

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIRETO “PROFESSOR JACY DE ASSIS”

**LEI DE CONTRAVENÇÕES PENAIS E SUA APLICABILIDADE
NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Fábio Camargo Rosa

Uberlândia – MG

2017

Fábio Camargo Rosa

LEI DE CONTRAVENÇÕES PENAIS E SUA APLICABILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Parte manuscrita do Projeto de Graduação do discente Fábio Camargo Rosa, apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Walmott
Borges

Uberlândia – MG

2017

Sumário

1. Introdução.....	3
2. Contextualização	5
2.1. Finalidade do direito penal	5
2.2. Direito Penal brasileiro e a nova ordem constitucional	6
2.2.1. Princípios constitucionais aplicados ao direito penal	8
2.3. Atual configuração do direito penal brasileiro	9
2.4. Direito de punir e direito penal simbólico	11
2.5. Contravenções penais e o ordenamento jurídico	12
2.5.1. Diferença entre crime e contravenção penal.....	12
2.5.2. O problema da Lei de Contravenções penais	14
3. Desenvolvimento.....	16
3.1. Momento histórico de surgimento da Lei de Contravenções Penais	16
3.2. A Lei de Contravenções penais e sua receptividade pelo ordenamento jurídico	18
3.3. Análise das condutas tipificadas e a atual configuração no contexto brasileiro .	21
3.3.1. Das contravenções referentes à pessoa (art.18 ao art.23)	22
3.3.2. Das contravenções referentes ao patrimônio (art.24 ao art.27)	25
3.3.3. Das contravenções referentes à incolumidade pública (art.28 ao art.38)	28
3.3.4. Das contravenções referentes à paz pública (art.39 ao art.42)	34
3.3.5. Das contravenções referentes à fé pública (art.43 ao art.46).....	37
3.3.6. Das contravenções relativas à organização do trabalho (art.47 ao art.49)...	39
3.3.7. Das contravenções relativas à polícia de costumes (art. 50 ao art.65)	40
3.3.8. Das contravenções referentes à Administração Pública (art.66 ao art.70) ..	46
4. Conclusão	49
4.1. Contravenções penais revogadas expressamente por legislações posteriores	49
4.2. Contravenções penais revogadas tacitamente por legislações posteriores	49

4.3. Contravenções penais não recepcionadas pela Constituição Federal de 1988 ...	50
4.4. Contravenções penais incompatíveis com os princípios do direito penal moderno	50
4.5. Considerações finais	51
5. Referências bibliográficas	52

1. Introdução

A presente monografia, construída sob o aspecto de Trabalho de Conclusão de Curso, abordará como tema, o Decreto-lei nº 3.688/41 (Lei de contravenções penais) e a sua atual configuração no direito penal brasileiro. Será feita uma análise da referida legislação, principalmente, no que tange à aplicabilidade das contravenções penais em face do ordenamento jurídico vigente.

Tal pesquisa mostra-se de notável relevância, haja vista que a Lei de contravenções penais não possui a força cogente, no que tange à punibilidade das suas contravenções, tendo em vista que diversos dispositivos foram revogados por legislações posteriores, não recepcionados pela Constituição Federal e incompatíveis com as diretrizes do direito penal moderno. Esta abordagem, faz-se necessária para responder ao seguinte questionamento: quais contravenções penais, previstas no Decreto-lei nº 3.688/41, possuem plena aplicabilidade, atualmente?

A resposta trazida por este questionamento não é pacífico na doutrina e jurisprudência, sendo justo se afirmar, que poucas obras buscam analisar a Lei de contravenções penais sob a ótica da aplicabilidade. Dessa forma, resta evidente que o presente trabalho não buscará compreender as elementares que tipificam as contravenções penais, pois se examinará a compatibilidade ou incompatibilidade das mesmas, diante do atual ordenamento jurídico brasileiro.

Nessa perspectiva, serão utilizados para a referida análise, a legislação penal vigente bem com a Constituição Federal de 1988, a doutrina e jurisprudência. A primeira para averiguar as incompatibilidades, em face de tratamento posterior e específico de matéria trazida, inicialmente, pela Lei de contravenções penais. Sendo assim, encontrar-se-á as contravenções penais que foram revogadas de forma expressa ou tácita. A doutrina e jurisprudência serão imprescindíveis para a análise daquelas contravenções penais que apresentam incompatibilidades com o ordenamento jurídico, no que tange à receptividade ou não pela Constituição Federal, e para análise dos conflitos com os princípios norteadores do direito penal.

Por fim, os resultados esperados com o presente trabalho, eram de confeccionar um quadro geral mostrando a compatibilidade e a incompatibilidade da Lei de contravenções penais com normas posteriores e a própria entrada em vigor da

Constituição Federal de 1988, bem como de reforçar o aspecto da segurança jurídica, fundamental para aplicação de qualquer norma jurídica, em especial, aquelas de natureza penal.

2. Contextualização

2.1. Finalidade do direito penal

O direito penal é o ramo do ordenamento jurídico que protege bens jurídicos de maior relevância na sociedade. Tais bens jurídicos são selecionados através políticas públicas criminais que identificam, em determinado período, quais bens e valores possuem maior relevância para o ser humano e sociedade que devam ser amparados por tal ramo jurídico.

Verifica-se neste momento, que nem todo bem jurídico está protegido pela norma penal, haja vista que tal ramo do direito, pela possibilidade de cercear a liberdade do ser humano, deve ser interpretado de forma restritiva e aplicado para condutas que atinjam determinados valores que a sociedade compreende como de maior pertinência, como por exemplo a vida, a liberdade, a propriedade e a saúde. Neste sentido, salienta-se que a seleção destes bens jurídicos é realizada por um critério político, sem necessariamente, estar vinculado a regras objetivas e pré-determinadas, haja vista que fatores como o contexto histórico vivenciado, o clamor social e outros não passíveis de aferição influenciam na produção dessas normas. Neste mesmo sentido Rogério Grego assevera:

Em virtude dessa constante mutação, bens que outrora eram considerados de extrema importância e, por conseguinte, carecedores da especial atenção do Direito Penal já não merecem, hoje, ser por ele protegidos. Assim, já que a finalidade do Direito Penal, como dissemos, é proteger bens essenciais à sociedade, quando esta tutela não mais se faz necessária, ele deve afastar-se e permitir que os demais ramos do Direito assumam, sem a sua ajuda, esse encargo de protegê-los. (GREGO, 2014, p.3)

É por meio desta concepção, que o direito penal é considerado a *ultima ratio*, tendo em vista que a sua incidência somente ocorrerá subsidiariamente aos outros ramos do direito, ou seja, quando estes não forem suficientes para regulamentar determinadas situações e puni-las proporcionalmente. No entanto, quais são os parâmetros para identificar quais condutas devem ser punidas pelo direito penal? Se realmente for necessário a sua incidência, qual o limite para imposição de pena?

Tais questionamentos fazem-se necessários para que o direito penal não seja um instrumento arbitrário de poder, amparado pelo conceito jurídico aberto¹ da proteção de bens jurídicos de maior relevância. E, para responder tais indagações, a Constituição Federal de 1988 fornece princípios norteadores que delimitam a atuação do legislador e dos juízes nos casos concretos.

2.2. Direito Penal brasileiro e a nova ordem constitucional

Foi a partir da Constituição Federal de 1988 que os direitos fundamentais estiveram no centro da proteção jurídica, na forma de cláusulas pétreas (art.60, §4º IV), os quais possuem “caráter normativo e vinculante, que outrora eram considerados ‘simples promessas’ ou ‘meras declarações solenes’ revestidas apenas de valor moral” (NOVELINO, 2014, p.378).

Nesse sentido, a Constituição apresenta-se como importante instrumento para determinar quais bens jurídicos o legislador deve proteger, bem como inibi-lo de limitar direitos fundamentais da pessoa humana:

É nos meandros da Constituição Federal, documento onde estão plasmados os princípios fundamentais de nosso Estado, que deve transitar o legislador penal para definir legislativamente os delitos, se não quer violar a coerência de todo o sistema político-jurídico, pois é inconcebível compreender-se o direito penal, manifestação estatal mais violenta e repressora do Estado, distanciado dos pressupostos éticos, sociais, econômicos e políticos constituintes de nossa sociedade. (COPETTI, 2000, apud GRECO, 2014, p.5)

Assim, fica evidente tanto a noção de dever (proteger determinados bens jurídicos) quanto de garantia (preservar os direitos fundamentais) estabelecidos na Constituição Federal, os quais devem ser observados pelo legislador na tipificação de condutas infracionais. Cabe ressaltar, que os direitos fundamentais constituem um “sistema aberto e flexível, receptivo a novos conteúdos e desenvolvimentos, integrado ao restante da

¹ O significado da expressão bem jurídico de maior relevância não é trazida pelo ordenamento jurídico, haja vista, tratar-se de construção doutrinária e estar periodicamente modificando-se. Assim, tendo em vista que uma norma penal deve incidir quando tais bens forem lesados, é evidente a necessidade de concretizar tal conceito. A simples menção que determinada conduta lesa algum bem jurídico é demasiadamente frágil para a imediata punição pelo direito penal.

ordem constitucional, além de sujeito aos influxos do mundo circundante” (SARLET, 2015, p.73).

É este sistema aberto trazido pela Constituição Federal que permite a integração das normas infraconstitucionais à realidade contemporânea e atual. A título de exemplo, o artigo 240 do Código Penal, revogado pela Lei nº 11.106/2005, tipificava a conduta de adultério, demonstrando que apesar do ordenamento jurídico buscar proteger a organização jurídica da família e do casamento, não seria caso de intervenção da tutela penal. Tal *abolitio criminis* não significa que tal conduta não gera qualquer repercussão jurídica, mas tão somente, que o direito penal não é o ramo adequado para tutelar este tipo de comportamento.

Importa ressaltar, que em relação ao crime de adultério havia diversas discussões relativas à delimitação da conduta criminosa. Ou seja, até que ponto determinada conduta era considerada lícita e a partir de qual momento o sujeito estaria infringindo a norma penal. Além disso, ficou evidente que a revogação do referido dispositivo demonstrou uma mudança no pensamento social sobre a instituição família e, principalmente sobre a concepção da mulher e sua importância no meio social.

Nesse sentido, é evidente que a Constituição Federal de 1988 é imprescindível para a delimitação de bens jurídicos de maior relevância e, conseqüentemente, para a construção de tipos penais incriminadores. Assim, esta nova configuração constitucional penal pela qual o legislador deve estar vinculado, funciona como um pré-requisito para a construção de novas legislações penais, as quais estarão subordinadas a um controle de constitucionalidade, caso divirjam dos preceitos constitucionais.

No entanto, este aspecto prospectivo da norma constitucional não possui o mesmo efeito para as legislações penais que já estavam vigentes ao tempo da promulgação da Constituição Federal. Isto porque, tais legislações estarão submetidas a um controle de receptividade pela nova ordem constitucional, devendo ser averiguado se tais legislações são materialmente compatíveis com o conteúdo da Carta Magna, recebendo assim, um novo fundamento de validade, como ocorreu com a Lei de contravenções penais (Decreto-Lei nº 3.688/41).

2.2.1. Princípios constitucionais aplicados ao direito penal

Tendo em vista a importância da Constituição Federal para a construção e análise das legislações penais, faz-se necessário abordar os principais princípios penais constitucionais que devem ser observadas na construção e aplicação das legislações penais.

Inicialmente, o princípio da legalidade previsto no art.5º, XXXIX da Carta Magna, estabelece que a conduta criminosa deve estar previamente definida em lei elaborada pelo Poder Legislativo (princípio da reserva legal), e ser aplicada após a sua plena vigência. Este último postulado determina que ninguém poderá ser julgado, se ao tempo da ação delituosa, tal conduta não era tipificada pela legislação como infração penal, proibindo assim, a retroatividade da lei penal, por meio do princípio da anterioridade da lei penal (*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*).

Tal princípio da legalidade é um importante instrumento para a consolidação do Estado Democrático de Direito, exercendo a dupla função de impor um limite na atuação do direito de punir do Estado, garantindo segurança jurídica aos seus cidadãos.

Em consonância com o princípio da legalidade, o princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade (art.5º, LVII) prevê que o indivíduo somente será considerado culpado por um crime, após o trânsito em julgado da decisão judicial condenatória. Representa uma garantia processual e uma regra de tratamento ao indiciado, acusado ou sentenciado por determinado crime, impedindo um juízo condenatório temerário.

Importante ressaltar, que trata-se de presunção relativa (*iures tantum*) e assim, durante o decorrer do processo judicial nas instâncias ordinárias este princípio será ponderado, tendo em vista as decisões judiciais proferidas, com observância do devido processo legal e demais garantias processuais. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já asseverou que o cumprimento provisório da pena após o esgotamento das instâncias ordinárias não é vedado pela Constituição Federal e nem pelo art.283 do Código de Processo Penal, tendo em vista que, embora o indivíduo tenha direito de ser tratado como inocente, se a matéria fática já foi reanalisada com o duplo grau de jurisdição, existe uma presunção de culpabilidade que se confronta com o princípio da inocência.

Além destas garantias, a Constituição Federal prevê em seu art.5º, XLV que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento dos bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”. Trata-se do princípio da pessoalidade ou intranscendência da pena, que determina que a pena imposta à pessoa que cometeu a infração penal restrinja-se à mesma.

Além disso, conforme já explanado, o direito penal deve buscar proteger os bens jurídicos essenciais à sociedade, sendo assim, o princípio da ofensividade e o princípio da intervenção mínima importantes instrumentos para orientar o poder do legislador na escolha das condutas que serão proibidas. O primeiro, determina que somente aquelas condutas que possam lesionar os bens jurídicos de maior relevância é que devem ser tutelados pelo direito penal, restringindo a tipificação de condutas que não representam um perigo concreto de lesão aos bens jurídicos.

Nesse mesmo sentido, o princípio da intervenção mínima determina que a atuação do direito penal somente ocorrerá, quando os outros ramos do direito não conseguirem tutelar de forma adequada e compatível determinada conduta lesiva (subsidiariedade). Este princípio, impõe uma limitação ao poder do legislador em criar tipos penais, assim como representa uma proteção aos indivíduos, que terão a esfera de suas liberdades interferidas em casos pré-determinados pela norma.

Entretanto, em que pese toda esta sistemática principiológica advinda da Constituição Federal de 1988, percebe-se que o desenvolvimento de políticas criminais, na atualidade, é realizado sem qualquer parâmetro científico. Tal fato, revela que a construção de tipos penais incriminadores, bem como as demais alterações legislativas feitas no âmbito penal buscam aumentar o campo de atuação deste ramo e impor, cada vez mais, punições severas.

2.3. Atual configuração do direito penal brasileiro

Inicialmente, cumpre salientar que antes da promulgação da Constituição Federal de 1988 existiam “apenas algumas leis esparsas, além do Código Penal de 1940, ao passo que após a Carta Magna houve um grande aumento na produção de leis” (JÚNIOR, RIBEIRO, NETO, 2012). Verifica-se que este processo, ocorre não somente com o

ordenamento jurídico brasileiro, mas representa uma tendência do Direito Penal moderno nos países ocidentais, haja vista que o direito penal, gradativamente, amplia sua esfera de atuação, muitas vezes mitigando direitos fundamentais e garantias individuais, sob o pretexto de proteção da sociedade.

Insta salientar, que a construção de novos tipos penais, o recrudesimento das penas assim como a interferência crescente da opinião pública na construção de políticas criminais gera na sociedade um sentimento de insegurança e medo, que se fortalece com uma mídia que realça tais sentimentos. Esse medo que passa a dominar o cotidiano das pessoas, foi determinante para a inversão da opinião pública sobre como o Estado deve proceder com aqueles em conflito com a lei. Dessa forma, a própria sociedade começa a exigir de seus representantes e do Estado que a interferência dos aparatos repressores se dê com maior vigor, legitimando ações cada vez mais violentas e arbitrárias em descompasso com os princípios democráticos. Nesse sentido, David Garland esclarece que:

O medo do crime passou a ser visto como problema por si só, bem distinto do crime e sua vitimização e políticas específicas tem sido desenvolvidas mais com o objetivo de reduzir os níveis de medo do que de reduzir o crime [...] O mote aparente da política é agora mais a revolta coletiva e o justo reclamo por retribuição do que um compromisso com a construção de soluções sociais justas [...] (GARLAND, 2008, p. 54).

Tal mudança de pensamento, fez com que os discursos políticos em âmbito legislativo estivessem eivados de medo e revolta, os quais direcionavam-se à produção de políticas voltadas à justiça retributiva². “O processo de formulação das políticas se tornou profundamente politizado e populista” (GARLAND, 2008, p.57), transformando as decisões políticas em um espetáculo, cuja finalidade passou a ser a satisfação da opinião pública e fonte de promoção dos agentes políticos. Dessa forma, os especialistas da área e os resultados advindos de pesquisas são substituídos pelo contexto político vivenciado e direcionado pelos interesses e ideologias envolvidos.

O foco passou para medidas imediatas e superficiais que reforçam o modelo de justiça retributiva instaurado. Nesse sentido, o controle punitivo é utilizado mais como

² A partir do momento em que a reabilitação penal passa a ser entendida como ineficaz, abre-se espaço para um novo populismo que se entrelaça nas decisões administrativas. A justiça retributiva nesse ponto toma aspectos ligados a justiça espetacular, no qual a punição é utilizada com a função principal de castigar e segregar determinada população.

forma de segregação e retribuição ao delinquente do que como forma de ressocialização. Ou seja, os novos contornos das políticas criminais implementadas são meramente simbólicos, uma vez que a prisão é utilizada como remédio aos problemas sociais e subordinadas à ideia de “criminalização das consequências da miséria do Estado” (WACQUANT, 2003, p.10).

Em suma, tais fatores evidenciaram uma modificação no pensamento sobre a construção de políticas criminais e incriminadoras no atual contexto brasileiro. Verifica-se que há uma inversão dos valores pré-estabelecidos pela Constituição Federal, a partir do momento que a sociedade “internaliza a pena como solução de todos os conflitos sociais” (BATISTA 2002 apud SERRA, 2011, p.112). E tal concepção, desvirtua o dever-agir do Estado de punir com aquilo que se denominou direito penal simbólico.

2.4. Direito de punir e direito penal simbólico

Observa-se, que na sistemática constitucional penal brasileira, o Estado é o único legitimado a criar e impor determinada punição penal à alguém. Ou seja, o direito de punir (*ius puniendi*) é competência exclusiva do Estado, que será provocado por meio de um direito subjetivo público, exercido ordinariamente pelo Ministério Público (art.129, I Constituição Federal e art.100 Código Penal) ou ainda de forma extraordinária pela própria parte lesada, nos casos em que a lei admitir.

Este monopólio estatal representa uma obrigação e, por isto não está sujeito a qualquer controle discricionário, no sentido de que outro ente ou órgão estaria legitimado a aplicar uma punição, em substituição ao Estado. Tal pressuposto, é advindo do Estado Democrático de Direito e corresponde a concretização das garantias penais e processuais penais do indivíduo, tendo em vista que o direito de punir atribuído previamente ao Estado, somente ocorrerá nos casos previstos na legislação.

No entanto, este direito de punir do Estado encontra dificuldades de aplicação, quando diante de normas penais notadamente simbólicas. Estas são construídas, não com o intuito de preservar bens jurídicos, mas como resposta aos medos e inseguranças sociais que intensificam-se com programas midiáticos e sensacionalistas. A construção de normas penais buscando criminalizar cada vez mais condutas e o aumento de pena de crimes já existentes são medidas imediatas que o poder público encontra para responder ao clamor público.

O uso desvirtuado do Direito penal vem se acentuado nos últimos anos. A mídia retrata a violência como um “produto espetacular” e mercadeja sua representação. A criminalidade (e, especialmente, para uso “do” político), senão que é também objeto de autênticos melodramas cotidianos que são comercializados com textos e ilustrações nos meios de comunicação. São mercadorias da indústria cultural de massa, gerando, para se falar de efeitos já aparentes, a sua banalização e a da violência. (GOMES; BIANCHINI).

É neste cenário, no qual a sociedade reclama por mais intervenção penal do Estado e este responde com o recrudescimento das normas penais, que surge a problemática da efetividade do direito penal. Como é que o Estado busca abaixar os níveis de criminalidade, quando cria constantemente novos tipos penais? Qual a legitimidade da tutela penal estatal, quando estas condutas criminosas sequer ameaçam bens jurídicos de maior relevância?

Estes questionamentos são relevantes, haja vista que apresentam uma contradição da atuação do Estado na esfera penal. Verifica-se que a atual concepção que fundamenta a criação de políticas criminais não está adstrita aos preceitos constitucionais, assim como não buscam proteger bens jurídicos de maior relevância.

2.5. Contravenções penais e o ordenamento jurídico

2.5.1. Diferença entre crime e contravenção penal

Importa ressaltar, que a Lei de Contravenções Penais, prevista no Decreto-Lei nº 3.688/1941, entrou em vigor na mesma data que o vigente Código penal (Decreto-Lei nº 2848/40), em 1º de janeiro de 1942, sendo necessário, neste momento, discernir as infrações penais disciplinadas por tais diplomas legais.

Neste ponto, o legislador buscou diferenciar tais infrações penais como sendo crime, aquela infração penal que a lei comina pena de reclusão ou detenção, isoladamente ou cumulativamente com a pena de multa. Enquanto que, contravenção é a infração penal que a lei comina isoladamente pena de prisão simples ou multa ou ambas alternativa ou cumulativamente, conforme se extrai do Decreto-Lei nº 3.914/1941:

Art 1º 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.

Cabe apontar neste ponto, a diferença entre as penas de reclusão, detenção e prisão simples. A primeira é a punição mais severa trazida pelo ordenamento jurídico, tendo em vista que será cumprida no regime fechado, semi-aberto ou aberto, enquanto a que a detenção será cumprida em regime semi-aberto ou aberto, salvo necessidade de transferência para o regime fechado, conforme determina o art.33 do Código Penal. Diferentemente destas, a prisão simples não possuirá o rigor penitenciário, que deverá ser cumprida em estabelecimento especial ou seção especial de prisão comum, seja em regime semi-aberto ou aberto, não havendo possibilidade do seu cumprimento em regime fechado.

Art. 6º A pena de prisão simples deve ser cumprida, sem rigor penitenciário, em estabelecimento especial ou seção especial de prisão comum, em regime semi-aberto ou aberto.

§ 1º O condenado a pena de prisão simples fica sempre separado dos condenados a pena de reclusão ou de detenção.

§ 2º O trabalho é facultativo, se a pena aplicada, não excede a quinze dias.

Apesar do conceito técnico, de natureza quantitativa que separa crime de contravenção, tão somente pela punição, tal conceituação não exprime o conteúdo material do que se entende por contravenção penal. Isto porque, doutrinadores penalistas e jurisprudência são pacíficos ao delimitar que as contravenções penais aludem à condutas que violem bens jurídicos considerados de menor importância, não sendo passíveis de uma repressão estatal tão recrudescida quanto às condutas tipificadas como crimes, em respeito ao princípio da proporcionalidade das penas. No mesmo sentido é o que leciona Damásio de Jesus:

Não existe diferença ontológica, de essência, entre (crime (ou delito) e contravenção. O mesmo fato pode ser considerado crime ou contravenção pelo legislador de acordo com a necessidade de prevenção social. Assim, uma contravenção pode no futuro vir a ser definida como delito. (JESUS, p.4, 1999)

Com o advento da Lei 9.099/95, as contravenções penais foram expressamente enquadradas como infrações penais de menor potencial ofensivo (art.61), também previsto na Lei 10.259/2001 em seu art.2º, sendo a Justiça Estadual Comum competente para julgar e executar tais causas, a teor da Súmula nº 38 do Superior Tribunal de Justiça.

2.5.2. O problema da Lei de Contravenções penais

Inicialmente, a primeira crítica que se faz à referida lei, refere-se ao fato de que sendo o direito penal, ramo jurídico que possui a finalidade precípua de proteger bens jurídicos de maior relevância, em respeito ao princípio da proporcionalidade e subsidiariedade, careceria de legitimação uma legislação que tipificasse infrações penais de menor potencial ofensivo. Nesse sentido, Guilherme Nucci é enfático ao aduzir que a referida legislação não observa os princípios da lesividade, subsidiariedade e intervenção mínima, defendendo a ideia de que o tratamento destas condutas deveria ser repassando para outros ramos do direito:

[...] 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 ora 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 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, como, por exemplo, uma ínfima contrariedade entre vizinhos porque um deles está com um aparelho sonoro ligado acima do permitido (art. 42, III, LCP). (NUCCI, 2016)

Tal problemática relaciona-se diretamente com a discussão sobre a receptividade ou não da Lei de contravenções penais pela Constituição Federal de 1988. Entretanto, conforme será devidamente demonstrado, este posicionamento não é pacífico e será analisado mais à frente.

Por outro lado, tendo em vista a forma como as políticas criminais estão sendo desenvolvidas, verifica-se que diversas condutas previstas na Lei de contravenções penais foram revogadas tácita e expressamente por outros diplomas legais supervenientes, que

trataram especificadamente de condutas já previstas como contravenções penais, transformando-as em crimes, e também aumentando a punição para tais comportamentos. Tal situação reforça a concepção de que as políticas criminais atuais buscam aumentar o rol de infrações penais, ou ainda aumentar a pena de infrações já existentes, reforçando a concepção difundida na sociedade, de que o direito penal e os mecanismos de punição funcionam, “não como um mecanismo de reforma ou de reabilitação, mas como instrumento de neutralização e de retribuição que satisfaz as exigências políticas populares por segurança pública e punições duras”. (GARLAND, 2008, p.59)

Cabe ressaltar ainda, que a Lei de contravenções penais traz diversas disposições sobre diversos temas, sendo que desde a sua edição, diversas legislações posteriores trataram de temas específicos abordados pelo Decreto-lei 3.688/49.

Nesse sentido, surge o problema da aplicabilidade das contravenções penais, principalmente, em relação àquelas condutas que foram tratadas por legislações ulteriores e que não revogaram de forma expressa o tratamento dado pela Lei de contravenções penais. Este cenário traz uma situação de insegurança jurídica no ordenamento jurídico, uma vez que a análise da incidência ou não de uma contravenção penal em determinado caso concreto fica condicionado à uma interpretação sistêmica do ordenamento jurídico, o qual, por vezes, é complexo.

Buscando a solução do problema apresentado, será feita uma análise da Lei de contravenções penais, no seu aspecto histórico, político e social, para posteriormente, ser feito um exame de todas as contravenções penais previstas no Decreto-lei nº 3.688/41. Este estudo fornecerá os fundamentos para se dizer com a maior precisão técnica, quais dispositivos da referida legislação estão em plena aplicabilidade, tendo em vista a recepção ou não com a Constituição Federal, a revogação tácita ou expressa por outras legislações, e a compatibilidade destes dispositivos com os princípios do direito penal moderno.

3. Desenvolvimento

3.1. Momento histórico de surgimento da Lei de Contravenções Penais

Inicialmente, importa ressaltar que a Lei de Contravenções Penais foi editada no ano de 1941, entrando efetivamente em vigor somente no ano de 1942. Verifica-se que, tal época corresponde a um momento histórico, cultural e político muito diverso do atual, sendo imprescindível compreender a importância e impacto da referida legislação no período em que entrou em vigor. Somente após tal análise, é que será possível entender as principais mudanças no que tange à sua aplicabilidade no contexto contemporâneo.

Conforme já fora explanado, antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, existiam somente algumas legislações penais além do Código Penal. Não obstante a isso, verifica-se que o projeto da referida lei “foi resultado de revisão do ante-projeto do Código Criminal do Sr. Alcântara Machado”, (SALVADOR NETTO, 2006, p.36), conforme ressaltou o Ministro Francisco Campos na exposição de motivos da Lei de Contravenções Penais, permitindo concluir, que ambas possuíam traços comuns em relação às ideologias que fundamentaram a sua construção. Ressalta-se ainda, que tal período foi intensamente influenciado pelas tendências italianas, principalmente aquelas apresentadas pelo Código Rocco de 1930.

Em relação ao projeto desenvolvido por Alcântara Machado, cabe ressaltar a clara exposição de Rafael Mafei Rabelo Queiroz:

Pode-se dizer que, no tocante à matriz intelectual, o projeto de Alcântara Machado era recheado de idéias caras aos postulados positivistas: previa ele a ampliação da competência judicial dos magistrados, um já mencionado sistema de classificação dos criminosos, a dura punição de ébrios, além da vasta predominância de elementos subjetivos no momento de aplicação da pena. Assim, ainda que apresente ostentar um positivismo menos radical do que sustentavam muitos acadêmicos da mesma linhagem, Alcântara Machado deliberadamente optou um código menos coerente (cientificamente) e mais eficiente (repressivamente), por meio da ampliação do papel da mais conhecida medida positivista de defesa social, a medida de segurança. (SALVADOR NETTO, 2006, p.30)

Importa ressaltar, que a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937 apresentava como característica determinante o conceito de Estado Social, introduzindo

diversas medidas de intervenção estatal no âmbito social, econômico, laboral e especialmente, aquelas tendentes a fortalecer e centralizar o ente federal. Mesmo apresentando uma parte destinada aos “direitos e garantias fundamentais”, tais direitos encontravam-se limitados quando em conflitos com a ordem social e coletiva, instituindo inclusive a pena de morte para os crimes políticos (art.122), conforme verifica-se pelo art. 123 daquela Constituição:

Art. 123 - A especificação das garantias e direitos acima enumerados não exclui outras garantias e direitos, resultantes da forma de governo e dos princípios consignados na Constituição. O uso desses direitos e garantias terá por limite o bem público, as necessidades da defesa, do bem-estar, da paz e da ordem coletiva, bem como as exigências da segurança da Nação e do Estado em nome dela constituído e organizado nesta Constituição.

Estes aspectos podem ser visualizados na Lei de Contravenções Penais em dois momentos. O primeiro se refere às contravenções penais estatuídas que notadamente refletem o fortalecimento à ideologia varguista no que tange à valorização do trabalho. Nesse sentido, o art.59 da Lei de Contravenções tipificou a conduta de se entregar-se habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, enquanto que o art.14 traz previsão expressa para a presunção de periculosidade daqueles condenados por mendicância ou vadiagem. Por fim, o art.15 da Lei de Contravenções Penais estabeleceu que tais pessoas seriam internadas em colônias agrícolas ou em institutos de trabalho, de reeducação ou de ensino profissional demonstrando, de forma expressa, que tais medidas traduziam o trabalho como dever social, sendo dever do Estado incentivá-lo e reprimir condutas subversivas.

Por outro lado, o art. 17 da Lei de Contravenções Penais estatuiu que as contravenções penais serão processadas por meio de ação pública, na qual a autoridade competente deverá atuar de ofício. Dessa forma, a legislação retirou qualquer pré-requisito para a propositura da ação penal para punir as contravenções penais, diferentemente, do que ocorre hoje nos crimes de ação penal pública condicionada. Tal previsão denota a centralização estatal do poder de punir, como forma de expressão do princípio da defesa social.

Estes aspectos que nortearam a edição da Lei de contravenções penais reforçavam as estruturas do poder e ideologia do chamado Estado Novo instituído por Getúlio Vargas.

O ambiente político instável e principalmente os questionamentos sobre a forma como Getúlio chegou a presidência trouxeram a este período, um ambiente de incertezas. Dessa forma, verifica-se que a Lei de Contravenções Penais foi um dos instrumentos por meio do qual, os ditames da nova ordem jurídica, política, cultural e econômica foi imposta, com o fim de coesão social, manutenção da ordem e defesa da paz, segurança e bem estar do povo.

3.2. A Lei de Contravenções penais e sua receptividade pelo ordenamento jurídico

A Constituição Federal de 1988 representou uma verdadeira inovação e um marco na história da sociedade brasileira. Pautada no núcleo central da dignidade da pessoa humana, encontra-se em consonância com diversos diplomas internacionais de direitos humanos, recebendo caráter jurídico-normativo pela Carta Magna. Tal postulado foi fundamental para a instituição de garantias e direitos fundamentais seja na relação entre Estado e particular, seja na relação entre particular e particular.

Não obstante as principais inovações trazidas pela Constituição Federal de 1988, verifica-se que a sua entrada no ordenamento jurídico retira o fundamento de validade das demais legislações que entraram em vigor antes da sua promulgação. No entanto, “tendo em vista a impossibilidade de se regular todas as matérias indispensáveis, as normas infraconstitucionais, cujo conteúdo seja compatível com o da nova Constituição, são recepcionadas por ela (novação legislativa), adquirindo novo fundamento de validade.” (NOVELINO, 2014, p. 139)

Neste sentido, a doutrina não é pacífica em admitir se a Lei de contravenções penais foi recepcionada ou não pela Constituição Federal de 1988, sendo necessário, neste ponto, analisar a compatibilidade material da referida lei em face da Carta Magna. Ressalta-se que a análise quanto a recepção ou não do Decreto-lei nº 3.688/1941 será feita pelo seu conjunto de normas e regras como um todo, não havendo que se falar, neste momento, de incompatibilidades pontuais. Ou seja, quando se indaga a não-recepção de determinada legislação, depreende-se que a incompatibilidade com a Constituição Federal seja tal, que não permita a aplicação da referida legislação.

Por outro lado, há de se ressaltar que tal análise faz-se necessária, haja vista que o presente trabalho pretende analisar as contravenções penais que possuem plena

aplicabilidade, sendo certo, que tal exame somente é possível se a Lei de contravenções penais for válida.

O principal argumento utilizado pelos defensores da não-receptividade refere-se à hipótese de que o Decreto-lei nº 3.688/41 não observar os princípios da intervenção mínima, da fragmentariedade, da subsidiariedade e da ofensividade/lesividade. Neste ponto, cabe expor o pensamento de Guilherme Nucci:

Exemplo maior do que ora 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 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, como, por exemplo, uma ínfima contrariedade entre vizinhos porque um deles está com um aparelho sonoro ligado acima do permitido (art. 42, III, LCP). Ao longo dos comentários, pretendemos demonstrar **a inadequação desta lei, bem como os tipos penais que se tornaram, em face da nova Constituição Federal de 1988, inaplicáveis, pois inconstitucionais**. (NUCCI, 2016, grifos nossos).

Em que pese a consistência do argumento supra mencionado e o notável saber jurídico do doutrinador penalista, discordamos de que o referido documento legislativo não tenha sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Inicialmente, há que se ressaltar de que os principais dispositivos³ previstos na Lei de contravenções penais encontram-se, hoje, revogados expressa ou tacitamente por legislações posteriores à promulgação da Constituição Federal, haja vista que regularam a mesma matéria trazida pela Lei de contravenções penais, porém de forma mais abrangente e com punições mais severas.

Ou seja, se uma legislação não é válida porque está materialmente contrária com a Constituição Federal, aquelas legislações que trataram de matérias específicas, igualmente previstas na Lei de contravenções penais, seriam inconstitucionais por decorrência lógica, fato este que não ocorreu.

Destaca-se ainda, conforme explanado no item 1.1 deste trabalho, que a finalidade do direito penal é proteger os bens jurídicos de maior relevância para a sociedade, sendo

³ Entende-se por principais contravenções penais, aquelas que tipificam condutas lesivas ou potencialmente lesivas à bens jurídicos de maior relevância. Cite-se como exemplo, os artigos de que tratam de fabricação, comércio ou detenção de armas ou munição (art.18), porte de arma (art.19) e disparo de arma de fogo (art.28). Embora, tais condutas tenham sido reguladas pelo Estatuto do Desarmamento de 2003, foram inicialmente previstas no ordenamento jurídico pela Lei de Contravenções Penais.

estes considerados como essenciais para aquela, em determinado período. Neste aspecto, seria possível, uma conduta lesionar algum bem jurídico essencial, porém de forma mais amena? Acreditamos que tal hipótese é plenamente possível, embora outros ramos do direito possam regular tais condutas fora do campo penal, não seria proporcional tipificar como ilícito penal uma conduta que lesione de forma completa algum bem jurídico e dispensar o mesmo tratamento para aquelas que o lesionem de forma mais branda. É o que ocorre com a proteção a integridade física, haja vista que se ofensa a tal bem jurídico causar lesões físicas será disciplinado pelo Código Penal (art.129), enquanto que se não causar, será tratado como contravenção penal (art.21).

Há de se ressaltar que ao se confrontar a Lei de contravenções penais com o princípio da intervenção mínima e o princípio da fragmentariedade, a doutrina possui a tendência de generalizar a errada concepção de que as contravenções penais servem-se exclusivamente para penalizar problemas pessoais no âmbito penal. Inicialmente, conforme foi ressaltado, diversos dispositivos da Lei de contravenções penais foram revogados por legislações posteriores à Constituição Federal que conferiram tratamento mais abrangente e severo, tais como o Estatuto do Desarmamento, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Trânsito Brasileiro, o próprio Código Penal e diversas outras legislações. Tal fato demonstra que o referido argumento não é verdadeiro, pois até pouco tempo, tais condutas somente eram disciplinadas pela Lei de contravenções penais.

Por outro lado, não há dúvida de que determinadas contravenções penais são incompatíveis com a sistemática trazida pela Constituição Federal, haja vista que o próprio Supremo Tribunal Federal já se manifestou para declarar a não recepção de alguns dispositivos da lei. No entanto, visualiza-se que tais incompatibilidades não possuem a expressividade para declarar a legislação como inconstitucional. Tais dispositivos (não-recepcionados) serão detidamente analisados, principalmente à luz do princípio da intervenção mínima, porém desde já, pontua-se que a não-recepção destes dispositivos não é a regra, como feito pela doutrina.

Há ainda, aquelas contravenções penais que não possuem aplicabilidade pelo simples desuso, tendo em vista que as circunstâncias da sociedade atual não mais possibilitam a sua incidência. Nestes casos, não há que se falar em afronta à Constituição Federal, pois a norma contravencional visa proteger a lesão ou ameaça a bens jurídicos “legítimos”, porém se mostram deslocados da realidade, por isto, embora válidos e vigentes, não são eficazes.

Neste sentido, em que pese o reconhecimento de que a doutrina majoritária defende a concepção da não recepção, verifica-se que os argumentos utilizados pelos mesmos, não se amoldam à uma análise mais detida da legislação. Assim, utilizar a alegação da inconstitucionalidade de determinados dispositivos, bem como o desuso de outros para, de forma genérica, entender pela inconstitucionalidade do Decreto-lei nº 3.688/41 mostra-se desarrazoado, haja vista que as incompatibilidades previstas na lei não contaminam a legislação. Por outro lado, enquadrar o desuso de contravenções penais como sendo causa da incompatibilidade material com a Carta Magna, também mostra-se equivocado, haja vista que o critério de validade (compatibilidade com a Constituição Federal) não se confunde com a aplicabilidade, sendo plenamente possível interpretar as contravenções penais sob a ótica constitucional.

Por fim, o problema apresentado pela Lei de Contravenções Penais e que, por vezes, é confundido com o argumento da não receptividade, refere-se à questão da aplicabilidade. Tendo em vista que diversos dispositivos foram revogados ou declarados inconstitucionais pelo STF, e outros sem aplicabilidade pelo desuso, questiona-se quais contravenções penais possuem plena aplicabilidade. Tal questão, cerne deste trabalho, não pode ser associada a discussão da inconstitucionalidade.

3.3. Análise das condutas tipificadas e a atual configuração no contexto brasileiro

Neste tópico, será feita uma análise de todas as condutas tipificadas como contravenções penais previstas na parte especial do Decreto-lei nº 3.688/41 no que tange à aplicabilidade. Não se pretende, neste trabalho, fazer uma análise em relação à cada tipo contravencional, como se faz em um código comentado, mas tão somente, organizar as contravenções penais em aplicáveis e não aplicáveis, identificando neste último caso, o motivo.

Tal análise será feita por capítulos, previstos na parte especial da referida legislação, na qual se buscará identificar as contravenções penais que não possuem aplicabilidade no ordenamento jurídico por meio de três enfoques. O primeiro em relação às contravenções penais revogadas tácita ou expressamente por outras legislações. O segundo em relação às contravenções que foram declaradas inconstitucionais pelo STF e aquelas que, ainda não reconhecidas pela Corte, apresentam incompatibilidades com a Constituição Federal. E, por último, analisar aquelas que não mais se aplicam pelo desuso.

3.3.1. Das contravenções referentes à pessoa (art.18 ao art.23)

Verifica-se que o art.18⁴ da Lei de Contravenções penais foi revogado, inicialmente, pela Lei nº 9.437/97 no que tange a armas de fogo e, posteriormente, pela Lei nº 10.826/03 (Estatuto do Desarmamento), conforme verifica-se pelos artigos 17 e 18 da referida lei. Em que pese, a revogação tácita em relação às armas de fogo, discute-se a incidência da norma contravencional em relação a armas brancas⁵.

Em que pese o entendimento majoritário da doutrina e jurisprudência em afirmar que o dispositivo continua em vigor para tais condutas, importa destacar, neste ponto, o questionamento feito por Luciano Anderson de Souza:

O dispositivo legal, com o aparecimento da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, teoricamente, se aplicaria unicamente a armas brancas. Então, por exemplo, em tese seria necessária permissão da autoridade competente para o funcionamento de fábricas que confeccionassem instrumentos aparentemente inofensivos, mas que acidentalmente pudessem ser convertidos em armas de ataque ou defesa. Ainda, e.g., seria necessária permissão para venda de talheres em supermercados ou instrumentos agrícolas em lojas especializadas. (SALVADOR NETTO, p.95, 2006)

Tendo em vista, que a permissão da autoridade competente é condição para que a conduta não se enquadre no tipo contravencional, verifica-se que na prática esta permissão não existe para instrumentos comercializados diariamente, e que poderiam ser compreendidos como arma branca. Assim, verifica-se que o art.18 da Lei de Contravenções Penais foi revogado no que tange a armas de fogo e sem qualquer efeito, por falta de regulamentação para o procedimento de permissão, para armas brancas.

De forma semelhante, é o que também ocorre com a análise do art.19⁶ da Lei de Contravenções Penais. No que tange ao porte de arma de fogo, o dispositivo encontra-se

⁴ 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.

⁵ Entende-se por arma branca, qualquer objeto ou artefato que não tendo a finalidade de lesionar a outrem, é utilizado com este fim, como por exemplo, facas, canivetes, lâminas.

⁶ 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;

plenamente revogado pela Lei nº 10.826/03 (Estatuto do Desarmamento), a teor do que verifica-se em seus artigos 6, 14 e 16. No entanto, em relação ao porte de armas brancas, a doutrina e jurisprudência majoritária entendem que o dispositivo da norma contravencional encontra-se em vigor. Nesse sentido, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ART. 19 DA LEI DE CONTRAVENÇÕES PENAIS. ART. 10 DA LEI N. 9437/97 E A LEI N. 10.826/03. AB-ROGAÇÃO. INOCORRÊNCIA. PORTE DE ARMA BRANCA. CONTRAVENÇÃO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.

I - De acordo com a jurisprudência majoritária desta Corte, o referido dispositivo não foi ab-rogado pela Lei 9.437/97 e posteriormente pela atual Lei 10.826/2003; e, sim, apenas derogado pela novel legislação no tocante às armas de fogo, remanescendo a contravenção penal em relação às armas brancas. No mesmo sentido: AgRg no RHC nº 331.694/SC, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 15/12/2015 e AgRg no RHC nº 26.829/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), DJe de 6/6/2014) – Recurso em Habeas Corpus nº 66.979 – MG (2016/0001327-3)

No entanto, a crítica pendente do referido dispositivo encontra-se na expressão “sem licença da autoridade”. Isto porque, a norma contravencional somente proíbe o porte de arma branca que não tenha sido previamente licenciado pela autoridade competente. Nesse sentido, observa-se, a contrário senso que portar arma branca com a referida licença não constitui ilícito penal. No entanto, não existe qualquer procedimento para requerer a licença de porte de arma branca, sendo inviável, por falta de regulamentação, proibir o uso de porte de arma branca que não tenha sido licenciado pela autoridade.

Nesse sentido, o art.19 da Lei de Contravenções Penais encontra-se revogado no que tange ao porte de arma de fogo e inaplicável em relação ao porte de arma branca, por falta de regulamentação administrativa ou legal. Entendimento diverso, contrariaria o princípio da legalidade penal, uma vez que deixaria ao critério do julgador, os casos em que seria possível a aplicação desta norma.

Por outro lado, verifica-se que o art.20⁷ da Lei de Contravenções Penais está vigente, apesar de criticado pela doutrina no que tange à fiscalização e punição destas

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.

⁷ Art. 20. Anunciar processo, substância ou objeto destinado a provocar aborto:
Pena - multa de hum mil cruzeiros a dez mil cruzeiros.

condutas. No entanto, tais críticas não se referem ao aspecto da aplicabilidade, haja vista que o bem jurídico tutelado é a vida, o qual é devidamente protegido pelos artigos 124 a 127 do Código Penal.

Em seguida, o art.21⁸ da Lei de Contravenções Penais, possivelmente considerada a contravenção penal mais popular do ordenamento jurídico, encontra-se igualmente em plena aplicabilidade. Isto porque, constitui ilícito penal de caráter subsidiário ao crime previsto no art.129 do Código Penal, uma vez que terá ocorrência quando o ato de violência praticado não chegar a causar lesões corporais, como por exemplo, empurrões, puxar cabelo, arremessar objetos e outras condutas. Tal fato, conforme salientado no item 2.2, legitima a aplicação da Lei de Contravenções Penais, haja vista que neste caso, a lesão ao bem jurídico ocorreu, porém de forma mais amena, sendo razoável punir as condutas que se enquadrarem no tipo contravencional.

Em relação aos artigos 22 e 23 do Decreto-Lei nº 3.688/41, verifica-se que ambos pretendem resguardar o mesmo bem jurídico (liberdade pessoal e segurança social), sendo entendimento pacífico na doutrina e jurisprudência, que ambas encontram-se com plena aplicabilidade.

Art. 22. Receber em estabelecimento psiquiátrico, e nele internar, sem as formalidades legais, pessoa apresentada como doente mental:

Pena – multa, de trezentos mil réis a três contos de réis.

§ 1º Aplica-se a mesma pena a quem deixa de comunicar a autoridade competente, no prazo legal, internação que tenha admitido, por motivo de urgência, sem as formalidades legais.

§ 2º Incorre na pena de prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa de quinhentos mil réis a cinco contos de réis, aquele que, sem observar as prescrições legais, deixa retirar-se ou despede de estabelecimento psiquiátrico pessoa nele, internada.

Art. 23. Receber e ter sob custódia doente mental, fora do caso previsto no artigo anterior, sem autorização de quem de direito:

Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa, de quinhentos mil réis a cinco contos de réis.

⁸ Art. 21. Praticar vias de fato contra alguém:

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

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

Não há que se falar em não aplicabilidade do art.22 pela utilização da expressão “sem as formalidades legais”, uma vez que tal regulação está prevista no Decreto Federal nº 24.559 de 03 de julho de 1934.

Neste sentido, verifica-se que neste capítulo da Lei de Contravenções Penais, somente o art.18 e o art.19 encontram-se revogados, embora a doutrina majoritária considere que ambos possuam aplicabilidade para as condutas praticadas com armas brancas.

3.3.2. Das contravenções referentes ao patrimônio (art.24 ao art.27)

O capítulo II do Decreto-Lei nº 3.688/41 inicia-se com o art.24 constituindo como ilícito penal, a seguinte conduta:

Art. 24. Fabricar, ceder ou vender gazua ou instrumento empregado usualmente na prática de crime de furto:

Pena – prisão simples, de seis meses a dois anos, e multa, de trezentos mil réis a três contos de réis.

Verifica-se no referido dispositivo que o ato de fabricar, ceder, vender gazua⁹ ou instrumento empregado usualmente na prática de crime de furto constitui ilícito penal de mera conduta, não se exigindo que qualquer resultado seja produzido. Podia-se pensar que a contravenção em espécie não está em consonância com o princípio da inocência ou não culpabilidade, estabelecido pela Constituição Federal, uma vez que o legislador pretendeu resguardar possíveis cometimentos de furtos, ao adotar uma presunção absoluta da periculosidade, antecipando a incidência penal.

No entanto, conforme bem salientado pelo Ministro Gilmar Mendes no julgamento do Recurso Extraordinário nº 583.523, “o ordenamento pátrio adota diversos tipos penais que descrevem comportamentos entendidos pelo legislador como abstratamente perigosos, a exemplo dos crimes previstos nos artigos 291 (petrechos para falsificação de moedas) e 294 (petrechos de falsificação), ambos do Código Penal; bem como o artigo 34 da Lei de Drogas (petrechos para o tráfico), adiante descritos:”

⁹ Segundo o Dicionário Houaiss, gazua pode ser compreendida como ferro curvo para arrombar fechaduras.

Art. 291 - Fabricar, adquirir, fornecer, a título oneroso ou gratuito, possuir ou guardar maquinismo, aparelho, instrumento ou qualquer objeto especialmente destinado à falsificação de moeda:

Pena - reclusão, de dois a seis anos, e multa.

Art. 294 - Fabricar, adquirir, fornecer, possuir ou guardar objeto especialmente destinado à falsificação de qualquer dos papéis referidos no artigo anterior:

Pena - reclusão, de um a três anos, e multa.

Art. 34. Fabricar, adquirir, utilizar, transportar, oferecer, vender, distribuir, entregar a qualquer título, possuir, guardar ou fornecer, ainda que gratuitamente, maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 1.200 (mil e duzentos) a 2.000 (dois mil) dias-multa.

Sendo assim, o art.24 da Lei de Contravenções Penais encontra-se plenamente aplicável, não havendo que se falar em possível não recepção pela Constituição Federal, tendo em vista que a técnica incriminadora prevista nesta contravenção é utilizada por diversos outros dispositivos do ordenamento jurídico.

Diferentemente do art.24, o art.25 da Lei de Contravenções Penais tipifica a seguinte conduta:

Art. 25. Ter alguém em seu poder, depois de condenado, por crime de furto ou roubo, ou enquanto sujeito à liberdade vigiada ou quando conhecido como vadio ou mendigo, gazuas, chaves falsas ou alteradas ou instrumentos empregados usualmente na prática de crime de furto, desde que não prove destinação legítima:

Pena – prisão simples, de dois meses a um ano, e multa de duzentos mil réis a dois contos de réis.

Verifica-se que de forma similar ao artigo antecedente, esta contravenção tipifica a posse de instrumentos usualmente utilizados na prática de crime de furto, exigindo ainda para o enquadramento da conduta no tipo, que o indivíduo tenha sido previamente condenado por crime de furto ou roubo, ou enquanto sujeito à liberdade vigiada.

No entanto, não há mais controvérsias quanto a aplicabilidade do dispositivo, haja vista que o Supremo Tribunal Federal declarou o art.25 como não recepcionado pela Constituição Federal de 1988, de forma unânime no Recurso Extraordinário nº 583.523, por ser discriminatório e contrariar o princípio fundamental da isonomia e presunção de não culpabilidade. Isto porque, o dispositivo em comento, “inverte o ônus da prova ao determinar a presunção de culpa de pessoas por sua condição de miserabilidade ou por

ter antecedentes criminais”. Nesse sentido, destacou o Ministro Gilmar Mendes, relator do processo:

Não posso aceitar esse posicionamento, em razão de observar que o legislador ao considerar a vida anteacta do agente como elementar constitutiva do tipo considerou de maneira discriminatória que determinadas espécies de sujeitos, portadores de direitos iguais garantidos pela Constituição Federal, possuem maior potencialidade de cometer novos crimes. Não entendo correto que, com base nessas condições subjetivas (condição social/econômica ou reincidência em crimes contra o patrimônio), se possa presumir que determinados agentes tem maior potencialidade de cometer a infração penal (MENDES, 2013)

Desta forma, verifica-se que a questão prejudicial do artigo não é o fato de se tipificar a posse de instrumentos usualmente utilizados para a prática de furto, mas condicionar a sua aplicação a uma presunção de periculosidade do sujeito ativo da conduta. Há de ressaltar ainda, que o tipo contravencional exige na sua parte final, que o indivíduo demonstre que o objeto portado não tenha destinação legítima, em manifesta contrariedade à presunção de inocência.

Nesse sentido, foi pacificado pelo Supremo Tribunal Federal que o artigo 25 da Lei de Contravenções Penais não foi recepcionado pela Constituição Federal, não havendo que se falar em aplicabilidade do referido dispositivo.

Verifica-se ainda neste capítulo, que o art.26 determina que:

Abrir alguém, no exercício de profissão de serralheiro ou ofício análogo, a pedido ou por incumbência de pessoa de cuja legitimidade não se tenha certificado previamente, fechadura ou qualquer outro aparelho destinado à defesa de lugar ou objeto:

Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa, de duzentos mil réis a um conto de réis.

O dispositivo em análise traz diversas elementares para que a contravenção seja consumada. Inicialmente requer que a conduta tipificada seja feita por profissional serralheiro ou de ofício análogo, levantando a pergunta se tal profissional deve exercer o ofício de forma profissional ou se também deve ser aplicado aquele que desenvolve tal atividade esporadicamente. Indaga-se ainda, quais ofícios são análogos ao de serralheiro, haja vista que tal determinação será fundamental para aplicação do dispositivo em comento. Em relação ao primeiro questionamento, a doutrina não é unânime, sendo que alguns defendem que a contravenção somente se aplica ao profissional e outros alegando

que tal contravenção se aplica tanto ao profissional quanto aquele que exerce ocasionalmente.

Ademais, o tipo penal exige que além de abrir a fechadura ou rompimento de aparelho defensivo, que permita a entrada em determinado local ou acesso à algo, que o profissional serralheiro ou análogo não tenha certificado sobre a legitimidade de quem o requereu. Pela interpretação da norma, o simples fato do profissional ter aberto a fechadura sem ter verificado a legitimidade daquele que o requereu já estaria consumada o tipo. No entanto, imagine-se a hipótese na qual o sujeito que requereu tal serviço fosse pessoa legítima, como por exemplo o proprietário do bem, porém o serralheiro não tenha questionado tal identidade. O serralheiro teria cometido a contravenção penal? Entendemos que não, haja vista que o referido profissional não lesionou qualquer bem jurídico ou ao menos, colocou o mesmo em perigo.

Assim, entende-se que a referida contravenção não deve ser aplicada, em face do princípio da intervenção mínima e o princípio da ofensividade, tendo em vista que a conduta nela prevista, não é por si só, violadora de algum bem jurídico.

Por fim, o último artigo deste capítulo, tipificava a seguinte conduta:

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.

No entanto, tal artigo foi revogado pela Lei nº 9.521, de 27.11.1997 tendo em vista a inadequação do tipo à realidade social e a desnecessidade de sanção penal, não havendo que se falar em aplicabilidade do referido dispositivo.

Dessa forma, verifica-se que neste capítulo, somente as condutas previstas no art.25, art.26 e art.27 não possuem aplicabilidade.

3.3.3. Das contravenções referentes à incolumidade pública (art.28 ao art.38)

Este capítulo inicia-se com o art.28, que dispõe:

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.

Em relação à conduta prevista no caput, verifica-se que esta encontra-se totalmente revogada pelo Estatuto do Desarmamento¹⁰, não havendo discussão quanto a sua não aplicabilidade. No entanto, o parágrafo único deste artigo gera discussões na doutrina, conforme será exposto a seguir.

Verifica-se que o parágrafo único tipifica três condutas, quais sejam, causar deflagração perigosa, queimar fogo de artifício ou soltar balão aceso, em lugar habitado, ou via pública, sem licença da autoridade. Inicialmente, a conduta de causar deflagração perigosa deve ser entendida como a de provocar chama ou explosão, pretendendo a norma evitar possíveis condutas lesivas ao público e patrimônio. No entanto, há de se ressaltar que o art. 16, III do Estatuto do Desarmamento criminalizou da mesma forma que o caput, a conduta de “possuir, detiver, fabricar ou empregar artefato explosivo ou incendiário, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”. Nesse sentido, visualiza-se que o tipo contravencional foi derogado neste aspecto pelo Estatuto do Desarmamento, uma vez que a conduta prevista na contravenção foi totalmente trazida pela legislação, abarcando outras hipóteses de incidência da norma, para condutas similares. Por fim, cabe ressaltar, que no caso da conduta causar incêndio ou explosão, serão devidamente enquadradas nos artigos 250 e 251, respectivamente, do Código Penal.

Por outro lado, a conduta de soltar fogos de artifícios em lugar habitado ou em via pública é prática corrente, haja vista que a venda e utilização são permitidas e tratadas pelo Decreto-lei nº 4.238/42. Tendo em vista que trata-se de contravenção de mera conduta, sem que exija a produção de qualquer resultado, verifica-se uma incompatibilidade da sua tipificação com o contexto social. Entretanto, há de se ressaltar que em diversos locais do país estão surgindo legislações e regulamentações, após eventos desastrosos, visando coibir a queima de fogos. Cita-se por exemplo, a proibição

¹⁰ Art. 15. Disparar arma de fogo ou acionar munição em lugar habitado ou em suas adjacências, em via pública ou em direção a ela, desde que essa conduta não tenha como finalidade a prática de outro crime:

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

Parágrafo único. O crime previsto neste artigo é inafiançável.

pela Federação Paulista de Futebol contra utilização de sinalizadores e fogos de artifício em estádios. Nesse sentido, em que pese a contravenção não estar em vigor pelo desuso da norma, verifica-se que não há legislação específica para regulamentar de forma abrangente a sua utilização, causando grande insegurança jurídica.

Em relação à conduta de soltar balão, esta foi revogada tacitamente pela Lei 9.605/98, uma vez que abordou de forma específica e posterior tal matéria:

Art. 42. Fabricar, vender, transportar ou soltar balões que possam provocar incêndios nas florestas e demais formas de vegetação, em áreas urbanas ou qualquer tipo de assentamento humano:

Pena - detenção de um a três anos ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

Dessa forma, verifica-se que o art.28 da Lei de Contravenções Penais não possui aplicabilidade no ordenamento jurídico.

Diferentemente deste dispositivo, a contravenção penal prevista no art.29 possui plena aplicabilidade.

Art. 29. Provocar o desabamento de construção ou, por erro no projeto ou na execução, dar-lhe causa:

Pena – multa, de um a dez contos de réis, se o fato não constitui crime contra a incolumidade pública.

Há de se ressaltar que a norma contravencional não se confunde com o art.256 do Código Penal, haja vista que esta última traz como elementar do crime a exposição a perigo da vida, integridade física ou patrimônio de outrem, situação não exigida pela contravenção penal.

Art. 256 - Causar desabamento ou desmoronamento, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

Parágrafo único - Se o crime é culposo:

Pena - detenção, de seis meses a um ano.

Nesse sentido, caso a conduta de desabamento não exponha a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem, seu enquadramento na condição de contravenção penal será possível.

Conduta semelhante à prevista no art.29 é aquela estabelecida no art.30 da Lei de contravenções penais que traz a seguinte redação: “omitir alguém a providência reclamada pelo estado ruinoso de construção que lhe pertence ou cuja conservação lhe incumbe; Pena – multa, de um a cinco contos de réis. Tal dispositivo encontra-se em vigor, não havendo qualquer discussão quanto a sua aplicabilidade.

O artigo 31¹¹ da Lei de contravenções penais também possui plena aplicabilidade, não sendo necessário sua análise em relação a este aspecto, posto que não gera discussões no âmbito da sua aplicação.

Em contrapartida, a contravenção penal prevista no art.32 está parcialmente revogada, haja vista que o Código de Trânsito Brasileiro em seu artigo 309 disciplinou de forma específica e posterior a conduta de dirigir veículo automotor, em via pública, sem a devida Permissão para Dirigir ou Habilitação. Nesse sentido, dispõe o Decreto-lei nº 3.688/41 e a Lei 9.507/97:

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. 309. Dirigir veículo automotor, em via pública, sem a devida Permissão para Dirigir ou Habilitação ou, ainda, se cassado o direito de dirigir, gerando perigo de dano:

Penas - detenção, de seis meses a um ano, ou multa.

¹¹ Art. 31. Deixar em liberdade, confiar à guarda de pessoa inexperiente, ou não guardar com a devida cautela animal perigoso:

Pena – prisão simples, de dez dias a dois meses, ou multa, de cem mil réis a um conto de réis.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem:

- a) na via pública, abandona animal de tiro, carga ou corrida, ou o confia à pessoa inexperiente;
- b) excita ou irrita animal, expondo a perigo a segurança alheia;
- c) conduz animal, na via pública, pondo em perigo a segurança alheia.

O Supremo Tribunal Federal editou a Súmula de número 720¹² pacificando o entendimento de que a direção de veículo na via pública, sem devida habilitação não é mais considerada contravenção com a entrada em vigor do Código de Trânsito Brasileiro. No entanto, a contravenção penal encontra-se em vigor no que tange a proibição de dirigir embarcação a motor, em águas públicas, sem a devida habilitação, não havendo que se falar na completa revogação do art.32.

De forma semelhante o art.33 aduz que, “dirigir aeronave sem estar devidamente licenciado; Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses, e multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis. Tal contravenção está em vigor, haja vista que não houve revogação tácita ou expressa do dispositivo, mesmo com a entrada do Código Brasileiro de Aeronave (Lei nº 7.565/86).

Em contrapartida, o art.34 da Lei de Contravenções penais gera diversos debates na doutrina, quanto a sua possível revogação parcial pelo Código de Trânsito Brasileiro:

Art. 34. Dirigir veículos na via pública, ou embarcações em águas públicas, pondo em perigo a segurança alheia:

Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa, de trezentos mil réis a dois contos de réis.

No que tange à direção de embarcações em águas públicas, pondo em perigo a segurança alheia, verifica-se que a referida contravenção possui plena aplicabilidade. No entanto, a divergência que se apresenta, encontra-se em relação à direção de veículos automotores. O cerne do debate cinge-se ao questionamento se as disposições criminais específicas trazidas pelo Código de Trânsito Brasileiro como aquelas previstas nos arts.306, 308 e 311, revogaram a referida contravenção penal. Observa-se que o entendimento mais razoável é aquele que entende que a referida contravenção encontra-se em vigor, desde que as condutas nela enquadradas não configurem crime, tipificado pela legislação de trânsito.

Nesse mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus de número 86.276-4/MG entendeu de forma implícita que a contravenção do art.34 não foi revogada e possui aplicação subsidiária aos crimes do Código de Trânsito Brasileiro. No caso, o STF anulou julgamento da Turma Recursal de Lavras que

¹² Súmula 720 STF - 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.

confirmou a decisão do Juizado Especial que não concedeu prazo para defesa se manifestar sobre a *mutatio libelli* do art.306 do CTB para o art.34 da Lei de contravenções penais. Ou seja, admitindo a referida mudança na imputação penal, consagrou-se o entendimento de que a contravenção penal do art.34, no que tange à veículos automotores encontra-se vigente.

Dessa forma, o art.34 encontra-se totalmente vigente, somente sendo necessária a ressalva quanto às condutas criminalizadas pelo Código de Trânsito Brasileiro.

Por outro lado, os arts.35 a 38 ¹³ da Lei de contravenções penais não apresentam incompatibilidades com o ordenamento jurídico, encontrando-se vigentes e aplicáveis. Somente ressalta-se que o Código Penal traz disposições semelhantes à conduta prevista no art.37, porém com ela não se confunde, tendo em vista que o Código Penal (art.264) especifica a conduta de arremesso de projétil contra veículo em movimento, destinado ao transporte público. Tal situação também ocorre com o art.38, uma vez que tanto o Código Penal, nos arts.252 e 253 e a Lei 9.605/98 em seu artigo 54 tratam de disposições semelhantes com aquela prevista na contravenção penal, sem que se retire a aplicabilidade da mesma.

¹³ Art. 35. Entregar-se na prática da aviação, a acrobacias ou a vôos baixos, fora da zona em que a lei o permite, ou fazer descer a aeronave fora dos lugares destinados a esse fim:

Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa, de quinhentos mil réis a cinco contos de réis.

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.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem:

- a) apaga sinal luminoso, destrói ou remove sinal de outra natureza ou obstáculo destinado a evitar perigo a transeuntes;
- b) remove qualquer outro sinal de serviço público.

Art. 37. Arremessar ou derramar em via pública, ou em lugar de uso comum, ou do uso alheio, coisa que possa ofender, sujar ou molestar alguém:

Pena – multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, sem as devidas cautelas, coloca ou deixa suspensa coisa que, caindo em via pública ou em lugar de uso comum ou de uso alheio, possa ofender, sujar ou molestar alguém

Art. 38. Provocar, abusivamente, emissão de fumaça, vapor ou gás, que possa ofender ou molestar alguém:
Pena – multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.

Nesse sentido, neste capítulo da Lei de contravenções penais somente o art.28 encontra-se revogado, e o art.32 no que tange a direção de veículo a motor, sem a devida habilitação, estando as demais contravenções com plena aplicabilidade.

3.3.4. Das contravenções referentes à paz pública (art.39 ao art.42)

Este capítulo inicia-se com a seguinte contravenção penal:

Art. 39. 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.

Verifica-se que a contravenção penal em apreço colide diretamente com a liberdade e direito de associar-se, previsto na Constituição Federal. Isto porque, a referida contravenção exige que as associações sejam permitidas pela autoridade competente, uma vez que, se a organização ou administração da associação não comunicarem a existência, bem como o objetivo, restaria configurada a contravenção. Trata-se de nítida norma que busca reforçar o controle do Estado sobre as pessoas, como ocorreu durante o Estado Novo, período em que a referida legislação foi editada.

Importa ressaltar nesse ponto, a previsão constitucional:

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

[...]

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;

A teor do art.5º, ora exposto, verifica-se que é garantia constitucional a associação para fins lícitos, sendo vedado a interferência estatal em seu funcionamento. Nesse sentido, a norma contravencional prevista no art.39 está em conflito com a sistemática constitucional, ao estabelecer a intervenção direta nas associações, e intitular como atividade ilícita, a reunião de mais de cinco pessoas de forma periódica, sem o conhecimento da autoridade competente.

Ressalta-se que a Constituição Federal garante a associação, desde que a mesma não tenha caráter paramilitar e que também não possua objetivo ilícito, porém tais vedações sequer constam como elementares da contravenção analisada.

Dessa forma, é evidente que o art.39 não foi recepcionado pela Constituição Federal, não havendo que se falar em aplicabilidade desta contravenção penal.

De forma semelhante, o art.40 da Lei de contravenções penais trata da provocação de tumulto ou conduta inconveniente em solenidade ou ato oficial, bem como em assembleia ou espetáculo público. Observa-se que mais uma vez, o legislador pretendeu resguardar todo ato público de possíveis perturbações à “ordem” pública de eventos:

Art. 40. Provocar tumulto ou portar-se de modo inconveniente ou desrespeitoso, em solenidade ou ato oficial, em assembleia ou espetáculo público, se o fato não constitui infração penal mais grave;

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

No entanto, há de se ressaltar que a contravenção penal analisada tipifica condutas pelas quais, não caberiam a intervenção mais severa do Estado, através do direito penal. Nesse aspecto, ressalte-se o comentário do referido dispositivo, pela doutrina antes da promulgação da Constituição Federal:

[...] Assim entendido, o texto legal aplica sanções àquele que, por quaisquer meio, possa provocar tumulto ou se prestar, através de conduta inconveniente, ou seja, um comportamento desrespeitoso ao meio ambiente em que se encontra o agente [...]. Portar-se inconvenientemente ou de modo desrespeitoso, pode ser traduzido, em sentido genérico: “a falta de educação” [...] (FIDA; GUIMARÃES; BIASOLI, 1974, p.63)

Pelo entendimento, ora colacionado, a contravenção penal deveria incidir para todo ato que provocasse tumulto ou fosse inconveniente em determinada sessão pública, podendo entender tais, como a prática de ato desrespeitoso. Verifica-se conforme já mencionado neste trabalho, que o direito penal deve ser provocado somente quando a conduta lesionar ou colocar em perigo algum bem jurídico de maior relevância na sociedade. Obviamente, que a prática de atos desrespeitosos durante eventos públicos não se enquadra na área de incidência penal.

No entanto, não há que se falar que tais atos estão permitidos pelo ordenamento jurídico, haja vista que outras matérias, que não o direito penal, podem regular a solenidade destes eventos. Importa destacar ainda, que tal norma é resquício de um Estado extremamente conservador, que buscava a centralização do poder, que recorria-se ao direito penal para manutenção deste ideal.

Além disso, a subsunção de um fato à referida norma contravencional exigiria uma nítida interpretação do julgador, haja vista que a contravenção, ora analisada, não apresenta de forma clara e objetiva as suas elementares, que ficará quase que, de forma absoluta, à discricionariedade do julgador.

Dessa forma, não há que se falar em aplicabilidade do referido dispositivo, haja vista que o direito penal não pode regular atos que sequer ameacem bens jurídicos de maior relevância e que deixem a critério do julgador, identificar as suas elementares.

Diferentemente destas duas condutas, as contravenções penais previstas nos artigos 41 e 42 da Lei de contravenções penais possuem plena aplicabilidade. Há de se ressaltar que para a configuração de qualquer destas contravenções penais, deve se verificar a real ofensividade ao bem jurídico protegido. Em relação à contravenção prevista no art.41¹⁴, a melhor doutrina exige que deve ocorrer, “para a configuração da contravenção, a efetiva ocorrência do alarma, pânico ou tumulto, sem os quais não se vislumbra sequer ameaça de lesão ao bem jurídico a justificar o juízo de ilicitude penal” (DITTICIO, 2006).

No mesmo sentido, a configuração da contravenção penal prevista no art.42, que tipifica a perturbação do trabalho ou sossego alheios, o qual não está à mercê da irritabilidade de determinado indivíduo que se sente perturbado com determinados atos. Nesse sentido, é o entendimento na doutrina:

¹⁴ Art. 41. Provocar alarma, anunciando desastre ou perigo inexistente, ou praticar qualquer ato capaz de produzir pânico ou tumulto; Pena – prisão simples, de quinze dias a seis meses, ou multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.

Cabe considerar, inicialmente, que o simples fato de alguém, por qualquer motivo ou capricho, ou ainda ser portador de qualquer irritabilidade, se sentir perturbado em seu trabalho ou em sua tranquilidade por fatos sem importância, pensamos, não ocorrer a figura em estudo. Necessário, pois, que a perturbação seja analisada, devidamente considerados os seus elementos em concreto, para que se caracterize a figura aqui estudada. (FIDA; GUIMARÃES; BIASOLI; 1974, p.65)

Dessa forma, no capítulo das contravenções referente à paz pública, verifica-se que os artigos 39 e 40 não possuem aplicabilidade, ante a não receptividade pela Constituição Federal e pela desnecessidade de se tipificar condutas que não lesem bens jurídicos de maior relevância, respectivamente.

3.3.5. Das contravenções referentes à fê pública (art.43 ao art.46)

O capítulo inicia-se com a seguinte contravenção penal:

Art. 43. Recusar-se a receber, pelo seu valor, moeda de curso legal no país:

Pena – multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.

Verifica-se que o bem jurídico protegido é validade do curso da moeda e a garantia da sua aceitabilidade. Não há norma semelhante no ordenamento jurídico que poderia, em tese, retirar sua aplicabilidade, sendo portanto legítima a sua tipificação.

No entanto, diferentemente, da contravenção prevista no art.43, o art.44 dispõe que:

Art. 44. Usar, como propaganda, de impresso ou objeto que pessoa inexperiente ou rústica possa confundir com moeda:

Pena – multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.

Verifica-se que tal norma visa proteger aquelas pessoas que por inexperiência possam confundir a propaganda de impresso ou objeto com moeda. Inicialmente, a contravenção analisada não requer para sua configuração, o real prejuízo que a pessoa possa vir a ter, sendo portanto, contravenção de perigo abstrato que não exige qualquer resultado.

No entanto, ao se fazer a comparação desta contravenção com o crime de falsificação de moeda, previsto no art.289 do Código Penal, percebe-se que é entendimento majoritário que a falsificação grosseira não se enquadra no tipo penal, podendo, se for o caso, ser enquadrado como estelionato. Nesse sentido, aduz Rogério Greco:

Ao contrário, tem-se afastado a infração penal em estudo quando a falsificação é grosseira, pois, conforme esclarece Fragozo, “as falsificações grosseiras (como as notas do Banco da Felicidade)”, capazes somente de iludir os cegos, os simples e imaturos de mente, não constituem perigo para a fé pública e não é punível como moeda falsa, mas, tão só, como estelionato, se for o caso”. (GRECO, 2015, p. 252)

Trazendo tal interpretação para a norma contravencional analisada, verifica-se que a mesma pretende, tão somente, proteger aqueles pessoas poderiam confundir a propaganda com moeda. Assim, a simples utilização de impresso ou objeto que se assemelhe à moeda, como propaganda, não tem o condão, por si só, de lesionar o bem jurídico que seria a confiança na moeda. Nesse sentido, a contravenção penal prevista no art.44 não mais possui aplicabilidade, haja vista que o direito penal não deve ser utilizado para inibir condutas que sequer lesionem bens jurídicos. Há de se ressaltar que caso a referida conduta seja utilizada com o objetivo de ludibriar determinada pessoa, restaria configurada a lesão e portanto o crime de estelionato.

Além disso, caso a intenção do Estado seja a de proibir a utilização de impressos que se assemelhem à moeda, como propaganda, poderia simplesmente editar legislação específica, que não a penal, para regular tais atos.

Por outro lado, tanto a contravenção penal no art.45 quanto aquela prevista no art.46¹⁵ são legítimas, mesmo que não exijam para sua consumação qualquer objetivo ou resultado. O simples ato de “fingir-se funcionário público” e o de “usar, publicamente, uniforme ou distintivo de função pública que não exercer” gera uma situação de quebra na confiança dos agentes que exerçam funções públicas.

Assim, neste capítulo, somente há que se falar em inaplicabilidade do art.44 da Lei de contravenções penais.

¹⁵ Art. 45. Fingir-se funcionário público:

Pena – prisão simples, de um a três meses, ou multa, de quinhentos mil réis a três contos de réis

Art 46. Usar, publicamente, de uniforme, ou distintivo de função pública que não exerce; usar, indevidamente, de sinal, distintivo ou denominação cujo emprêgo seja regulado por lei.

Pena – multa, de duzentos a dois mil cruzeiros, se o fato não constitui infração penal mais grave.

3.3.6. Das contravenções relativas à organização do trabalho (art.47 ao art.49)

A primeira contravenção deste capítulo refere-se ao exercício irregular de determinada profissão ou atividade econômica:

Art. 47. Exercer profissão ou atividade econômica ou anunciar que a exerce, sem preencher as condições a que por lei está subordinado o seu exercício:

Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa, de quinhentos mil réis a cinco contos de réis.

Observa-se que tal contravenção penal é relevante pois reprime que determinadas profissões sejam exercidas por pessoas sem a qualificação técnica necessária, ou ainda, sem o devido registro na autoridade competente. Observa-se, que o legislador tipificou como crime o exercício ilegal da medicina, arte dentária ou farmacêutica, prevista no art.282 do Código Penal, tendo em vista nestas áreas, o exercício legal atingiria bens jurídicos de maior relevância merecendo maior proteção no âmbito penal.

No entanto, tal dispositivo não está imune a críticas pela doutrina, haja vista que é entendimento majoritário, que o sujeito ativo desta contravenção tenha gerado potencial risco a bens jurídicos penais. Nesse sentido, no julgamento do Habeas Corpus nº 115.046 MG, em que se discutia a incidência desta norma contravencional aos guardadores e lavadores autônomos de carros (flanelinhas), tendo em vista a exigência de registro pela Lei 6.242/75¹⁶, o Supremo Tribunal Federal manifestou nos seguintes termos:

Nessa senda, considerando que o bem jurídico tutelado pela norma não sofreu lesão relevante que mereça a intervenção do Direito Penal, não há como reconhecer a tipicidade material da conduta ante a incidência, na hipótese, do princípio da insignificância. Como é cediço, o Direito Penal deve ocupar-se apenas de lesões relevantes aos bens jurídicos que lhe são caros, devendo atuar sempre como última medida na prevenção e repressão de delitos, ou seja, de forma subsidiária a outros instrumentos repressivos. Isto significa que o bem jurídico deve receber a tutela da norma penal somente quando os demais ramos do Direito não forem suficientes para punir e reprimir determinada conduta.

Feito tais considerações, a contravenção penal analisada encontra-se em plena aplicabilidade.

¹⁶ Art. 1º O exercício da profissão de guardador e lavador autônomo de veículos automotores, em todo o território nacional, depende de registro na Delegacia Regional do Trabalho Competente.

Por outro lado, o art.48 tipifica a seguinte conduta:

Art. 48. Exercer, sem observância das prescrições legais, comércio de antiguidades, de obras de arte, ou de manuscritos e livros antigos ou raros:

Pena – prisão simples de um a seis meses, ou multa, de um a dez contos de réis.

Em que pese a norma pretender proteger “o controle do comércio legítimo de objetos antigos, obras de arte”, conforme aduz Damásio de Jesus, verifica-se que tal tipificação não está em sintonia com o princípio da intervenção mínima do direito penal ou princípio da lesividade.

Ressalta-se que o comércio de antiguidades, obras de artes, manuscritos e livros antigos ou raros não deve ser regulado pelo ramo mais severo do direito, principalmente, quando outras áreas podem regular tais condutas sem qualquer prejuízo. Dessa forma, em que pese não haver manifestação expressa pelo legislador ou pelos tribunais superiores, não há que se falar em aplicabilidade desta contravenção penal.

De forma análoga, é o que ocorre com a conduta prevista no art.49¹⁷ da Lei de contravenções penais. Isto porque, a norma em questão trata de matéria civil e administrativa, não devendo ser punida pela esfera penal.

Desta forma, não há que se falar em aplicabilidade das normas previstas no art.48 e 49 do Decreto-lei nº 3.688/41.

3.3.7. Das contravenções relativas à polícia de costumes (art. 50 ao art.65)

Inicialmente, tal capítulo é conhecido por sua primeira contravenção penal, frequentemente denominada de contravenção dos jogos de azar:

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

¹⁷ Art. 49. Infringir determinação legal relativa à matrícula ou à escrituração de indústria, de comércio, ou de outra atividade:

Pena – multa, de duzentos mil réis a cinco contos de réis.

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

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

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

§ 3º Consideram-se, jogos de azar:

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

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

c) as apostas sobre qualquer outra competição esportiva.

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

a) a casa particular em que se realizam jogos de azar, quando deles habitualmente participam pessoas que não sejam da família de quem a ocupa;

b) o hotel ou casa de habitação coletiva, a cujos hóspedes e moradores se proporciona jogo de azar;

c) a sede ou dependência de sociedade ou associação, em que se realiza jogo de azar

d) o estabelecimento destinado à exploração de jogo de azar, ainda que se dissimule esse destino.

Tal contravenção proíbe o estabelecimento ou exploração de jogo de azar, sendo este aquele que depende, principalmente, da sorte. É bastante criticada, justamente, pelo argumento utilizado para sua proibição, haja vista que para alguns representa uma extrema invasão do Estado na vida particular de quem participa dos jogos ou daqueles que exploram tal atividade, constituindo violação aos preceitos da liberdades fundamentais garantidas pela Constituição Federal.

Visualiza-se a visão conservadora, favorável à contravenção, no seguinte trecho da doutrina anterior à Constituição Federal:

Podemos considerar o jogo de azar como a prática contínua e imoral que só degrada o jogador como também deixa nos seus rastros uma figura negra e nefanda para a sociedade, com reflexos negativos no instituto da família, muitas vezes com o empobrecimento e quiçá, mais ainda, acarretando o esmagamento do lar. Podemos mesmo afirmar o jogo de azar somente trás benefícios econômicos ao ‘banqueiro’. (FIDA; GUIMARÃES; BIASOLI; 1974, p.87)

Tal questão está sob análise pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário de nº 966.177, na qual foi admitida a repercussão geral¹⁸ para discutir se a referida contravenção penal foi recepcionada pela Constituição Federal ou não. Isto porque, a Turma Recursal dos Juizados Criminais do Estado do Rio Grande do Sul está considerando atípica aquelas condutas enquadradas na referida contravenção penal, aduzindo que tal conduta está “inserida no âmbito das liberdades individuais, enquanto direito constitucional intocável”.

Verifica-se que o posicionamento do Tribunal do Rio Grande do Sul é inovador e está devidamente alinhado à melhor interpretação constitucional referentes às liberdades individuais (art.5º) e livre iniciativa (art.170). No entanto, tal questão é mais complexa.

Há de se ressaltar que, apesar da prática de jogos de azar estar no âmbito da liberdade do indivíduo, que possui ampla capacidade decisória, é certo que a atividade dos jogos de azar deve ser regulamentada pelo poder público no âmbito civil e administrativo. Tal entendimento trazido pelo Procuradoria Geral da República em manifestação do Recurso Extraordinário nº 966.177 possui ampla relevância, haja vista que, se o Supremo Tribunal Federal considerar que o art.50 da Lei de contravenções penais não foi recepcionado, considerará lícita a prática e exploração dos referidos jogos. Estes que, atualmente, não possuem qualquer tipo de regulamentação nesse sentido.

Feitas tais considerações, apesar da contravenção penal do art.50 extrapolar os limites da intervenção penal, principalmente sob a ótica trazida pelas liberdades previstas na Constituição Federal, o melhor entendimento é que a mesma encontra-se em vigor até o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal ou até a regulamentação da matéria no âmbito civil e administrativo.

Por outro lado, as contravenções previstas no art.51 ao art.58 encontram-se tacitamente revogados pela Lei nº 6.245/44 que disciplinou de forma específica as condutas ilícitas trazidas pela Lei de contravenções penais a partir do artigo 45 e seguintes. E, portanto, sendo esta legislação posterior e específica, não há que se falar em aplicabilidade da referida norma. Destaca-se que todas as condutas revogadas permaneceram na condição de contravenções, porém não serão analisadas neste trabalho, tendo em vista que extrapolariam o objeto de estudo.

A Lei de contravenções penais também traz como típica a seguinte conduta:

¹⁸ O Ministro relator Marco Aurélio aduziu que o tema possui grande relevância política, econômica, social e jurídica, principalmente pelo fato de que na unidade federativa do Estado do Rio Grande do Sul “a prática do jogo de azar não é mais considerada contravenção penal.” (RE 966.177)

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

Tal contravenção é constantemente criticada pela doutrina e jurisprudência, tendo em vista que “o legislador considera que a conduta ociosa, nas condições da figura típica, tende à delinquência” (JESUS, 1999, p. 192). No entanto, verifica-se que o entendimento mais adequado referente à tal conduta, ora analisada, é pela sua não recepção pela Constituição Federal de 1988.

Verifica-se que a conduta de se entregar habitualmente à ociosidade não fere qualquer bem jurídico, e também não induz, por si só, como pretendeu o legislador, a uma condição de periculosidade presumida. Isto porque, o sistema constitucional penal veda qualquer conduta discriminatória entre os indivíduos e, também não serve como medida de política social. Nesse mesmo sentido, o ministro Gilmar Mendes no julgamento do Recurso Extraordinário nº 583.523, que decidiu pela não recepção do art.25, citou Paulo Lúcio Nogueira:

O problema da vadiagem é mais sociológico do que jurídico e o seu combate é mais preventivo do que repressivo. Não se pode reprimir eficazmente uma situação criada com o concurso do próprio Estado, que nada faz no campo preventivo em favor de muitos infelizes. Dispondo de vastas áreas e de meios eficazes, cumpria ao Estado cultivá-las mediante o trabalho dos desocupados habituais. Seria a maneira ideal de empregá-los, obrigando-os a um trabalho sério e produtivo. (NOGUEIRA, 1930, p.229)

Assim, em que pese a conduta descrita na contravenção penal não ser aceita pelos “bons costumes”, não deve ser regulada pelo direito penal. Nesse sentido, tendo em vista que a contravenção penal não foi recepcionada pela Constituição Federal, não há que se falar na sua aplicabilidade.

De forma semelhante, foi o que ocorreu com a contravenção penal prevista no art.60. Esta previa a conduta de mendicância, porém foi revogada pela Lei nº 11.983/09, tendo em vista o reconhecimento expresso pelo legislador, de que a conduta tipificada não estava no âmbito de incidência da norma penal.

Em contrapartida, o art.61 da Lei de contravenções penais tipificou a importunação ofensiva ao pudor:

Art. 61. Importunar alguém, em lugar público ou acessível ao público, de modo ofensivo ao pudor:

Pena – multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.

Verifica-se que esta contravenção está em plena aplicabilidade, haja vista que, atualmente, no ordenamento jurídico, tal norma possui caráter genérico e subsidiário, tendo em vista a tipificação específica de diversas condutas libidinosas, como aquelas previstas no Código Penal a partir do art.213.

Posteriormente, a Lei de contravenções penais traz a seguinte contravenção penal:

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

Esta contravenção é considerada por diversos doutrinadores como “letra morta”. Inicialmente, o fato da pessoa se apresentar embriagada, em público causando escândalo não é uma situação que atinja determinado bem jurídico que justifique a intervenção penal. Tal contravenção muito se assemelha àquela prevista no art.40, haja vista que a norma traz no seu conteúdo, forte teor moral.

Além disso, há de se ressaltar que a apresentação em público de pessoa embriagada que ponha em perigo a própria segurança, também não pode ser objeto de tutela do direito penal, em respeito ao princípio da alteridade ou transcendentalidade. Isto porque, a conduta ilícita, objeto do direito penal, deve transcender à esfera individual, não podendo punir alguém que, somente, fez mal a si próprio. Nesse sentido, destaca Fernando Capez:

Tal princípio foi desenvolvido por Claus Roxin, segundo o qual “só pode ser castigado aquele comportamento que lesione direitos de outras pessoas e que não seja simplesmente pecaminoso ou imoral. À conduta puramente interna, ou puramente individual — seja pecaminosa, imoral, escandalosa ou diferente

—, falta a lesividade que pode legitimar a intervenção penal”. (CAPEZ, 2010, p.32)

Por fim, a contravenção, ora analisada, poderia subsistir no que tange à provocação de perigo alheio, se tal conduta não constituir ilícito mais grave, como por exemplo, aquela prevista no art.132 do Código Penal. Desta forma, verifica-se que a contravenção prevista no art.62 está parcialmente inaplicável.

Já o art.63 tipifica a seguinte conduta:

Art. 63. Servir bebidas alcoólicas:

II – a quem se acha em estado de embriaguez;

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

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

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

Verifica-se esta contravenção penal não mais possui aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro. Inicialmente, insta salientar que para todas as condutas previstas no referido tipo contravencional, o simples ato de servir bebida alcoólica não ofende qualquer bem jurídico tutelado pelo direito penal. Além disso, a conduta prevista no inciso II não possui qualquer relevância para o campo penal, haja vista que não se trata de forçar ou obrigar alguém à ingerir bebida alcoólica, os quais somente poderiam ficar evidenciados no exemplo da compra da referida bebida por pessoa já embriagada. Sendo assim, trata-se de norma sem qualquer aplicabilidade.

Por outro lado, o inciso III bem como o inciso IV são casos nos quais a fiscalização e a punição por tais condutas são de extrema dificuldade. Isto porque, dificilmente será possível enquadrar, diante de um caso concreto, tais condutas tipificadas, haja vista que estas contravenções são de mera conduta, não exigindo qualquer resultado. Além disso, indaga-se qual o bem jurídico protegido pela norma que mereça a reprimenda penal. Desta forma, verifica-se o art.63 não possui qualquer aplicabilidade.

Por outro lado, o art. 64 encontra-se tacitamente revogado pela Lei nº 9.605/98, uma vez que em seu art. 32 tratou de forma específica a conduta de maus tratos contra animais, aumentando a abrangência da norma penal. Dessa forma, não há que se falar em aplicabilidade da norma prevista no art. 64 da Lei de contravenções penais.

Por fim, a última contravenção deste capítulo, tipifica a seguinte conduta:

Art. 65. Molestar alguém ou perturbar-lhe a tranquilidade, por acinte ou por motivo reprovável:

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

Esta contravenção, conforme ensina Damásio de Jesus pretende proteger a tranquilidade social, constituindo ilícito penal a conduta de incomodar, aborrecer ou atormentar alguém por motivo reprovável. Trata-se novamente, de contravenção que extrapola os limites da incidência do direito penal, haja vista que fere claramente o princípio da intervenção mínima ou *ultima ratio*. Este tipo de comportamento pode indubitavelmente, gerar consequências na esfera civil, porém mostra-se desarrazoado a sua tipificação na esfera penal.

Portanto, verifica-se que no capítulo das contravenções referentes à polícia de costumes, os seguintes artigos encontram-se aplicáveis: art.50, art.61 e o art.62 em parte.

3.3.8. Das contravenções referentes à Administração Pública (art.66 ao art.70)

O último capítulo da Lei de contravenções penais, inicia-se com a seguinte contravenção penal:

Art. 66. Deixar de comunicar à autoridade competente:

I – crime de ação pública, de que teve conhecimento no exercício de função pública, desde que a ação penal não dependa de representação;

II – crime de ação pública, de que teve conhecimento no exercício da medicina ou de outra profissão sanitária, desde que a ação penal não dependa de representação e a comunicação não exponha o cliente a procedimento criminal:

Pena – multa, de trezentos mil réis a três contos de réis.

Verifica-se que não há divergências na doutrina ou jurisprudência quanto a aplicabilidade do referido dispositivo. Além disso, tramita no Congresso Nacional, o Projeto de Lei nº 1.526/07 que pretende revogar tal contravenção penal e acrescentar o art.320-A¹⁹ no Código Penal disciplinando a mesma conduta e matéria.

¹⁹ Art. 320A. Deixar de comunicar à autoridade competente crime de ação penal pública incondicionada, de que teve conhecimento no exercício de cargo, emprego ou função pública:

De forma semelhante, o art.67 da Lei de contravenções penais continua com plena aplicabilidade, não se confundindo com as condutas previstas no Código Penal (art. 209 a 212).

Art. 67. Inumar ou exumar cadaver, com infração das disposições legais:

Pena – prisão simples, de um mês a um ano, ou multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.

Isto porque, conforme elucida Mariângela Gama de Magalhães Gomes, o ilícito contravencional trata das condutas de enterrar (inumar) e desenterrar (exumar) cadáver, sem a observância das regras procedimentais para tais atos, como por exemplo, o sepultamento sem certidão do oficial de registro do lugar do falecimento, ou o sepultamento em local que não seja cemitério, a teor da Lei 6015/73. O objeto jurídico desta contravenção, portanto, não se confunde com os crimes previstos no Código Penal, haja vista que a contravenção penal visa punir as condutas que não observam a legislação e regras atinentes à inumação ou exumação de cadáver, e não a proteção com as pessoas mortas.

Em seguida, o art.68 do Decreto-lei nº 3.688/41 estabelece a seguinte conduta:

Art. 68. Recusar à autoridade, quando por esta, justificadamente solicitados ou exigidos, dados ou indicações concernentes à própria identidade, estado, profissão, domicílio e residência:

Pena – multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.

Parágrafo único. Incorre na pena de prisão simples, de um a seis meses, e multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis, se o fato não constitui infração penal mais grave, quem, nas mesmas circunstâncias, faz declarações inverídicas a respeito de sua identidade pessoal, estado, profissão, domicílio e residência.

Observa-se que este dispositivo traz à luz dos ditames constitucionais diversos debates. Inicialmente, há que se ressaltar que a referida contravenção penal, na maioria dos casos, estará cumulada com alguma infração mais grave. Verifica-se então, que se o agente recusa identificar-se perante alguma autoridade, que tenha competência para tal ato, há de se analisar se o sujeito não está exercendo o seu direito de não auto

Pena – detenção, de seis meses a dois anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave.

incriminação. Nestes casos, tal conduta não é considerada ilícita, haja vista que é pacífico na jurisprudência, que o agente não possui a obrigação de se incriminar.

No entanto, esse tipo de conduta não é permitida de forma generalizada, haja vista por exemplo que se o réu mentir sobre quem ele é, durante a audiência de instrução, estará incorrendo em crime e não na contravenção, ora analisada. Da mesma forma, o Código de Trânsito Brasileiro estabelece a obrigação de dirigir portando a referida habilitação, sob pena de incorrer em multa administrativa.

Nesse sentido, observa-se que a aplicabilidade da contravenção em questão estará muitas vezes absorvidas pelas condutas previstas no Código Penal (art.298, art.299, art.304 e art.307) e por vezes, utilizada como direito constitucional à não auto incriminação. Assim, caso alguém não incorra em nenhuma destas hipóteses, verifica-se que a aplicação da contravenção extrapolará os limites da tutela penal, tendo em vista, que tal conduta não é, por si só, violadora de algum bem jurídico que mereça tal reprimenda. Assim, entende-se que a contravenção penal prevista no art.68 não possui aplicabilidade.

Posteriormente, verifica-se que o art. 69 também não é mais aplicável, tendo em vista que foi revogado pela Lei nº 6.815/80 (Estatuto do Estrangeiro), atualmente revogada pela Lei nº 13.445/17.

De forma análoga, o art.70 da Lei de contravenções penais não possui aplicabilidade, tendo em vista sua revogação pela Lei nº 6.538/78 (art.42) que disciplinou da mesma matéria.

Assim, neste capítulo, verifica-se que somente os artigos 66 e 67 possuem plena aplicabilidade.

4. Conclusão

Após a análise de todas as contravenções penais previstas no Decreto-lei nº 3.688/41, no que tange ao aspecto da aplicabilidade, foi possível identificar que dentre as 53 (cinquenta e três) contravenções penais estabelecidas na referida legislação, somente 24 (vinte e quatro) encontram-se plenamente vigentes. Dessa forma, verifica-se que, aproximadamente 54,7% das contravenções penais, previstas no Decreto-lei nº 3.688/41 não possuem aplicabilidade.

Dessa forma é possível classificar as contravenções penais não aplicáveis em 4 (quatro) blocos distintos, sendo eles: contravenções penais revogadas expressamente por legislações posteriores, contravenções penais revogadas tacitamente por legislações posteriores, contravenções penais não recepcionadas pela Constituição Federal e contravenções penais incompatíveis com as diretrizes do direito penal moderno.

4.1. Contravenções penais revogadas expressamente por legislações posteriores

Encontram-se neste bloco, as contravenções penais previstas nos seguintes artigos: art.27, art.60 e art.69. Tais revogações são facilmente encontradas na Lei de contravenções penais, haja vista que a menção expressa por legislação posterior, permite a imediata identificação da sua retirada do ordenamento jurídico.

Dessa forma, percebe-se que dentre as 28 contravenções penais não aplicáveis no ordenamento jurídico, somente três são por revogação expressa, demonstrando a falta de coesão do sistema jurídico penal, neste ponto.

4.2. Contravenções penais revogadas tacitamente por legislações posteriores

Neste bloco, localizam-se a maioria das contravenções penais não aplicáveis. São aquelas previstas nos seguintes artigos: art.18, art.19, art.28, art.32 (em parte), art.51, art.52, art.53, art.54, art.55, art.56, art.57, art.58, art.64 e art.70. Tal fato demonstra o principal problema da lei de contravenções penais, tendo em vista que a incompatibilidade das condutas previstas nestes artigos, somente é identificada a partir de uma análise de todo sistema jurídico penal.

Este estudo é demasiadamente denso, e causa diversas discussões na doutrina e jurisprudência, não havendo que se falar, neste ponto de garantia da segurança jurídica.

Isto porque, apesar de revogadas por outras legislações continuam previstas no Decreto-lei nº 3.688/41, as quais diante de uma análise superficial aparentam estar plenamente aplicáveis.

4.3. Contravenções penais não recepcionadas pela Constituição Federal de 1988

Encontram-se neste bloco as contravenções penais previstas nos seguintes artigos: art.25, art.39 e art.59. Assim como as contravenções penais revogadas expressamente, tais condutas também são identificadas de forma mais evidente na Lei de contravenções penais. Embora que, somente a conduta do art.25 tenha sido expressamente declarado não recepcionado pelo Supremo Tribunal Federal, verifica-se que tanto a conduta prevista no art.39 quanto a estabelecida no art.59 apresentam incompatibilidades materiais com a Carta Magna.

No entanto, apesar de aparecerem evidentes no que tange a sua não aplicabilidade, fortalecem a insegurança jurídica, haja vista que continuam previstos na referida legislação.

4.4. Contravenções penais incompatíveis com os princípios do direito penal moderno

Por fim, neste bloco encontram-se as contravenções penais previstas nos seguintes artigos: art.26, art.40, art.44, art.48, art.62 (em parte), art.63, art.65 e art.68. Observa-se que tais contravenções penais não mais possuem aplicabilidade, tendo em vista a sua incompatibilidade com a tipificação de ilícitos penais no que tange ao aspecto da intervenção mínima do direito penal, o princípio da ofensividade e o princípio da transcendentalidade, conforme fora exposto durante este trabalho.

Neste sentido, pode-se concluir que tais tipos contravencionais são aqueles que mais geram discussões no âmbito da doutrina e jurisprudência, haja vista que a identificação da sua inaplicabilidade somente ocorre após contrapô-los com os princípios norteadores da criação e aplicação das normas penais. Assim, por decorrer de uma análise interpretativa e que, por vezes, também é subjetiva, verifica-se que a previsão expressa destas contravenções penais reforçam a insegurança jurídica penal.

4.5. Considerações finais

Após todas estas considerações, verifica-se com maior grau de certeza, que o problema do Decreto-lei nº 3.688/41 é o da aplicabilidade das suas contravenções penais, tendo em vista, a constatação de que mais da metade destas não possuem plena aplicabilidade. Ressalta-se novamente, que o objetivo do presente trabalho foi de analisar quais contravenções penais estão plenamente aplicáveis, fazendo-se um estudo comparativo com o ordenamento jurídico, a qual certamente, garantirá maior facilidade no manuseio desta legislação em casos concretos e novas discussões sobre o tema.

5. Referências bibliográficas

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**, volume 1, parte geral: (arts. 1º a 120) – 15. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011. ISBN 978-85-02-11427-2

FIDA, GUIMARÃES, BIASOLI. **Comentários à lei das contravenções penais**. Livraria e Editora universitária de Direito Ltda, 1974.

GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2008.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**; parte geral, volume 1 –16. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014. ISBN 978-85-7626-743-0

_____. **Curso de Direito Penal**; parte especial, volume IV. – 11. Ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2015. ISBN 978-85-7626-87-8

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. **Maioridade penal e o direito penal simbólico**. Disponível em <<https://professoraalice.jusbrasil.com.br/artigos/121814052/maioridade-penal-e-o-direito-penal-simbolico>>. Acesso em: 23 set. 2017.

JESUS, Damásio E. de. **Lei das Contravenções Penais Anotada** – 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 1999.

JÚNIOR, RIBEIRO, NETO. **Novos rumos do direito penal contemporâneo**. Revista Científica do ITPAC, Araguaína, v.5, n.1, Pub.6, Janeiro 2012. ISSN 1983-6780

NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional** – 9. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípio da intervenção mínima e contravenções penais**. 2016. Disponível em <<http://www.guilhermenucci.com.br/dicas/principio-da-intervencao-minima-e-contravencoes-penais>>. Acesso em: 24 set. 2017.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo (coord.) – **Comentários à Lei de Contravenções Penais** – São Paulo: Quartier Latin, 2006. ISBN 85-7674-156-3

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos humanos: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. rev. Atua e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. ISBN 978-85-7348-935-4

SERRA, Carlos. Henrique. Aguiar. **Violência e Estado punitivo no Brasil contemporâneo**. In.Prim@ Facie, V. 10, p. 108-118, 2011.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos EUA**. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 2007.