

# DIREITO PENAL MÍNIMO: A NECESSÁRIA REVOGAÇÃO DA LEI DAS CONTRAVENÇÕES PENAIS

Eriberto Cordeiro Amaral<sup>1</sup>  
Paulo Fernando Bezerra Cesar Júnior<sup>2</sup>

Direito



ISSN IMPRESSO 1980-1785  
ISSN ELETRÔNICO 2316-3143

## RESUMO

O presente trabalho se propõe a discutir o Decreto-Lei nº 3.688/1941- A Lei das Contravenções Penais - sob a égide do Direito Penal Mínimo, sustentando, sobretudo, a possibilidade de revogação do referido ato normativo como forma de ressaltar o caráter subsidiário do Direito Repressivo, bem como a observância e aplicação dos demais princípios informadores que deveriam lhe servir de base. Este artigo se embasa em refinada pesquisa bibliográfica a cerca do garantismo penal, bem como dados estatísticos extraídos da internet, ao tempo em que também contempla uma análise dos institutos da referida lei em confronto com os postulados que regem o Direito Penal.

## PALAVRAS-CHAVE

Lei das Contravenções Penais. Direito Penal Mínimo. Princípios Informadores.

## ABSTRACT

The present work aims at discussing the Decree-Law n. 3.688/1941 - The Criminal Misdemeanor Law – under the aegis of Minimal Penal Law, primarily supporting the possibility of the revocation of the referred normative act as a way of highlighting the subsidiary character of the Repressive Law, as well as the observance and application of the other informative principles, that should serve as its basis. This article is based on a refined bibliographical research about the *garantism penal*, as well as on statistical data collected from the internet. At the same time, it also contemplates an analysis of the institutes of the referred above mentioned Law, as it confronts the postulates that guide the Penal Law.

## KEYWORDS

Criminal Misdemeanor Law. Minimal Penal Law. Informative Principles.

## 1 INTRODUÇÃO

O Direito Penal, sabidamente, se presta ao fim de resguardar os bens jurídicos que se revestem de maior importância para sociedade, algo que em sede doutrinária se convencionou denominar Princípio da Intervenção Mínima. Importa ressaltar, contudo, que a legislação penal conta com outros princípios igualmente significativos, é dizer: o Princípio da Lesividade, ou seja, é proibido incriminar condutas que não ultrapassem o âmbito do próprio agente e, por consequência, não cause prejuízos a outrem; Princípio da Adequação Social, que sugere a ideia de não se proibir comportamentos tolerados pela sociedade e, por último, vale consignar que a lei penal tem um caráter subsidiário, de modo que sua aplicação só se justifica em circunstâncias que dela não se pode prescindir.

Tendo em vista esse panorama, o legislador não poderia proibir ou impor condutas sob ameaça de sanção penal sem que antes fosse precedida de minuciosa análise sob a ótica desses referidos princípios. Ademais, é recomendável que o Poder Legislativo da União, a quem compete legislar sobre matéria penal, possa – de tempos em tempos – revogar leis que outrora eram necessárias, entretanto não mais o são, bem como aquelas que se tornaram obsoletas com o avanço da sociedade e das ciências, afinal o Direito é marcado por intenso dinamismo. Vale salientar que tanto para fins de criação quanto de revogação das leis, deve o legislador utilizar-se dos mesmos princípios.

O Direito Penal Mínimo surge, portanto, como alternativa viável para o Estado cumprir melhor os fins a que se propõe, uma vez que essa vertente preza pela observância e cumprimento do que determina os princípios informadores e, com isso, nutre a legítima pretensão de fazer com que a lei repressiva incida tão somente sobre

os casos mais relevantes, colocando, pois, luzes na sua natureza fragmentária. Logo, conflitos de somenos importância seriam remetidos para outras searas do direito (ex.: civil, administrativo), de maneira que a Justiça Criminal juntamente com todo o aparato de persecução criminal se dedicaria a apurar e julgar as causas que atingem profundamente os interesses da sociedade.

A Lei das Contravenções Penais (Decreto-Lei 3.688/1941- LCP), por exemplo, deveria ser extinta do ordenamento jurídico, porquanto está permeada por uma série de infrações penais desimportantes que afrontam em vários momentos o princípio da *ultima ratio*. Os adeptos da corrente minimalista do Direito Penal, entre eles Rogério Greco, concordam que a revogação da LCP iria inaugurar o processo de deflação legislativa no Brasil, isto é, a ideia oposta à criação desenfreada de tipos penais que lamentavelmente têm como causa conveniências políticas e eleitoreiras.

Diante do exposto, considerando ainda que o Direito Penal se revele como manifestação mais violenta do Estado e que o seu processo faz recair sobre o acusado um estigma que irá acompanhá-lo pelo resto da sua vida, é de bom alvitre e se mostra factível uma reforma na legislação penal no sentido de estreitar o seu âmbito de incidência, a começar pela ab-rogação da Lei das Contravenções penais.

## 2 CLASSIFICAÇÃO DAS INFRAÇÕES PENAIS QUANTO A SUA GRAVIDADE

O Estado, como é cediço, com o propósito de viabilizar a convivência em sociedade, se investiu da atribuição de compor em caráter definitivo toda sorte de conflitos de interesse que, eventualmente, fossem submetidos à sua apreciação por intermédio, vale dizer, da sua função jurisdicional.

Ao Poder Judiciário compete, portanto, o dever de aplicar o direito ao caso concreto, dando a cada um aquilo que lhe é devido. No que diz respeito, notadamente, aos conflitos de natureza penal, nos quais figuram de um lado, a pretensão punitiva estatal e do outro, o interesse do réu em não ser condenado, o judiciário se utiliza, para tanto, do Direito Penal Objetivo que consiste no conjunto de normas que definem as infrações penais e comina as suas respectivas sanções. O Direito Penal Subjetivo, por seu turno, se consubstancia no direito de punir – *jus puniendi* – que assiste ao Estado toda vez que alguém pratica um crime ou contravenção.

Diante do panorama apresentado, é imperativo ressaltar a diferença entre os conceitos de infração penal, crime e contravenção, posto que cada termo técnico desse possui um sentido distinto. Infração penal, em apertada síntese, é o gênero do qual são espécies os crimes e as contravenções, de maneira que aquele termo não raras vezes é empregado, genericamente, pelos operadores do direito quando querem se referir a qualquer das modalidades de ilícito penal supramencionadas.

No tocante aos crimes e contravenções, importa dizer que inexiste, a priori, diferença axiológica entre ambas, em que pese estejam divididas em categorias diversas de um mesmo núcleo, em outras palavras, ambas gozam da mesma estrutura. Haja vista esse fato, a doutrina, para fins meramente didáticos, aponta algumas distinções entre esses tipos de infração, tendo sempre como base o que dispõe a Lei das Contravenções Penais (Decreto-Lei nº 3.688/1941), quais sejam:

As contravenções somente se procedem mediante ação penal pública incondicionada (art. 17), na medida em que os crimes podem ser apurados por meio de ação penal de iniciativa pública condicionada ou ação penal de iniciativa privada.

Nas contravenções não se pune a tentativa (art.4º), ao contrário do que acontece com os crimes.

O processamento e julgamento das contravenções competem, via de regra, apenas a Justiça Estadual, ao passo que em relação aos crimes, com frequência, tanto pode ser a Justiça Estadual como a Federal.

No entendimento do jurista Nelson Hungria, a contravenção é um "crime-anão", com isso quer dizer que se trata de uma infração que agride bens jurídicos de some-nos importância para sociedade, o que se corrobora, por exemplo, pelo *quantum* e pela natureza das penas previstas a esta.

Ainda, sustenta o autor Rogério Greco (2013, p. 139),

Na verdade, não há diferença substancial entre contravenção e crime. O critério de escolha dos bens que devem ser protegidos pelo Direito Penal é político, da mesma forma que é política a rotulação da conduta como contravencional ou criminosa. O que hoje é considerado crime amanhã poderá vir a tornar-se contravenção e vice-versa.

Pelo exposto, percebe-se que não resta alternativa mais segura ao operador do direito, a fim de estrear uma espécie de infração da outra, que não seja efetivamente recorrer ao que dispõe a Lei das Contravenções Penais, assim como o Código Penal, diplomas estes que fornecem critérios suficientes para tal mister.

### 3 CONCEITOS PREPONDERANTES DE CRIME

O conceito de crime pode ser vislumbrado a partir de várias perspectivas, uma vez que a lei penal não se encarregou de delimitar em termos precisos o que viria a sê-lo, razão pela qual essa tarefa foi relegada ao plano doutrinário que, ao

longo dos anos, nos ofereceu três importantes conceitos a respeito do crime, a saber: o formal, o material e o analítico.

Crime, à luz de um critério meramente formal, seria toda conduta que transgredisse a lei penal, afrontando, portanto, a autoridade do Estado.

Já o crime analisado sob o pálio do critério material, se traduziria como a conduta que, efetivamente, lesa ou expõe a perigo de lesão os bens jurídicos mais relevantes tutelados pela lei penal.

No que diz respeito ao conceito mais completo de crime, é dizer, o analítico ou tripartite – que goza de primazia na doutrina – vale consignar a lição de Assis Toledo:

Substancialmente, o crime é um fato humano que lesa ou expõe a perigo bens jurídicos (jurídico-penais) protegidos. Essa definição é, porém, insuficiente para a dogmática penal, que necessita de outra mais analítica, apta a pôr à mostra os aspectos essenciais ou os elementos estruturais do conceito de crime. E dentre as várias definições analíticas que têm sido propostas por importantes penalistas, parece-nos mais aceitável a que considera as três notas fundamentais do fato-crime, a saber: ação típica (tipicidade), ilícita ou antijurídica (ilicitude) e culpável (culpabilidade). O crime, nessa concepção que adotamos, é, pois, ação típica, ilícita e culpável. (TOLEDO, 1994, p. 80).

Releva proceder à análise da estrutura do delito como um todo, pois é a partir dessa atitude que o operador do direito consegue visualizar em que ocasiões determinados princípios informadores do Direito Penal encontram incidência. Exemplo do que acontece quando alguém comete um crime contra o patrimônio cujo objeto é de pouca monta, algo que traz à baila o Princípio da Insignificância e que pode, eventualmente, conduzir o operador do direito ao reconhecimento da atipicidade material do fato.

Segundo Greco (2015, p. 101): “por tipicidade material deve-se entender o critério por meio do qual o Direito Penal afere a importância do bem no caso concreto”. Toda essa observação é feita no âmbito da tipicidade, que é um dos substratos do elemento fato típico que compõe o conceito analítico de crime.

Corroborando o entendimento acima exposto, Hans Welzel (APUD GRECO, 2013, p.137) preleciona:

A tipicidade, antijuridicidade e a culpabilidade são três elementos que convertem uma ação em um delito. A culpabilidade – a responsabilidade pessoal por um fato

antijurídico – pressupõe a antijuridicidade do fato, do mesmo modo que a antijuridicidade, por sua vez, tem de estar concretizada em tipos legais. A tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade estão relacionadas logicamente de tal modo que cada elemento posterior do delito pressupõe o anterior.

## **4 PRINCÍPIOS INFORMADORES DO DIREITO PENAL APLICADOS AO DECRETO-LEI Nº 3.688, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941**

### **4.1 PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA**

Conforme dito alhures, a vista de que o Direito Penal lida com o *jus libertatis* do cidadão, é de suma importância que esse ramo do ordenamento jurídico esteja fundamentalmente pautado em princípios que, a rigor, servem para chamar a atenção do legislador para as verdadeiras preocupações do seu objeto. Razão pela qual abordaremos, nesse tópico, apenas os princípios que se destinam a atividade legislativa.

Nessa dinâmica, o Princípio da Intervenção Mínima se apresenta como a linha mestra relativamente aos demais, posto que encerra a noção de que o Direito Penal somente deve atuar para proteger os bens jurídicos mais importantes para a manutenção da vida em sociedade. É a partir desse entendimento tão trivial para os estudiosos das ciências jurídicas, que o eminente jurista italiano Luigi Ferrajoli (2002, p. 575) aponta a necessidade de se abolir as contravenções penais, justamente porque são contrárias a essa lógica primária na qual se fundamenta o direito de punir estatal: “Um redimensionamento do direito penal deveria ser precedido, ao menos, da despenalização de todas as contravenções, compreendidas aquelas punidas com a prisão, assim como de todos os delitos punidos com multa mesmo se em alternativa à reclusão”.

Nesse sentido também se posiciona Guilherme de Souza Nucci (2008, p. 140):

A norma penal incriminadora, impositiva de sanção, deve ser a *ultima ratio*, ou seja, a última hipótese que o Estado utiliza para punir o infrator da lei. Logo, o caminho ideal é a busca da descriminalização, deixando de considerar infração penal uma série de situações ainda hoje tipificadas como tal. Exemplo maior do que nós defendemos é a Lei das Contravenções Penais. Seus tipos penais são, na maioria absoluta, ultrapassados, vetustos e antidemocráticos. Promovem formas veladas de discriminação social e incentivam a cizânia dentre pessoas, que buscam resolver seus problemas cotidianos e superficiais, no campo penal. Pensamos que não haveria nenhum prejuízo se houvesse a simples revogação da Lei das Contravenções

Penais, transferindo para o âmbito administrativo determinados ilícitos e a sua punição, sem que se utilize da Justiça Criminal para compor eventuais conflitos de interesses, como, por exemplo, uma ínfima contrariedade entre vizinhos porque um deles está com um aparelho sonoro ligado acima do permitido (art. 42, III, LCP).

Ora, se são infrações insignificantes, ou, delitos liliputianos, crimes vagabundos, como se refere parte da doutrina, não subsiste razão para que permaneçam no rol dos ilícitos penais, mas que, isto sim, sejam deslocadas para outras searas do direito. Um exemplo de clareza solar que sinaliza uma das incongruências da Lei das Contravenções Penais se encontra no seu artigo 21, que assim dispõe: “Art. 21. Praticar vias de fato contra alguém: Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa, de cem mil réis a um conto de réis, se o fato não constitui crime”.

A contravenção supramencionada se reveste de menor gravidade em comparação ao crime tipificado no artigo 129, caput, do Código Penal, qual seja: lesão corporal de natureza leve. No entanto, esse último se procede mediante representação do ofendido, enquanto que o primeiro é apurado por ação penal de iniciativa pública incondicionada, não obstante a sua pena e a magnitude do seu dolo sejam menores. Ação penal pública incondicionada para Norberto Avena: “é iniciada mediante denúncia do Ministério Público para apuração de infrações penais que interferem diretamente no interesse geral da sociedade” (AVENA, 2014, p. 230).

Carece de razoabilidade sobrelevar ao patamar de interesse geral uma infração que repercute, vale dizer, minimamente, na esfera particular do ofendido, como, por exemplo, aquele que é empurrado durante uma discussão. Frise-se, ademais, que tal contravenção comporta aplicação tanto do princípio em apreço, quanto o da insignificância. Sabemos que a integridade física é merecedora da tutela penal, entretanto, a expressividade da lesão que se quer tipificar deve ser mensurada, sob pena de violarmos aludido preceito.

## 4.2 PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE

O Princípio da Subsidiariedade surge como desdobramento lógico do Princípio da Intervenção Mínima, eis que se consolida na noção de que o Direito Penal, ao menos no plano da deontologia, tão somente poderia se manifestar nas ocasiões em que os demais ramos do direito (civil, administrativo etc.) tiverem se mostrado ineficazes para o mister de proteger determinado bem jurídico.

Tendo em vista que os princípios informadores do Direito Penal são endereçados, especialmente, aos legisladores e que a análise de apenas um deles não é suficiente para fins de tipificação de qualquer conduta que seja, pelo contrário, eles

concorrem entre si em nível de importância, sobreleva mencionar que o da subsidiariedade milita de forma acentuada em favor da revogação da Lei das Contravenções Penais, senão vejamos.

Trazemos à colação o artigo 36 do Decreto-Lei nº 3.688/1941, que assim prescreve:

Art. 36. Deixar de colocar na via pública, sinal ou obstáculo, determinado em lei ou pela autoridade e destinado a evitar perigo a transeuntes:

Pena – prisão simples, de dez dias a dois meses, ou multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.

Depreende-se a partir de uma leitura perfunctória que esse dispositivo legal vai de encontro ao princípio em estudo, vez que a segurança ou expectativa de segurança do transeunte poderia, muito bem, ser assegurada pela via do Direito Administrativo que, valendo-se do seu poder polícia, cujo um de seus atributos é a autoexecutoriedade, estaria apta, por exemplo, a sancionar a negligência do agente por meio de multa. Conforme preleciona Márcio Fernando Elias Rosa, autoexecutoriedade quer dizer: “o ato será executado diretamente pela Administração, não carecendo de provimento judicial” (ELIAS ROSA, 2013, p. 116).

O Princípio da Subsidiariedade do Direito Penal assume, sobretudo, a missão de se contrapor e – ao mesmo tempo de conter – o Movimento Lei e Ordem que é uma vertente cuja pretensão visa aumentar o campo de incidência das leis penais, a fim de alcançar até aquelas condutas menos gravosas ou que ofendem minimamente bens de terceiros.

Rogério Greco (2015, p. 16), esclarecendo ainda mais o tema, preleciona:

Assim, resumindo o pensamento de Lei e Ordem, o Direito Penal deve preocupar-se com todo e qualquer bem, não importando o seu valor. Deve ser utilizado como *prima ratio*, e não como *ultima ratio* da intervenção do Estado perante os cidadãos, cumprindo um papel de cunho eminentemente educador e repressor, não permitindo que condutas socialmente intoleráveis, por menor que sejam, deixem de ser reprimidas.

Ora, querer-se implantar aludido raciocínio nos dias atuais, significaria vulnerar todo o sistema garantista que ampara o nosso Direito Penal moderno e que encontra, inclusive, fundamento em várias disposições de cunho constitucional, sobretudo, o da dignidade da pessoa humana alçado à categoria de fundamento da República (artigo 1º, III, da CF/88).

Com pertinência Paulo de Souza Queiroz (2001, p. 125) aduz:

O Direito Penal deve ser, enfim, a extrema *ratio* e uma política social orientada para a dignificação do homem. Semelhante intervenção há de pressupor, assim, o insucesso das instâncias primárias de prevenção e controle social, família, escola, trabalho etc., e de outras formas de intervenção jurídica, civil, trabalhista, administrativa. Vale dizer: a intervenção penal quer em nível legislativo, quando da elaboração das leis, quer em nível judicial, quando da sua aplicação concreta, somente se justifica se e quando seja realmente imprescindível insubstituível.

Ao considerar o princípio em apreço como condição sem a qual o Estado não pode instituir figuras típicas, seria, pois, o caso de outros ramos do direito, que não o penal, investirem-se da atribuição de tutelar os bens jurídicos que com as contravenções penais o legislador de 1941 assim pretendeu. Tudo isso em atenção aos fins a que se presta o Direito Penal Minimalista, uma vez que abstraídas do ordenamento jurídico penal infrações de menor potencial ofensivo – como são as contravenções à luz do artigo 61 da Lei nº 9.099/1995 – o aparato de persecução criminal se dedicaria a investigar os delitos que, efetivamente, atentam contra a ordem social, ao tempo em que também minimizaria a morosidade dos julgamentos, evidenciando o princípio da economia processual.

### 4.3 PRINCÍPIO DA LESIVIDADE

Por Princípio da Lesividade ou Alteridade entende-se como aquele tendente a excluir do âmbito de incidência penal condutas que não transcendam a esfera particular do agente e que, por via de consequência, não ofendam bens jurídicos de terceiros. Sob a ótica desse princípio, várias infrações penais têm sido alvo de críticas e questionamentos pela doutrina, é dizer: o delito do porte de drogas para consumo próprio, crimes de perigo abstrato, as contravenções de vadiagem e embriaguez.

Nilo Batista (APUD GRECO, 2013, p. 51) dispõe que o aludido postulado cumpre quatro funções:

Proibir a incriminação de uma atitude interna;  
 Proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor;  
 Proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais;  
 Proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico.

A título de ilustração, ninguém pode ser punido, por exemplo, por cogitar da prática de um delito, visto que para fins de aferição da culpabilidade do agente, é necessário – via de regra – que este tenha, ao menos, ingressado na fase do *iter criminis* que diz respeito aos atos executórios.

Igualmente é descabida qualquer intromissão estatal no sentido de incriminar a conduta de uma pessoa que age de maneira nociva à sua própria vida ou saúde, tanto isso é verdade, que inexistente no Brasil crime de tentativa de suicídio, autolesão ou de dano ao próprio patrimônio.

Entretanto, nos parece que a Lei das Contravenções Penais não acompanhou essa lógica, eis que fez prever no seu artigo 62 aquilo que se chama de embriaguez escandalosa:

Art. 62. Apresentar-se publicamente em estado de embriaguez, de modo que cause escândalo ou ponha em perigo a segurança própria ou alheia:  
Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.  
Parágrafo único. Se habitual a embriaguez, o contraventor é internado em casa de custódia e tratamento.

Percebe-se, claramente, que tal disposição afronta o princípio em tela, de forma que é temerária qualquer intenção do legislador com vistas a tipificar condutas ainda que estas sejam desagradáveis a certas pessoas ou segmentos da sociedade, como é o caso daqueles que são estigmatizados por usarem drogas, ou o pior, criminalizados por serem pobres, a exemplo da vadiagem (artigo 59, do Dec-Lei nº 3.688/1941).

Em reforço ao entendimento supramencionado, a esse respeito lembramos que recentemente, com o advento da Lei nº 11.983/2009, foi-se expressamente revogada a contravenção de mendicância, inscrita no artigo 60 da LCP, porquanto considerada inconstitucional por expressiva parcela doutrinária, a vista de que a liberdade individual não poderia ser limitada injustificadamente e, com mais razão, quando não causasse nenhum dano a outrem. Logo, a vadiagem por se tratar de uma contravenção muito semelhante à mendicância deveria ser extirpada do ordenamento sob a mesma alegação, pois que tipo de pessoa seria o mendigo, senão aquela que tendo condições para o trabalho entrega-se, deliberadamente, à ociosidade?

Vejamos o que diz o artigo 59, 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.

O propósito de ambas as contravenções penais, é dizer, mendicância e vadiagem, repousava justamente no entendimento obsoleto de que as pessoas que se encontravam, vivendo nessas circunstâncias, estariam mais propensas a ingressar no mundo do crime, erigindo-se, com isso, um fidedigno direito penal do autor, não do fato, algo abominável pela doutrina.

Sobre o tema se manifestam os autores Zaffaroni e Pierangeli (1999, p. 119):

Seja qual for a perspectiva a partir de que se queira fundamentar o direito penal do autor (culpabilidade do autor ou periculosidade), o certo é que um direito que reconheça, mas que também respeite, a autonomia moral da pessoa jamais pode penalizar o 'ser' de uma pessoa, mas somente o seu agir, já que o direito é uma ordem reguladora de conduta humana.

#### 4.4 PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL

A doutrina costuma conceituar a Adequação Social como o princípio por meio do qual se impõe ao legislador o dever de não tipificar condutas que já se encontrem perfeitamente ajustadas ao convívio em sociedade. Importa ressaltar que esse postulado, também, ostenta dupla aplicação, uma vez que é servível tanto para conter a sanha legislativa no sentido de proibir ou impor condutas sob ameaça de sanção penal indevidamente, como para revogar condutas suplantadas pelos usos e costumes da população.

Cesar e Beccaria (2008, p. 19) na sua brilhante obra *Dos Delitos e Das Penas*, há tempos já alertavam sobre esse tema:

Somente a necessidade obriga os homens a ceder uma parcela de sua liberdade; disso advém que cada qual apenas concorda em pôr no depósito comum a menor porção possível dela, quer dizer, exatamente o que era necessário para empenhar os outros em mantê-lo na posse do restante. A reunião de todas essas pequenas parcelas de liberdade constitui o fundamento do direito de punir. Todo exercício do poder que deste fundamento se afastar constitui abuso e não justiça.

No que concerne à Lei das Contravenções Penais, notadamente, aquela que dispõe a respeito do jogo do bicho, radicado no seu artigo 58, a jurisprudência não tem acolhido as teses de atipicidade de tal conduta ao fundamento de que se encontrariam enraizadas no seio social, porquanto essa figura típica ainda não foi revogada pelo legislativo.

Na esteira desse entendimento, assim já decidiu o TJRJ:

APELAÇÃO. CONTRAVENÇÃO PENAL. JOGO DO BICHO. RECURSO DEFENSIVO VISANDO ABSOLVIÇÃO AO ARGUMENTO DA ATIPICIDADE DA CONDUTA EM FACE DA AUSÊNCIA DE OFENSIVIDADE AO BEM JURÍDICO TUTELADO, COM INVOCAÇÃO DA TEORIA DA ADEQUAÇÃO SOCIAL. O apelante foi preso em situação de flagrância, conduzido à distrital, onde foi lavrado o respectivo termo circunstanciado, posto que tinha sob sua guarda material próprio destinado ao denominado aponte da corretagem zoológica, denominado "jogo do bicho". Não há que se falar em atipicidade da conduta, eis que o fato está expressamente previsto no artigo 58, § 1º, alínea b, do Decreto-Lei nº 6.259/44. O fato de ser socialmente tolerado, aceito e amplamente praticado, não retira do denominado "jogo do bicho" a relevância penal que o legislador lhe conferiu. Não basta que a conduta seja tolerada por parte da sociedade. É necessário que o desvalor da ofensa ao bem jurídico não justifique a intervenção da justiça penal. A teoria da adequação social, de aplicação altamente questionada pela doutrina, não merece guarida no presente caso, uma vez que cabe tão somente ao legislador revogar leis que estão em vigor, e não à parcela da sociedade através de seus usos e costumes, a teor do artigo 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei nº 4.657/42). (RIO DE JANEIRO, TJRJ, APL: 0149982-71.2009.8.19.0001, Relator: Gilmar Augusto Teixeira, Data de Julgamento: 13/06/2013, 8ª Câmara Criminal)

A título de complementação do raciocínio acima exposto, reitere-se que, de fato, não compete ao Poder Judiciário utilizar-se da via do direito costumeiro a fim de negar vigência às leis validamente instituídas, posto que a lei – propriamente dita – como defende Carlos Roberto Gonçalves, constitui a principal fonte formal do direito (GONÇALVES, 2012, p. 50).

Apesar do tema em estudo não encontrar guarida no Poder Judiciário, em atenção ao Princípio da Separação dos Poderes, o que é uma atitude louvável, asseveramos que a "descriminalização" do jogo do bicho e, portanto, sua legalização voltou

recentemente à pauta da Câmara dos Deputados que, sob os auspícios do seu presidente, doravante pretende levar a efeito a votação do Projeto de Lei 442/1991 que dispõe a esse respeito.

Ora, tal inovação no ordenamento jurídico importaria na abolitio criminis do jogo do bicho e, por outro lado, o Estado – num momento posterior à regulamentação – passaria a arrecadar todos os impostos incidentes sobre referida prática, conosco o jurista Luiz Flávio Gomes. E mais: a postura do Legislativo em retirar essa matéria ostracismo, denota que esse órgão, por vezes, encontra-se alinhado as mudanças sociais, bem como aos postulados da lesividade e adequação social.

## 5 REPERCUSSÕES PRÁTICAS DO DIREITO PENAL MÍNIMO

Antes de adentrarmos no mérito a que se refere o tópico, é necessário tecer algumas considerações básicas sobre a corrente que será estudada em seguida. O Direito Penal Mínimo consiste na vertente que se preocupa em oferecer parâmetros de cunho garantista tanto aos legisladores, como aos operadores do direito no exercício de suas atribuições, de maneira que o substrato teórico dessa corrente se fundamenta, sobretudo, nos princípios que foram abordados nos tópicos anteriores deste trabalho.

É importante destacar que o Direito Penal Mínimo revela-se como verdadeiro meio termo entre duas teorias, diametralmente, opostas, é dizer: o Abolicionismo Penal e o Movimento de Lei e Ordem, que pregam – respectivamente – a extinção do sistema de justiça penal vigente, aí incluindo as penas privativas de liberdade, e a outra procurando a ingerência excessiva do direito penal na vida das pessoas, como forma de “educá-las”.

Em primoroso trabalho sobre o tema, Rogério Greco (2015, p. 30) disserta:

Na concepção que podemos chamar de “equilibrada” situa-se o Direito Penal Mínimo. O seu discurso, mais coerente, permissa venia, com a realidade social, apregoa, em síntese, ser a finalidade do Direito Penal a proteção tão somente dos bens necessários e vitais ao convívio em sociedade. Aqueles bens que, em decorrência de sua importância, não poderão ser somente protegidos pelos demais ramos do ordenamento jurídico.

Em abono ao que defendemos neste trabalho, saliente-se que é consenso entre os doutrinadores no Brasil que o Direito Penal deve preocupar-se com as condutas que afrontam de maneira mais perniciosa a estrutura da sociedade, garantindo, por-

tanto, ao cidadão que o seu direito à liberdade não seja relativizado ante insignificâncias nas quais o Estado poderia solucionar por meios outros.

Nesse sentido o ilustre autor Julio Fabbrini Mirabete (2012, p. 104):

Como a intervenção do Direito Penal é requisitada por uma necessidade mais elevada de proteção à coletividade, o delito deve consubstanciar um injusto mais grave e revelar uma culpabilidade mais elevada; deve ser uma infração que merece a sanção penal. O desvalor do resultado, o desvalor da ação e a reprovabilidade da atitude interna do autor é que convertem o fato em um “exemplo insuportável”, que seria um mau precedente se o Estado não reprimisse mediante sanção penal.

Não se pode olvidar, igualmente, das questões de política criminal, porquanto submeter um contraventor as delongas do processo crime muitas vezes é algo dispendioso para o Estado, principalmente, em termos de recursos humanos (leia-se: polícia, promotores de justiça, defensores públicos e juizes) que são mobilizados em torno de uma causa carente de relevância jurídico-penal.

Em apurado artigo publicado na Revista Justiça e Cidadania em referência às estatísticas disponibilizadas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), os autores Aurélio Wander Bastos e Marcos Carnevale (2015, [ON-LINE]), ponderam:

O total de juizes no Brasil é de 16.281, o que significa que a carga de trabalho para os magistrados é espantosa, pois atualmente a Justiça Estadual tem 11.361 magistrados, o que significa que cada um deles teve, em 2013, sob sua responsabilidade, uma média de 6.531 processos para decidir no ano.

[...]

Os dados supramencionados demonstram ainda que, considerando-se que o ano judicial para os tribunais tem 10 meses úteis, que cada mês, em média, tem 20 dias úteis, ou seja, em 200 dias de trabalho, cada juiz da Justiça Estadual no Brasil deveria decidir uma média de 32,7 processos por dia, ou seja, julgar 3,6 processos por hora, trabalhando 9 horas por dia.

O Brasil, por ser um país de proporções continentais, tem um Judiciário Estadual que, ainda de acordo com pesquisa realizada pelo CNJ com base em dados colhidos no ano de 2013, conduz 74,2 milhões de processos, o que faz o mesmo – invariavelmente – receber a pecha de moroso, em razão da quantidade de processos

ser muito desproporcional a de magistrados, conforme visto acima. Reportamo-nos especificamente à justiça estadual, uma vez que a este órgão compete, via de regra, o processo e julgamento das contravenções pelo que dispõe a contrário senso o artigo 109, IV, da Constituição Federal.

Vale dizer, entretanto, que tal problema seria minimizado se, por exemplo, soluções pontuais como o remanejamento das contravenções penais para instâncias administrativas ou extrajudiciais fossem implementadas. A toda evidência, isso tudo só ocorreria posteriormente à abolição das referidas infrações penais, que passariam a partir de então a gozar da natureza jurídica de ilícitos civis ou administrativos. Sendo assim, a Justiça dos Estados, cuja competência é residual, se dedicaria ao julgamento das infrações penais mais graves, tais como: roubos, extorsões, homicídios etc.

## 6 DAS CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante todo o exposto, depreende-se que é patente a necessidade de revogação da Lei das Contravenções Penais com o propósito de consagrar a aplicação dos princípios informadores do Direito Penal. Ao considerar que para controvérsias nos Tribunais acerca da possibilidade de discriminação de tais condutas pelo judiciário, importa dizer que a extinção da LCP do ordenamento jurídico deve ser feita por via de Lei Ordinária que – expressamente – ordenasse a sua ab-rogação, de modo a evitar qualquer tipo de ativismo judicial inconveniente, bem como a insegurança jurídica que poderia decorrer da casuística de julgamentos distintos para fatos semelhantes.

Devemos consignar que a apuração das contravenções penais obedece ao rito sumaríssimo, previsto pela Lei nº 9.099/1995, que atribuiu às contravenções a natureza de infrações penais de menor potencial ofensivo, contemplando-lhes, portanto, com os institutos despenalizadores previstos no seu bojo, a saber: a composição civil, transação penal e a suspensão condicional do processo. Ora, nesse contexto podemos concluir que são raras as ocasiões em que a prática de uma contravenção penal redunde em pena privativa de liberdade, nos levando a crer que o legislador pátrio – ao longo dos anos – tem se inclinado no sentido de minorar as consequências penais, eventualmente, impostas ao contraventor.

Podemos citar, estabelecendo uma breve comparação, o exemplo do crime de porte de drogas para consumo próprio a que outrora, é dizer sob a égide da Lei nº 6.368/1976, era cominada uma pena de 6 meses a 2 anos de detenção e pagamento de 30 a 100 dias-multa, mas que, por ocasião do advento da Lei nº 11.343/2006 teve sua definição alterada, inclusive no que diz respeito a pena que, a partir de então, limitou-se apenas a estabelecer: advertência sobre os efeitos das drogas; prestação de serviços à comunidade; medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Como visto, a conduta de portar drogas ainda que seja para consumo pessoal, não deixou de ser considerada crime, no entanto o legislador em atenção ao fato de que usuário de drogas em vez de pena, merece – isto sim – tratamento, fez questão de retirar do preceito penal secundário do tipo a possibilidade de segregação.

Portanto, é inegável que houve uma evolução na legislação penal no sentido de abrandar a punição de um crime que, lamentavelmente, ainda persiste no ordenamento jurídico-penal em virtude de recalcitrâncias políticas que deixam de lado princípios caros como o da lesividade.

Com efeito, merece ser consignado que o assunto ao qual nos propomos no presente trabalho está em pauta no Senado Federal, onde tramita o anteprojeto de reforma do Código Penal que, dentre várias disposições, elenca no seu artigo 531 que fica revogado o Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de Outubro de 1941, respaldando, portanto, nosso ponto de vista. Sendo assim, por fim, uma vez operada a revogação da Lei das Contravenções Penais, tais condutas poderiam ser suficientemente sancionadas no âmbito do direito administrativo ou civil, caso seja essa a vontade do legislador.

## REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal esquematizado**. 6.ed. São Paulo: Método, 2014.

BASTOS, Aurélio Wander; CARNEVALE, Marcos. O Poder Judiciário e a Justiça em Números. **Editora Justiça e Cidadania on-line**. 14/01/2015. Disponível em: <<http://www.editorajc.com.br/2015/01/o-poder-judiciario-e-justica-em-numeros/>>. Acesso em: 5 nov. 2015.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2.ed. São Paulo: Martin Claret, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão – teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 15.ed., v.I, Niterói: Impetus, 2013.

GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio**: uma visão minimalista do Direito Penal. 8.ed. Niterói-RJ: Impetus, 2015.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 28.ed. São Paulo: Atlas, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do direito penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, **Recurso de Apelação: nº 0149982-71.2009.8.19.0001/RJ**. Relator: Desembargador Gilmar Augusto Teixeira. Publicado no DJ 13/06/2013. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00045DA529AB85E0B9D01443D4840BAA056AC5022D432617>>. Acesso em: 19 nov. 2015.

ROSA, Márcio Fernando Elias. **Direito administrativo – Parte I**. 13.ed. 3ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2012.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro – Parte geral**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

---

**Data do recebimento:** 4 de Outubro de 2016

**Data da avaliação:** 5 de Outubro de 2016

**Data de aceite:** 6 de Outubro de 2016

---

---

1. Mestrando pela FG; Pós Graduado em Direito Público Material pela Universidade Gama Filho e em Penal e Processo Penal pela Faculdade Maurício de Nassau/Escola Superior de Magistratura de Pernambuco; Professor de Direito Tributário, Direito Penal e Prática Jurídica na Faculdade Integrada de Pernambuco – FACIPE; Assessor de magistrado – TJPE; Coordenador e coautor do livro Reflexões e Perspectivas dos Direitos e Garantias Constitucionais e autor de outras publicações jurídicas. E-mail: eribertocordeiro@yahoo.com.br

2. Graduando do Curso de Bacharelado em Direito da Faculdade Integrada de Pernambuco – FACIPE. E-mail: pauloferando2605@gmail.com