parágrafo único. Aumenta-se a pena de um sexto a um terço, se a contravenção é praticada:
a) de modo vexatório, ameaçador ou fraudulento.
b) mediante simulação de moléstia ou deformidade;
c) em companhia de alienado ou de menor de dezoito anos. (Revogado pela Lei nº 11.983, de 2009).

O primeiro tipo penal punia a ação dos adivinhos, intérpretes de sonhos, executores de sortilégios ou práticas congêneres. Tal contravenção tinha como fim proteger a ingenuidade e a simplicidade dos que creem facilmente em qualquer fato apresentado. Outrossim, diferenciava-se do estelionato porque neste existe dano efetivo à vítima. Como exemplo da expressão “prática congênera” prevista no tipo, é possível citar a magia, a feitiçaria, a adivinhação, o hipnotismo, a necromancia, a cartomancia, os autores de milagres e os vendedores de amuletos (PIEIDADE JÚNIOR, 1983).

Interessante notar que, já em 1983, Piedade Júnior (1983, p. 119), manifestou seu entendimento contrário à existência da contravenção penal prevista no Art. 27, que viria a ser revogada catorze anos depois:

A exploração da credulidade pública é contravenção envolvente de cláusulas que, embora inspiradas por valores morais e sociais, indica a necessidade de sua reformulação, pelo menos parcial, em relação a certos ângulos descortinados pela norma penal, tornando-se secundária a intervenção da justiça ante a predominante manifestação popular, cujo consenso vem enfraquecendo a sua plena eficácia.
A realidade histórica está realmente demonstrando que os hábitos e os costumes vêm diminuindo de relevo a necessidade de incriminação de

algumas modalidades individuadas pela norma penal.

De fato, com a evolução do grau de instrução da população brasileira, viu-se como desnecessária a existência de contravenção penal prevendo a punição da exploração da credulidade pública, até porque, caso alguém venha a enganar outra pessoa, com isso prejudicando-a e auferindo vantagem indevida, subsiste o delito de estelionato (Art. 171 do Código Penal).

Já a contravenção penal de mendicância foi revogada apenas recentemente, em 2009. Até então, era punível a conduta de mendigar, por ociosidade (preguiça) ou cupidez (cobiça).

Para Moreira (2009), o mendigo era considerado alguém que não compartilhava os valores da sociedade, principalmente o da conquista da dignidade pelo trabalho honesto. Ou seja, a preocupação do legislador era de que o mendigo, ao deixar de trabalhar e viver da esmola de terceiros, fosse mais suscetível a ingressar no mundo do crime. Contudo, com o avançar do tempo, acabou predominando a ideia de que penalizar a mendicância era um modo de discriminação social, e passou a se entender a contravenção em tela como não recepcionada pela constituição, já que punia uma conduta que não lesava ou ameaçava lesar qualquer bem jurídico protegido pelo estado.

Entretanto, Nucci (2013) observa a contradição que existia no tipo penal em tela, já que admitia a possibilidade de alguém trabalhar regularmente durante toda a semana e, nos finais de semana, sair pelas ruas pedindo esmolas, a fim de ganhar mais dinheiro, ou seja, por simples ambição.

Da mesma forma, o autor assevera sobre a inaplicabilidade das causas de aumento de pena previstas no parágrafo único do Art. 60, mesmo que ainda vigente a contravenção. Sobre o modo vexatório, explica que é inevitável certo grau de vexame a quem dá a esmola, já que o intuito do mendigo é justamente excitar a compaixão alheia. Acerca do modo ameaçador, entende que quem pratica a mendicância, ao ameaçar alguém, será enquadrado em uma infração penal mais grave, como ameaça, extorsão ou roubo. Já no que toca ao modo fraudulento, ensina que sua aplicação geraria *bis in idem*, já que exigiria que o mendigo agisse de forma “ética”, isto é, dissesse ao passante que deseja auferir um óbolo por ser vadio ou ambicioso. O mesmo é aplicável à possibilidade de mendicância mediante simulação de moléstia ou deformidade, que nada mais é do que um modo fraudulento. Por fim, sobre a mendicância em companhia de alienado ou de menor

de dezoito anos, aduz que já existe a figura típica do Art. 247, IV, do Código Penal, a punir tal conduta (NUCCI, 2013).

Nesse norte, Moreira (2009) ressalta que submeter criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância a vexame ou a constrangimento é crime previsto no Art. 232 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

4. 3 A Lei das Contravenções Penais à luz dos princípios da intervenção mínima e da insignificância

Não obstante algumas contravenções penais tenham assumido a condição de crime, ao passo que outras foram revogadas, a grande maioria dos tipos contravencionais permanece em vigor.

A dúvida é se, afinal, passados quase oitenta anos de sua publicação, o Decreto-Lei nº 3.688/41 continua sendo aplicável. Para tal, faz-se necessário a observação da lei à luz dos princípios da insignificância e principalmente da intervenção mínima.

Primeiramente, cumpre ressaltar as principais inovações trazidas pela Lei nº 9.099/95, que causou profundas mudanças no processamento das contravenções.

O referido diploma legal instituiu o Juizado Especial Criminal, competente para julgar as infrações de menor potencial ofensivo, que são as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 anos, cumulada ou não com multa.

Sendo assim, salienta Tourinho Filho (2011) que o Juizado Especial Criminal tem competência para julgar toda e qualquer contravenção, independentemente da pena a ela cominada.

A aludida lei possibilitou à Polícia Civil, outrossim, a lavratura de termo circunstanciado para infrações de menor potencial ofensivo, sem a necessidade de instauração de inquérito policial. Assim, no termo circunstanciado, basta que a autoridade policial qualifique os envolvidos e eventuais testemunhas (se possível com a indicação do número de seus telefones), um termo com as suas versões do fato e o compromisso que as partes assumiram de comparecer perante o Juizado, somente requisitando exames periciais se houver necessidade (TOURINHO FILHO, 2011).

Ademais, a Lei nº 9.099/95 prevê, anteriormente à propositura da ação penal, a designação de audiência preliminar, na qual será possível a composição

cível da vítima e autor do fato e, restando esta inexitosa, poderá o Ministério Público, não sendo caso de arquivamento, oferecer a transação penal ao autor do fato, desde que não seja observada uma das situações previstas no Art. 76:

[...] § 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;

III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida. [...].

Nesse tocante, explica Tourinho Filho (2011) que a vítima poderá recusar a proposta de reparação civil formulada pelo autor do fato, bem como fazer contraproposta ou divergir da manifestação conciliatória do Juiz. Quanto à proposta de transação penal pelo Ministério Público, assevera o autor que, não obstante o texto legal use a expressão “poderá”, esta deve ser entendida como “deverá”, já que, uma vez preenchidos os requisitos subjetivos e objetivos da lei, não pode o Promotor de Justiça optar por oferecer a denúncia ao invés do benefício penal.

Cabe destacar, outrossim, o instituto despenalizador da suspensão condicional do processo, que será, por ocasião de oferecimento da denúncia, proposta ao autor que preencher os seguintes requisitos:

1) a pena mínima cominada ao crime não pode ultrapassar um ano; 2) não pode haver em relação ao réu outro processo em curso; 3) inexistência de condenação anterior por outro crime; e 4) a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, autorizem a concessão do benefício (TOURINHO FILHO, 2011, p. 226).

Saliente-se, ainda, que a suspensão condicional do processo é um *sursis* antecipado e que, embora a redação do Art. 89 da Lei nº 9.099/95 use a expressão “crime”, é cabível também para contravenção penal. Ainda, enquanto na transação é imposta ao autor do fato uma multa ou uma medida restritiva de direitos, na suspensão condicional do processo não há isso, mas apenas a promessa de cumprimento de algumas condições que podem ser impostas (TOURINHO FILHO, 2011).

A partir de tais alterações, diminuíram-se mais ainda as diferenças entre crime e contravenção penal.

Nesse norte, como assevera Nucci (2013), o que importa é verificar se a

infração penal é de menor potencial ofensivo ou não. Em hipótese positiva, em caso de flagrante, não se lavra o auto de prisão em flagrante, mas apenas um termo circunstanciado, liberando-se a pessoa detida. Dessa forma, pouco importa se está a se tratar de crime ou contravenção.

Contudo, cabe ressaltar que o Art. 41 da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06) determina o seguinte: “Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995”.

Sobre o assunto, segundo Porto (2014), a doutrina tem sustentado que às contravenções penais podem ser aplicados os benefícios e o rito da Lei nº 9.099/95, uma vez que o Art. 41 da Lei Maria da Penha determinou seu afastamento apenas em relação aos crimes, nada referindo quanto às contravenções, não se podendo estender a vedação a estas, sob pena de analogia *in malam partem*, expressamente vedada em nosso ordenamento jurídico.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Habeas Corpus 106212, desaconselhou uma interpretação gramatical do Art. 41 da Lei Maria da Penha e enfatizou a opção por uma hermenêutica teleológica, asseverando que o dispositivo em tela alcança toda e qualquer prática delituosa contra a mulher, até mesmo quando consubstanciada contravenção penal, como é a relativa a vias de fato (PORTO, 2014).

O entendimento da Suprema Corte atualmente é aplicado na maior parte dos casos, não sendo raros os casos de discussões em tribunais superiores sobre processos criminais envolvendo contravenções penais. É, aliás, no âmbito da Lei Maria da Penha onde reside atualmente o maior número de ações envolvendo os “delitos anões”, já que, geralmente, os processos são findados sem que sequer haja sentença, em função dos institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95 aplicados a casos que não envolvam violência doméstica e familiar.

A título de exemplo, colaciona-se o seguinte julgamento do HABEAS CORPUS 131.160, de caso de discussão acerca de contravenção penal que alcançou a instância do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2016, <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>):

PENAL. HABEAS CORPUS. CONTRAVENÇÃO PENAL. VIAS DE FATO (ART. 21 DO DECRETO LEI 3.688/1941). VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA CORPORAL. VIABILIDADE. ART. 44, I, DO CÓDIGO PENAL. IMPOSIÇÃO DAS RESTRIÇÕES DO ART. 17 DA LEI 11.340/2006. [...]. 1. É viável a

conversão da pena privativa de liberdade por restritiva de direito nos moldes previstos no art. 17 da Lei Maria da Penal aos condenados pela prática da contravenção penal de vias de fato, por se tratar de modalidade de infração penal não alcançada pelo óbice do inciso I do art. 44 do Código Penal [...], o paciente foi condenado à pena de 20 dias de prisão, no regime aberto, pela prática da contravenção prevista no art. 21 do Decreto-Lei 3.688/41 contra pessoa com quem manteve relacionamento amoroso, razão pela qual o Tribunal de Justiça substituiu a pena corporal por restritiva de direito. [...] (Grifo original).

A partir disso, observa-se que não pequena é a quantidade de ações, envolvendo contravenções penais, que atingem a seara do Supremo Tribunal Federal. O Relatório Justiça em Números 2016 do Conselho Nacional de Justiça demonstra que, nos Juizados Especiais da Justiça Comum, o assunto “Contravenções Penais” foi o 14º com maior número de ingressos de ações no ano de 2015, com 88.818 demandas, o que representa 1,52% de todos os processos dos juizados especiais.

Diante de tais dados, surge o questionamento: há necessidade de sobrecarregar ainda mais o Poder Judiciário com casos dotados de mínima lesividade jurídica?

Assim, tendo em mente o princípio da intervenção mínima e da insignificância, cumpre serem analisados alguns tipos contravencionais.

De início, traz-se à baila o Art. 39 do Decreto-Lei nº 3.688/41:

Participar de associação de mais de cinco pessoas, que se reunam periodicamente, sob compromisso de ocultar à autoridade a existência, objetivo, organização ou administração da associação:

Pena – prisão simples, de um a seis meses, ou multa, de trezentos mil réis a três contos de réis.

§ 1º Na mesma pena incorre o proprietário ou ocupante de prédio que o cede, no todo ou em parte, para reunião de associação que saiba ser de caráter secreto.

§ 2º O juiz pode, tendo em vista as circunstâncias, deixar de aplicar a pena, quando lícito o objeto da associação.

Como se vê, o tipo contravencional em apreço não se coaduna com a Constituição Federal de 1988, já que esta, em seu Art. 5º, determina o seguinte:

[...] XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;

XVIII - a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento;

XIX - as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado; [...].

A partir de tais direitos fundamentais, conclui-se que o Art. 39 da Lei das Contravenções Penais não foi recepcionado pela Carta Maior. Isso porque a liberdade de associação é plena, desde que para fins lícitos, não havendo sequer necessidade de licença estatal para sua criação. A não ser que se verifique ter sido a associação criada para o fim de cometer crimes, caso em que a Justiça Criminal deverá intervir, punindo os criminosos nos termos do Art. 288 do Código Penal (NUCCI, 2013).

Outra contravenção a merecer destaque é a do Art. 42 do diploma legal em estudo, que prevê pena de prisão simples, de 15 dias a 3 meses, ou multa, a quem perturbar o trabalho ou o sossego alheios, com gritaria ou algazarra; exercendo profissão incômoda ou ruidosa, em desacordo com as prescrições legais; abusando de instrumentos sonoros ou sinais acústicos; ou provocando ou não procurando impedir barulho produzido por animal de que tem guarda.

Para Nucci (2013), a existência de tal tipo penal ignora os princípios da intervenção mínima, subsidiariedade e fragmentariedade, pois a punição na esfera administrativa ou civil é mais que suficiente para a ocasião de alguém perturbar o trabalho ou o sossego de outrem. Defende o autor que as Prefeituras Municipais possuem condições de manter um corpo de fiscalização para controlar o abuso na utilização de aparelhos sonoros ou na produção de ruídos, a fim de manter a tranquilidade social.

Nesse sentido, a fiscalização municipal se mostra muito mais eficiente que a Polícia, pois causa maior temor que esta àquele que promove a barulheira:

Chamar a polícia, nos dias de hoje, para controlar o latido de um cachorro (art. 42, IV, desta Lei) é o ápice da *intervenção máxima* do Direito Penal na vida privada do cidadão. Aliás, somente com muita sorte será o reclamante atendido, pois tanto a Polícia Militar quanto a Civil têm ocorrências gravíssimas para atender o tempo todo (roubos, homicídios, estupros, seqüestros, extorsões etc.). Recentemente, o Supremo Tribunal Federal, em uma de suas Turmas, reuniu-se para debater a ocorrência da contravenção descrita neste artigo, chegando à conclusão de não ter havido a infração penal, pois a barulheira não atingira a coletividade. Cuidava-se de uma briga de vizinhos (HC 85.032-RJ, 2ª T., rel. Gilmar Mendes, 17.05.2005, v. u.) Com a devida vênia, não nos parece matéria nem para a Justiça Criminal e muito menos para a Suprema Corte ter interesse em analisar (NUCCI, 2013, p. 159). (Grifo original).

Percebe-se, dessa forma, que a Justiça Criminal deve se preocupar com infrações que realmente lesem a paz social, não podendo intervir em cada ocorrência que fuja aos bons costumes e ao decoro social.

Cabe, ainda, uma análise do seguinte artigo da Lei das Contravenções Penais:

Art. 59. Entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover à própria subsistência mediante ocupação ilícita:
 Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses.
 Parágrafo único. A aquisição superveniente de renda, que assegure ao condenado meios bastantes de subsistência, extingue a pena.

Nucci (2013) tece duras críticas a esse tipo penal. Alega que ser vadio ou ocioso faz parte da liberdade de expressão de qualquer indivíduo e que o Estado não deve intervir nessa esfera, uma vez que vivemos em um Estado Democrático de Direito, e não em um estado totalitário, conforme o Art. 1º da Constituição Federal. Defende, outrossim, que esse tipo penal consagra a desigualdade social, pois pretende punir o vadio que não possui renda, ao passo que aquele que nasceu rico e é ocioso a vida toda, sendo sustentado por seus familiares, não está sujeito a qualquer sanção penal. Sustenta, ainda, que há incompatibilidade com a contravenção em apreço com o texto constitucional, pois este prevê, em seu Art. 6º, que todos têm direito ao trabalho, não podendo esse direito ser visto como obrigação, que é o que pressupõe o Art. 59 da Lei das Contravenções Penais.

Igualmente, Moreira (2009) salienta que, mesmo que muitas contravenções como a vadiagem e a já revogada mendicância possam ser a “porta para o crime”, o Estado não pode punir alguém por conta de uma mera possibilidade ou suposição. Ou seja, para que se possa efetivamente retirar a liberdade de alguém, é preciso que a lesão ao bem jurídico seja concreta, e não mera especulação.

Assim, por mais que se entregar à vadiagem seja moralmente reprovável, não pode o Estado interferir em tal circunstância, muito menos através do Direito Penal, punindo alguém sob mera presunção de sua periculosidade.

Para arrematar, a tratar da Lei das Contravenções Penais à luz do princípio da intervenção mínima, Nucci (2013, p. 112) assevera:

Seus tipos penais são, na maioria absoluta, ultrapassados, vetustos e antidemocráticos. Promovem formas veladas de discriminação social e incentivam a cizância dentre pessoas, que buscam resolver seus problemas cotidianos e superficiais, no campo penal. Pensamos que não haveria nenhum prejuízo caso houvesse a simples revogação da Lei das 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 [...].

5 CONCLUSÃO

O estudo da Lei das Contravenções Penais, consoante já exposto, teve como principal questionamento a sua aplicabilidade no ordenamento jurídico contemporâneo. Pesquisou-se, para isso, a história do Direito Penal, bem como seus princípios, objetivos e os bens jurídicos que visa proteger. Abordou-se, também, brevemente, o contexto histórico que atravessava o Brasil quando da publicação do Decreto-Lei, de forma a ajudar a entender por que os tipos contravencionais foram criados. Para verificar a aplicabilidade das contravenções, utilizou-se a doutrina e a jurisprudência atualizada.

Destaca-se a importância do estudo desse tema, especialmente porque trata de um princípio fundamental do Direito Penal, a intervenção mínima. Na elaboração do presente trabalho, observou-se ser um assunto pouco abordado, não havendo muitas obras doutrinárias a tratar especificamente de contravenções penais.

Nesse diapasão, no primeiro capítulo foram apontados os principais aspectos do Direito Penal. Verificou-se que esse ramo jurídico existe para proteger a paz social, utilizando-se para isso da coerção estatal, e que tem como finalidade tutelar bens jurídicos considerados importantes para a sociedade. Abordou-se, outrossim, a evolução histórica do Direito Penal, restando claro que, nos primórdios, o estado intervia bem mais na vida da sociedade, intervenção que foi diminuindo através dos tempos, de modo geral. Estudou-se, ainda, os princípios da ciência penal, com destaque para os princípios da insignificância, da intervenção mínima e da fragmentariedade.

A seguir, no segundo capítulo, abordou-se o contexto histórico da época de decretação e publicação da Lei das Contravenções Penais, verificando-se que se passava por uma ditadura repressiva e extremamente intervencionista, que inclusive fiscalizava as notícias que deveriam ser publicadas pela imprensa. Também foi realizado o estudo da evolução dos conceitos de crime e contravenção penal, restando claro que o que os difere é uma questão meramente quantitativa, sendo ambos um fato típico, antijurídico e culpável.

No terceiro capítulo, finalmente, discutiu-se o cerne do presente trabalho, isto é, se a Lei das Contravenções Penais encontra amparo no atual ordenamento jurídico e especialmente à luz da Constituição Federal de 1988. Observou-se que, embora algumas contravenções tenham virado crimes e outras tenham sido revogadas, permanecem vigentes diversos tipos penais do Decreto-Lei nº 3.688/41.

Diante do estudo realizado, pode-se chegar à conclusão de que a Lei das Contravenções Penais não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, pois, das contravenções ainda em vigor, constatou-se que boa parte não se coaduna com o texto constitucional. Isto é, não observa os princípios da igualdade e da liberdade e o fundamento da dignidade da pessoa humana.

Conforme já abordado no desenvolvimento do presente trabalho, o Estado deve intervir na vida dos administrados apenas quando necessário. Outrossim, a instância penal deve ser a última a ser utilizada, já que lida com direitos fundamentais, mormente a liberdade. Por conta disso, se o Direito Civil, Administrativo ou qualquer outro ramo jurídico for suficiente para prevenir determinado comportamento indesejado pela sociedade, deve ser este aplicado em detrimento do Direito Penal.

Ademais, o Estado não deve punir as condutas dotadas de mínima reprovabilidade, como são as contravenções penais em sua grande parte.

Destarte, o Direito Administrativo revela-se como solução para a grande maioria das contravenções penais existentes, pois, com efeito, observa-se que, atualmente, as sanções administrativas para infrações de trânsito representam maior coercitividade aos infratores do que as previstas na esfera penal. Isso porque, na maioria dos casos, estes nem chegam a ser processados, já que abrigados pelos institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95, mas não deixam de receber severas penalidades administrativas, que incluem multas em vultuosos valores e a cassação da Carteira Nacional de Habilitação.

Nessa esteira, não há sentido em movimentar a Polícia, o Ministério Público e o Poder Judiciário para resolver uma briga entre vizinhos ou para controlar o latido de um cachorro, quando isso pode ser sanado de maneira muito mais ágil e efetiva pelo órgão de fiscalização das Prefeituras do Municipais.

Além disso, cumpre ressaltar que a sociedade brasileira viveu uma grande mudança de valores e paradigmas em relação ao panorama vivido na década de 1940, muito em função da globalização, da evolução do grau de instrução da população e, principalmente, pela transição ao Estado Democrático de Direito no qual atualmente vivemos. Dessa forma, o Estado autoritário daquela época não pode mais subsistir em nosso ordenamento jurídico, ditando sobre como deve ser o modo de vida da sociedade.

Também se deve levar em conta que o Direito Penal é visto atualmente com descrédito perante a sociedade. Tal condição poderia ser amenizada se a instância

penal fosse utilizada apenas para punir condutas que realmente causem danos a bens jurídicos relevantes. Não sendo assim, estar-se-ia mantendo na Justiça Criminal um grande número de demandas desnecessárias e inócuas. Mais, estar-se-ia prosseguindo com o desprestígio do Direito Penal diante da sociedade, que está cansada de ver a impunidade dos criminosos e a morosidade da Justiça Criminal.

Tal panorama deve ser alterado, evidentemente, através de políticas públicas, especialmente na área da educação e da assistência social. Mas uma reforma penal, que inclui a revisão do Decreto-Lei nº 3.688/41, também é importante para que a Polícia e a Justiça Criminal sejam mais ágeis e competentes na investigação e punição dos infratores.

Diante de todo o exposto, entendo que não deve mais o Estado intervencionista da década de 1940 subsistir em nosso atual ordenamento jurídico. Por ferir os princípios da intervenção mínima, da insignificância e da fragmentariedade do Direito Penal, e, mais ainda, por ser contrário à dignidade da pessoa humana e aos princípios da isonomia e liberdade previstos na Constituição Federal de 1988, urge a revisão da Lei das Contravenções Penais, cumprindo revogar-se a maior parte dos tipos contravenacionais nela previstos.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

_____. Código Penal (1940). *Código Penal Brasileiro*. Brasília, DF: Senado Federal, 1940.

_____. Código de Processo Penal (1941). *Código de Processo Penal*. Brasília, DF: Senado Federal, 1941.

_____. Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941. Lei das Contravenções Penais. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 3 out. 1941. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3688.htm>. Acesso em: 16 maio 2017.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 16 jul. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 16 maio 2017.

_____. Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 24 set. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9503Compilado.htm>. Acesso em: 16 maio 2017.

_____. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 13 fev. 1998. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm>. Acesso em: 16 maio 2017.

_____. Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 23 dez. 2003. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.826compilado.htm>. Acesso em: 16 maio 2017.

_____. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 8 ago. 2006. Disponível em:

<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em: 19 maio 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 131.160*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11975334>>. Acesso em: 19 maio 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial Nº 1.633.335 - SP*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/deciso/es/doc.jsp?livre=dire%E7%E3o+perigosa+contraven%E7%F5es&b=DTXT&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2#DOC2>>. Acesso em: 12 jun. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação-Crime nº 71006490551*. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D71006490551%26num_processo%3D71006490551%26codEmenta%3D7196044+porte+de+arma+branca+contraven%C3%A7%C3%A3o+penal++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=71006490551&comarca=Comarca de Santana do Livramento&dtJulg=27/03/2017&relator=Luiz Ant%C3%B4nio Alves Capra&aba=juris>. Acesso em: 16 maio 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação-Crime nº 71004598785*. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D71004598785%26num_processo%3D71004598785%26codEmenta%3D5564637+porte+de+arma+branca+contraven%C3%A7%C3%A3o+penal++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=71004598785&comarca=Comarca de Santa Maria&dtJulg=25/11/2013&relator=Edson Jorge Cechet&aba=juris>. Acesso em: 16 maio 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação-Crime nº 71006343743*. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D71006343743%26num_processo%3D71006343743%26codEmenta%3D7196051+dire%C3%A7%C3%A3o+perigosa+contraven%C3%A7%C3%B5es+penais++++&proxystylesheet=tjrs_index&ie=UTF-8&client=tjrs_index&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=71006343743&comarca=Comarca %20de%20Restinga%20Seca&dtJulg=27/03/2017&relator=Luiz %20Ant%C3%B4nio%20Alves%20Capra&aba=juris>. Acesso em: 16 maio 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação-Crime nº 71004491411*. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D71004491411%26num_processo%3D71004491411%26codEmenta%3D5457322+crudade+animais+contraven%C3%A7%C3%B5es+penais++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8>.

8&site=ementario&access= p&oe=UTF-8&numProcesso=71004491411&comarca=Comarca%20de%20Barra% 20do%20Ribeiro&dtJulg=16/09/2013&relator=Edson% 20Jorge%20Cechet&aba=juris>. Acesso em: 16 maio 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação-Crime nº 70034996439*. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70034996439%26num_processo%3D70034996439%26codEmenta%3D3898325+crudade+animais+contraven%C3%A7%C3%B5es+penais++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access =p&oe=UTF-8&numProcesso=70034996439&comarca=Comarca%20de%20Estrela &dtJulg=11/11/2010&relator=Constantino%20Lisb%C3%B4a%20de%20Azevedo&aba=juris>. Acesso em: 16 maio 2017.

_____. *Justiça em números 2016: ano-base 2015/Conselho Nacional de Justiça*. Brasília: CNJ, 2016.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Legislação penal especial*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

HENRIQUES, Affonso. *Ascensão e queda de Getúlio Vargas*. Rio de Janeiro: Record, 1966.

JESUS, Damásio de. *Direito penal*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Lei das Contravenções Penais anotada: Decreto-lei n 3.688, de 3-10-1941*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LAVORENTI, W.; SILVA, J. G.; BONINI, P. R. *Leis penais especiais anotadas*. 12. ed. Campinas: Millennium Editora, 2011.

LOPEZ, A.; MOTA, C. G. *História do Brasil: uma interpretação*. 3. ed. São Paulo: Editora Senac São Paulo, 2012.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal: parte geral*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. *O fim da contravenção de mendicância*. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1591145/o-fim-da-contravencao-de-mendicancia>>. Acesso em: 17 maio 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PIEIDADE JÚNIOR, Heitor. *1.000 perguntas: contravenções penais*. Rio de Janeiro: Rio, 1983.

PIERANGELLI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. Bauru, São Paulo: Javoli, 1980.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PRUDENTE, Neemias. *Principais mudanças e polêmicas: projeto de novo código penal (pls 236/2012)*. Disponível em: <<http://neemiasprudente.jusbrasil.com.br/Art.s/121942830/principais-mudancas-e-polemicas-projeto-de-novo-codigo-penal-pls-236-2012>>. Acesso em: 31 out. de 2016.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.