



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

NATANAEL SIMÃO PIMENTEL

**ANÁLISE DA TIPIFICAÇÃO DE CONTRAVENÇÕES PENAIS À LUZ DOS
PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL MÍNIMO**

FORTALEZA/CE

2020

NATANAEL SIMÃO PIMENTEL

ANÁLISE DA TIPIFICAÇÃO DE CONTRAVENÇÕES PENAIS À LUZ DOS PRINCÍPIOS
DO DIREITO PENAL MÍNIMO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Raul Carneiro Nepomuceno.

FORTALEZA/CE

2020

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária

Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

P699a Pimentel, Natanael Simão.
Análise da tipificação das contravenções penais à luz dos princípios do Direito Penal Mínimo / Natanael Simão Pimentel. – 2020.
63 f. : il. color.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2020.

Orientação: Prof. Dr. Raul Carneiro Nepomuceno.

1. Contravenções penais. 2. Direito Penal Mínimo. 3. Princípio da intervenção mínima. I. Título.

CDD 340

NATANAEL SIMÃO PIMENTEL

ANÁLISE DA TIPIIFICAÇÃO DE CONTRAVENÇÕES PENAIS À LUZ DOS PRINCÍPIOS
DO DIREITO PENAL MÍNIMO

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Aprovada em: ___/___/_____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Raul Carneiro Nepomuceno (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Daniel Maia
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Sidney Guerra Reginaldo
Universidade Federal do Ceará (UFC)

A Deus.

Aos meus pais, Raimundo Nonato e Luciene.

Ao meu irmão Jonatan e a minha tia Margarida.

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Dr. Raul Carneiro Nepomuceno, pela excelente orientação e pelas aulas inspiradoras que me fizeram despertar o interesse pelo tema abordado no presente trabalho.

Aos professores participantes da banca examinadora Dr. Daniel Maia e Me. Lino Edmar de Menezes pelo tempo, pelas valiosas colaborações e sugestões.

À Ana Beatriz pelas valorosas dicas, sugestões e críticas recebidas.

Aos colegas da turma de graduação pelas reflexões, críticas, sugestões recebidas e por terem feito os cinco anos do curso mais prazerosos.

A maneira apropriada de se consertar o mundo não é consertando o mundo; não há razão para se presumir que você sequer seja capaz dessa tarefa. Mas, você pode consertar a si mesmo; não causará nenhum mal a ninguém fazendo isso. E, nesse caso, pelo menos, você fará do mundo um lugar melhor.

Jordan B. Peterson

RESUMO

O presente estudo analisa a necessidade e a compatibilidade da tipificação das contravenções penais com os princípios orientadores do Direito Penal Mínimo. A relevância da temática se dá em razão da necessidade de buscar aumentar a eficiência da persecução penal, bem como tornar o ordenamento jurídico mais compatível e alinhado aos novos valores introduzidos pela Constituição Federal de 1988. Desse modo, a investigação se deu por meio da leitura de literatura jurídica penal, da análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, além de dados públicos. Assim, o estudo chegou a conclusão de que é desnecessário tipificar condutas tão pouco lesivas que não podem nem ser consideradas como criminosas, mas meras contravenções, além de se verificar que as contravenções penais são incompatíveis com os princípios norteadores do Direito Penal Mínimo. Por fim, concluiu-se, ainda, que a melhor solução para os problemas apontados durante o trabalho, é a edição de uma lei que revogue o Decreto-Lei nº 3.688/41.

Palavras-chave: Contravenções penais. Direito Penal Mínimo. Princípio da intervenção mínima.

ABSTRACT

This study analyzes the need and the compatibility of the typification of the misdemeanors offenses with the guiding principles of Minimum Criminal Law. The relevance of the theme is due to the need to seek to increase the efficiency of criminal prosecution, as well as making the criminal order more compatible and aligned to the new values entered by the Federal Constitution of 1988. In this way, the research took place through the reading of criminal legal literature, the analysis of the jurisprudence of the Supreme Federal Court and the Superior Court of Justice, in addition to public data. Thus, the study reached the conclusion that it is unnecessary to criminalize conduct so little harmful that it cannot even be considered criminal, but mere misdemeanors, in addition, it was found that criminal misdemeanors are incompatible with the guiding principles of Minimum Criminal Law. Finally, it was concluded that the best solution for the problems pointed out during this research, is the edition of a law repealing the Decreto-Lei nº 3.688/41.

Keywords: Misdemeanors. Minimum Criminal Law. Principle of minimum intervention.

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 – Gráfico 1 – Evolução histórica do número de processos criminais excetuadas as execuções penais	44
Gráfico 2 – Gráfico 2 – Tempo médio de duração dos processos criminais na primeira instância	44
Gráfico 3 – Gráfico 3 – Tempo médio de duração dos processos criminais na segunda instância	45

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
FGV	Faculdade Getúlio Vargas
HC	<i>Habeas corpus</i>
Min.	Ministro
P.	Página
PR	Paraná
RE	Recurso extraordinário
Rel.	Relator
RHC	Recurso em <i>habeas corpus</i>
RS	Rio Grande do Sul
Sr.	Senhor
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça
Trad.	Tradutor

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	13
2	DIREITO PENAL MÍNIMO E FUNCIONALISMO PENAL	15
2.1	Conceito e origem	15
2.2	Abolicionismo x Direito Penal máximo x Direito Penal Mínimo	16
2.3	Princípios norteadores do Direito Penal Mínimo	20
2.3.1	<i>Princípio da dignidade da pessoa humana</i>	21
2.3.2	<i>Princípio da intervenção mínima: fragmentariedade e subsidiariedade</i>	22
2.3.3	<i>Princípio da lesividade ou ofensividade</i>	24
2.3.4	<i>Princípio da adequação social</i>	25
2.3.5	<i>Outros princípios</i>	27
3	ANÁLISE DAS CONTRAVENÇÕES PENAIS A PARTIR DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO PENAL MÍNIMO	29
3.1	Contexto histórico do Decreto Lei nº 3.688/41	29
3.2	Do sistema penal dualista adotado pelo Estado brasileiro	30
3.3	Da desnecessidade da aplicação do Direito Penal a condutas menos lesivas	31
3.3.1	<i>Medidas alternativas à aplicação do Direito Penal</i>	33
3.3.2	<i>Lei nº 9.099/95</i>	35
3.3.2.1	<i>Transação penal</i>	35
3.3.2.2	<i>Suspensão condicional do processo</i>	37
3.3.2.3	<i>Composição civil dos danos</i>	39
3.3.3	Acordo de não persecução penal	40
4	QUESTÕES PRÁTICAS RELATIVAS AOS EFEITOS DA TIPIFICAÇÃO DE CONDUTAS MENOS LESIVAS	43
4.1	Reflexos no número e tempo de duração dos processos criminais	43
4.2	Reflexos no sistema prisional	45
4.3	Busca por soluções	46
4.3.1	<i>Atuação do Poder Judiciário</i>	48
4.3.1.1	<i>Supremo Tribunal Federal</i>	48

4.3.1.2	<i>Superior Tribunal de Justiça</i>	52
4.3.2	<i>Atuação do Poder Legislativo</i>	54
4.3.2.1	<i>Contravenções que viraram crimes</i>	55
4.3.2.2	<i>Projeto de Novo Código Penal e a revogação das contravenções penais</i>	57
5	CONCLUSÃO	58
	REFERÊNCIAS	61

1 INTRODUÇÃO

A função exercida pelo Direito Penal foi alterada com o passar do tempo e se modificou em conjunto com a própria função do Estado. Inicialmente, sua função era meramente a limitação formal do poder do Estado de punir, haja vista que as sanções só poderiam ser aplicadas se previstas em lei anterior. Entretanto, tal limitação se mostrou insuficiente, principalmente porque não impedia a utilização indevida do recurso jurídico mais extremo disponível para o Estado.

Assim, com a evolução da noção de direitos humanos, principalmente após os horrores vividos na Segunda Guerra Mundial, verificou-se que o mero formalismo, no sentido de o único requisito ser a edição de uma lei, é insuficiente para a proteção dos cidadãos dos arbítrios do Estado.

Foi nesse contexto que juristas, como Claus Roxin, passaram a discutir a função do Direito Penal na sociedade e propor limitações a sua utilização. Assim, nas democracias contemporâneas, o modelo que mais atende aos valores consagrados como Direitos Humanos, sobretudo a dignidade, é o Direito Penal Mínimo, haja vista que limita a utilização dessa seara através de princípios que devem ser observados tanto no momento da edição da lei como no de sua aplicação.

Dessa forma, o objetivo do presente trabalho é analisar a necessidade e a compatibilidade da tipificação das contravenções penais com os princípios do Direito Penal Mínimo, cuja relevância se dá em razão da necessidade de se buscar aumentar a eficiência da persecução penal do Estado, bem como compatibilizar a utilização do Direito Penal com os novos valores democráticos previsto na Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, no primeiro capítulo do desenvolvimento serão abordados os modelos de Direito Penal mais conhecidos, com enfoque no Direito Penal Mínimo e seus princípios. Além disso, será feita uma abordagem sobre as principais correntes do funcionalismo penal, entendido como o estudo da função que o Direito Penal deve exercer na sociedade.

No capítulo seguinte, será analisado o contexto histórico da criação das contravenções penais, bem como a necessidade e compatibilidade de sua tipificação com os princípios orientadores do Direito Penal Mínimo. Além disso, serão abordadas possíveis medidas alternativas à aplicação desse ramo do Direito.

Por fim, no terceiro capítulo do desenvolvimento, serão abordados aspectos práticos dessa tipificação exagerada de infrações penais, com enfoque nos reflexos negativos no

número e prazo de duração dos processos criminais, bem como no número de presos provisórios. Enfim, serão analisadas possíveis soluções e quem devem ser os principais atores a tomar essas medidas.

A metodologia será baseada em extensa análise bibliográfica, incluindo estudos científicos, dados públicos e literatura especializada.

2 DIREITO PENAL MÍNIMO E FUNCIONALISMO PENAL

Antes de analisar as contravenções penais a partir do Direito Penal Mínimo, é importante abordar os outros modelos de Direito Penal, além de examinar como suas características estão relacionadas com a visão do papel que esse ramo do Direito deve ter na sociedade.

Assim, neste capítulo, serão apresentados os principais modelos do Direito Penal, bem como os princípios orientadores do Direito Penal Mínimo que, como será abordado a seguir, é o que melhor se compatibiliza com os atuais valores defendidos pelos Estados Democráticos.

2.1 Conceito e origem

O Direito Penal, ao contrário do que pode parecer a princípio, não tem como única finalidade a imposição de punições às pessoas que praticam condutas previstas como proibidas, pois também tem como função limitar a atuação punitiva do Estado, e conseqüentemente, assegurar garantias aos cidadãos, haja vista que as pessoas não serão surpreendidas com sanções a condutas não previamente classificadas como criminosas pelo ordenamento jurídico penal.

Entretanto, apenas a exigência de se existir lei incriminadora para que seja possível punir certa conduta não é suficiente para assegurar que o Direito Penal seja aplicado da melhor forma, pois o legislador ainda poderia criar leis que punem condutas pouco gravosas e que poderiam ser solucionadas por outros ramos do Direito.

Nesse sentido, Claus Roxin, ao refletir sobre a função do Direito Penal na sociedade, publicou a obra *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem* que resultou na criação do funcionalismo penal em 1970 na Alemanha. (BITENCOURT, 2013, p. 122)

Apesar de haver vários funcionalismos, é possível traçar algumas características uniformes (MASSON, 2019):

a) Manutenção da paz social: o Direito Penal só é legítimo na exata medida em que atua com o fim de manter a paz social e o regular funcionamento da sociedade.

b) Desapego da técnica jurídica excessiva: essa característica se relaciona com a primeira e significa que o Direito Penal deve ser usado de modo mais flexível, deixando a técnica exagerada de lado.

c) Prevalência do jurista sobre o legislador: para o funcionalismo penal, a lei é

meramente ponto de partida do Direito Penal. A lei não tira do jurista a liberdade de ação.

Dentre as teorias acerca do funcionalismo, duas se destacam: a) funcionalismo teleológico ou moderado; e b) funcionalismo sistêmico ou radical.

Cunha (2016, p. 34) os diferencia da seguinte forma:

Para o **funcionalismo teleológico (ou moderado)**, que tem como maior expoente **CLAUS ROXIN**, a função do Direito Penal é **assegurar bens jurídicos**, assim considerados aqueles valores indispensáveis à convivência harmônica em sociedade, valendo-se de medidas de política criminal. Já de acordo com o **funcionalismo sistêmico (ou radical)**, defendido por **GÜNTER JAKOBS**, a função do Direito Penal é a de **assegurar o império da norma**, ou seja, resguardar o sistema, mostrando que o direito posto existe e não pode ser violado. Quando o Direito Penal é chamado a atuar, o bem jurídico protegido já foi violado, de modo que sua função primordial não pode ser a segurança de bens jurídicos, mas sim a garantia de validade do sistema.

Foram dessas duas correntes do funcionalismo penal que surgiram dois novos modelos de Direito Penal que têm fundamental importância para este trabalho: O Direito Penal Mínimo e o Direito Penal Máximo.

2.2 Abolicionismo x Direito Penal Máximo x Direito Penal Mínimo

Além dos dois modelos de Direito Penal mencionados anteriormente, é importante conhecer que existem autores que questionam a própria necessidade da existência do do Direito Penal, essa corrente que defende a extinção do Direito Penal é conhecida como abolicionista.

Os abolicionistas, dentre os quais se pode citar Louk Hulsman e Zaffaroni, expõem que o Direito Penal é demasiadamente cruel, além de ter sua aplicação direcionada a um grupo de pessoas definidas por classe social, cor, dentre outros aspectos. Greco (2009a, p. 9) assim resume as críticas elaboradas pelos autores adeptos à corrente abolicionista:

A crítica abolicionista é construída desde o momento em que surge a lei penal, proibindo ou impondo determinado comportamento sob a ameaça de sanção, questionando os critérios, bem como a necessidade do tipo penal incriminador, passando pela escolha das pessoas que, efetivamente, sofrerão os rigores da lei penal, pois que, como é do conhecimento de todos, a “clientela” do Direito Penal é constituída pelos pobres, miseráveis, desempregados, estigmatizados por questões raciais, relegados em segundo plano pelo Estado, que deles somente se lembra no momento crucial de exercitar a sua força como forma de contenção das massas, em benefício de uma outra classe, considerada superior, que necessita desse “muro divisório” para que tenha paz e tranquilidade, a fim de que possa “produzir e fazer prosperar a nação”. Mas as críticas não se limitam a esses momentos. Mesmo tendo conhecimento do “público-alvo” do Direito Penal, grande parte dele fica de fora, fazendo parte daquilo que se convencionou chamar de cifra negra, ou seja, aquela parcela, na verdade a maior, de infrações penais que não chega ao conhecimento dos órgãos formais de repressão (polícia, Ministério Público, Magistratura, etc.). Na

verdade, no que diz respeito à cifra negra, asseveram Hassemer e Munoz Conde que “nem todos os delitos cometidos chegam a ser conhecidos; nem todos os delitos conhecidos chegam a ser denunciados; nem todos os delitos denunciados chegam a ser esclarecidos; nem todos os delitos esclarecidos chegam a ser condenados”.

Ademais, os autores adeptos dessa corrente relembram que a aplicação da pena não tem alcançado suas funções teóricas, quais sejam, a função de reprovar e de prevenir o delito.

Além disso, o principal argumento aduzido pelos abolicionistas é a necessidade de se respeitar o princípio da dignidade da pessoa humana, pois um sistema penal que amontoa diversas pessoas em um espaço em que caberiam bem menos, além de punir condutas menos lesivas à sociedade do que outras praticadas por criminosos do “colarinho branco”, claramente é incapaz de assegurar dignidade às pessoas.

Em complemento a esses argumentos, destaca-se a possibilidade das condutas previstas como criminosas serem tratadas exclusivamente por outros ramos do Direito, principalmente o Direito Civil e Administrativo, que seriam mais aptos a solucionar os conflitos e assegurar a dignidade às pessoas que, caso condenadas pelo sistema penal, teriam que ter sua liberdade suprimida em ambientes extremamente degradantes. (GRECO, 2009a, p. 7-8)

No entanto, embora o abolicionismo tenha como principal cânone o princípio da dignidade da pessoa humana, o mesmo não parece ser a melhor opção. Existem inúmeras situações imagináveis, e corriqueiras no Brasil e em outros países, em que não se vislumbra outra alternativa a não ser a aplicação de sanções penais. Como o Direito Administrativo e o Direito Civil seriam suficientes para punir, reprovar e prevenir condutas como o homicídio, latrocínio, dentre outros crimes hediondos?

Assim, resta evidenciado que o abolicionismo tem fundadas críticas ao sistema penal, entretanto não se vislumbra qualquer alternativa viável que mantenha os bens jurídicos mais importantes da sociedade seguros. Dessa forma, conclui-se que o que deve ser feito é o melhoramento do sistema penal vigente, e não sua abolição.

Se por um lado existem defensores da extinção do Direito Penal, de outro há adeptos da teoria de que o Direito Penal deve regular toda a vida em sociedade, punindo não só as transgressões mais graves aos bens jurídicos mais valiosos, mas qualquer violação ao Direito. Essa teoria é conhecida como Direito Penal Máximo, bem como movimento de Lei e Ordem, apresentada dessa forma por Greco (2009a, p. 14-16):

Por intermédio desse movimento político-criminal, pretende-se que o Direito Penal seja o protetor de, basicamente, todos os bens existentes na sociedade, não se

devendo perquirir a respeito de sua importância. Se um bem jurídico é atingido por um comportamento anti social, tal conduta poderá transformar-se em infração penal, bastando, para tanto, a vontade do legislador. [...] Assim, resumindo o pensamento de Lei e Ordem, o Direito Penal deve preocupar-se com todo e qualquer bem não importando o seu valor. Deve ser utilizado como *prima ratio*, e não como *ultima ratio* da intervenção do Estado perante os cidadãos, cumprindo um papel de cunho eminentemente educador e repressor, não permitindo que as condutas socialmente intoleráveis por menor que sejam deixem de ser reprimidas.

Entre os argumentos que são utilizados para defender a utilização máxima do Direito Penal está a progressão das condutas criminosas. Uma pessoa que pratica conduta contrária ao Direito será estimulada a praticar condutas cada vez mais graves caso não seja punida. Assim, o Direito Penal teria uma função precípua de educar as pessoas a não infringirem a lei.

Outrossim, os adeptos dessa teoria condenam qualquer tipo de aplicação de medidas alternativas às penas restritivas de liberdade. Na mesma lógica do parágrafo anterior, punições mais brandas também incentivariam a criminalidade.

Uma das formas de Direito Penal Máximo mais famosas é o Direito Penal do Inimigo, idealizado por Günter Jakobs na década de 1990. Ele afirmava que a sociedade é formada de cidadãos, que respeitam a existência do Estado, e de inimigos, que tentam de toda forma destruí-lo e fundar uma nova ordem jurídica. O principal exemplo de inimigo, para essa corrente, é o terrorista que tem como fim de suas ações atacar o Estado e não as vítimas diretas de seus atos.

Nesse sentido, Jakobs propôs um sistema dualista entre Direito Penal do Cidadão, em que haveriam princípios e regras garantistas, e o Direito Penal do Inimigo, que o principal fim seria punir os inimigos do Estado, e em que não haveriam todas as garantias do Direito Penal do Cidadão.

Prado (2013, p. 133-134) explica que o Direito Penal do Inimigo funciona em duas esferas que são dirigidas a duas espécies de indivíduos, o cidadão e o inimigo. Os cidadãos são as pessoas que normalmente agem em conformidade com o Direito e apenas incidentalmente atuam de maneira abusiva e contrária às normas, de maneira que são consideradas como pessoas e, portanto devem fruir de garantias e direitos que lhes são assegurados. Já os inimigos são parcialmente despersonalizados, pois suas transgressões não são acidentais, mas duradouras, e todas suas ações se desenvolvem à margem do Direito e da sociedade. Assim, por serem vistos como meras fontes de perigo, não devem gozar das proteções asseguradas aos cidadãos.

Continuando sua abordagem, Prado (2013, p. 134) destaca as principais características do Direito Penal do Inimigo:

As características do Direito Penal do inimigo representam essencialmente uma refutação aos postulados do Direito Penal liberal e garantista, próprio do Estado democrático de Direito. São elas: a) antecipação da punibilidade com o escopo de combater *perigos*, de forma a alcançar momentos anteriores à realização de fatos delituosos, até mesmo meros *atos preparatórios*, por seu autor integrar uma organização que atua à margem do Direito; b) notável incremento e desproporcionalidade das penas, mormente porque à punição de atos *preparatórios* não acompanharia nenhuma redução de pena; c) para Jakobs, é manifestação própria do Direito Penal do inimigo o fato de diversas leis alemãs serem denominadas “leis de luta ou de combate”; d) *supressão* ou *redução* de direitos e garantias individuais nas esferas material e processual penal, bem como a inserção de alguns dispositivos de Direito Penitenciário que extirpam ou dificultam alguns benefícios.

Salta aos olhos que o sistema proposto por Jakobs é manifestamente inconstitucional, não podendo ser adotado pelo Estado brasileiro, haja vista que a Constituição Federal de 1988 consagrou a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, além de ter proibido o tratamento desigual perante a lei¹, o que é totalmente incompatível com a ideia de dividir a sociedade em cidadãos (ou pessoas), que seriam dignos de direitos e garantias, e inimigos (ou não-pessoas), que seriam indignas de tais garantias.

Outrossim, da mesma forma que tanto o abolicionismo quanto o Direito Penal Máximo são inviáveis. É impossível punir penalmente todas as transgressões praticadas pela sociedade diariamente, além de ser completamente desproporcional. O sistema prisional brasileiro, por exemplo, é notoriamente superlotado em um contexto em que apenas crimes mais graves levam a privação de liberdade propriamente dita. Como esse sistema receberia todos os infratores, independentemente da gravidade de suas condutas?

Dessa forma, conclui-se que o Direito Penal Máximo também não deve ser adotado pelos sistemas penais contemporâneos, haja vista que o inflacionismo de normas penais que quando violadas não ensejam em punição real, pois o sistema simplesmente é incapaz de aplicá-las, leva ao descrédito o Direito Penal, causando o efeito justamente oposto ao que o Movimento de Lei e Ordem quer causar: a sensação de impunidade. E, como exposto por Beccaria (2012, p. 76):

Os crimes são mais efetivamente prevenidos pela certeza das penas do que por sua severidade. [...] A certeza de uma pequena punição causa uma impressão mais grave do que o medo de uma pena mais severa unido à esperança de impunidade; pois é da natureza humana temer o mal mais próximo e inevitável, enquanto que a esperança, o melhor dom dos Céus, tem o poder de dissipar a apreensão do mal maior,

1 A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 dispõe que: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana; [...] 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:”

especialmente se reforçado pelos exemplos da impunidade, que a fraqueza ou a avareza frequentemente proporcionam.

Entre a abolição do Direito Penal e a utilização máxima deste, está o Direito Penal Mínimo. Essa corrente de pensamento defende a utilização do Direito Penal apenas para a defesa dos bens jurídicos mais importantes para a sociedade e que a atuação dos outros ramos do Direito se mostra insuficiente para proteger bens tão essenciais. Greco (2009a, p. 24) o define como Direito Penal do Equilíbrio e o resume da seguinte maneira:

O Direito Penal do Equilíbrio tem como princípio central, orientador de todos os outros que o informam, o princípio da *dignidade da pessoa humana*. O homem, aqui, deve ocupar o centro das atenções do Estado, que, para a manutenção da paz social, deverá somente proibir os comportamentos intoleráveis, lesivos, socialmente danosos, que atinjam os bens mais importantes e necessários ao convívio em sociedade.

Nesse modelo, o Direito Penal é utilizado de maneira mais racional e visa a defesa dos bens jurídicos baseados em sua qualidade e não na quantidade defendida. Ferrajoli (2006, p. 101-102) diferencia as duas vertentes da seguinte maneira:

Determino a estes dois extremos “direito penal mínimo” e “direito penal máximo”, referindo-me com isso tanto a maiores ou menores vínculos garantistas estruturalmente internos ao sistema quanto à quantidade e qualidade das proibições e das penas nele estabelecidas. Entre os dois extremos, como se viu, existem diversos sistemas intermediários, até o ponto de que se deverá falar mais apropriadamente, a propósito das instituições e dos ordenamentos concretos, de uma *tendência* ao direito penal mínimo ou de uma *tendência* ao direito penal máximo. [...] Está claro que o direito penal mínimo, quer dizer, condicionado e limitado ao máximo, corresponde não apenas ao grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, mas também a um ideal de *racionalidade* e de *certeza*. Com isso resulta excluída de fato a responsabilidade penal todas as vezes em que sejam incertos ou indeterminados seus pressupostos. Sob este aspecto existe um nexo profundo entre garantismo e racionalismo. Um direito penal é racional e correto à medida que suas intervenções são previsíveis e são previsíveis; apenas aquelas motivadas por argumentos cognitivos de que resultem como determinável a “verdade formal”, inclusive nos limites acima expostos.[...] Ao contrário, o modelo de direito penal máximo, quer dizer, incondicionado e ilimitado, é o que se caracteriza, além de sua excessiva severidade, pela *incerteza* e *imprevisibilidade* das condenações e das penas e que, conseqüentemente, configura-se como um sistema de poder não controlável racionalmente em face da ausência de parâmetros certos e racionais de convalidação e anulação.

Segundo Ferrajoli (2006, p. 91), o Direito Penal Mínimo deve ser limitado por princípios garantistas e, em caso de violação a qualquer um destes, a atuação do Direito Penal não é admitida. Passamos agora a estudar os princípios norteadores desse modelo.

2.3 Princípios norteadores do Direito Penal Mínimo

A ideia de um Direito Penal Mínimo que só é legitimado quando utilizado para

defender os bens jurídicos mais importantes e quando os outros ramos do Direito se mostram incapazes de defendê-los importa na existência de certos princípios.

Tais princípios servirão para orientar o legislador, tanto na produção quanto na revogação de tipos penais, e também do intérprete do Direito no momento de sua aplicação aos casos concretos.

Ferrajoli (2009, p. 91) defende a existência de dez axiomas do garantismo penal que devem ser todos respeitados para que o sistema penal seja considerado garantista. Os dez axiomas são os seguintes: 1) princípio da retributividade; 2) princípio da legalidade; 3) princípio da necessidade; 4) princípio da lesividade ou ofensividade; 5) princípio da exterioridade da ação; 6) princípio da responsabilidade pessoal; 7) princípio da jurisdicionaridade; 8) princípio acusatório; 9) princípio do ônus da prova; 10) princípio do contraditório ou da defesa.

Já Greco (2009a, p. 24) aponta o princípio da dignidade da pessoa humana como o princípio central e principal orientador do Direito Penal e dos outros princípios, citados em rol exemplificativo: 1) intervenção mínima; 2) lesividade; 3) adequação social; 4) insignificância; 5) individualização da pena; 6) proporcionalidade; 7) responsabilidade pessoal; 8) limitação das penas; 9) culpabilidade; e 10) legalidade.

Passamos então a análise individual dos princípios mais importantes que orientam o modelo de Direito Penal Mínimo.

2.3.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

O Direito Penal Mínimo tem o princípio da dignidade da pessoa humana como orientador de todos os outros princípios. Assim, toda a atuação penal do Estado deve estar voltada para atendê-lo.

Nesse sentido, Capez (2011, p. 25) argumenta que o princípio em questão regula e orienta todo o sistema penal:

No que diz respeito ao âmbito penal, há um gigantesco princípio a regular e orientar todo o sistema, transformando-o em um direito penal democrático. Trata-se de um braço genérico e abrangente, que deriva direta e imediatamente deste moderno perfil político do Estado brasileiro, a partir do qual partem inúmeros outros princípios próprios afetos à esfera criminal, que nele encontram guarida e orientam o legislador na definição das condutas delituosas. Estamos falando do princípio da dignidade humana (CF, art. 1º, III).

Como esse princípio foi previsto expressamente pela Constituição Federal, qualquer norma atentatória à dignidade da pessoa humana será materialmente

inconstitucional, haja vista seu conteúdo contrário ao ordenamento jurídico vigente no Brasil. Esse controle de constitucionalidade deve ser efetuado tanto em abstrato, como em concreto.

Assim, tanto a norma contrária, em abstrato, aos fundamentos do Direito, por exemplo uma lei que proíba o direito de ir e vir ou de se manifestar impondo sanções criminais, como a norma que em abstrato é coerente com o ordenamento jurídico, mas que em certas situações concretas são contrárias aos mandamentos constitucionais, como o caso de furto de um litro de leite, não devem ser aplicadas pelos operadores do Direito.

Porém, tal princípio não se dirige apenas aos aplicadores do Direito, pelo contrário. O principal sujeito a ser influenciado deve ser o legislador no momento em que cria e revoga normas penais.

Nesse sentido, Capez (2009, p. 25) comenta que o princípio em questão limita a atuação do legislador:

Com isso, pode-se afirmar que a norma penal em um Estado Democrático de Direito não é somente aquela que formalmente descreve um fato como infração penal, pouco importando se ele ofende ou não o sentimento social de justiça; ao contrário, sob pena de colidir com a Constituição, o tipo incriminador deverá obrigatoriamente selecionar, dentre todos os comportamento humanos, somente aqueles que realmente possuam lesividade social.

Dessa forma, pode-se concluir que a dignidade da pessoa humana funciona como princípio orientador e, também, limitador das arbitrariedades que o legislador possa vir a cometer.

2.3.2 Princípio da intervenção mínima: *Fragmentariedade e subsidiariedade*

O princípio da intervenção mínima é uma decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana. A intervenção do Direito Penal é, sem dúvida, uma violência praticada pelo Estado, haja vista a privação de liberdade do cidadão, e, portanto, deve ser reduzida aos casos estritamente necessários.

O Direito Penal, dessa forma, somente deve intervir nos casos de ataques realmente graves aos bens jurídicos mais importantes, deixando aos demais à aplicação das sanções extrapenais. (MIRABETE; FABBRINI, 2010, p. 41)

Nessa esteira, o princípio da intervenção mínima se divide em dois subprincípios, o da subsidiariedade e o da fragmentariedade, conforme exposto por Sanches (2016, p. 70):

O Direito Penal só deve ser aplicado quando **estritamente necessário**, de modo que a sua intervenção fica condicionada ao fracasso das demais esferas de controle (caráter *subsidiário*), observando somente os casos de relevante lesão ou perigo de lesão ao bem juridicamente tutelado (caráter *fragmentário*).

O Direito, por essência, tem a finalidade de regular a vida social e resolver conflitos que surgem dessa convivência societária. Outros ramos do Direito, além do Direito Penal, atuam na proteção de bens jurídicos e são suficientes para penalizar e defender seus titulares. Por exemplo, o Direito Civil atua estabelece regras e limitações para os contratantes, além de determinar sanções a serem aplicadas ao inadimplente, como juros e multas. Da mesma forma, o Direito Administrativo atua na regulação e proteção de situações do cotidiano, como o trânsito, além de impor sanções, principalmente multas pecuniárias e restrições a liberdades diversas do direito de ir e vir, como a cassação de carteira de habilitação.

Entretanto, em certas situações, a atuação de outros ramos do Direito não é suficiente para a proteção dos bens jurídicos tutelados. Nesses casos, o Estado tem a necessidade de utilizar de seu meio mais enérgico na tentativa de manter esses bens jurídicos a salvo. Esse meio mais enérgico é o Direito Penal.

Assim, quando há um roubo (lesão ao patrimônio), o Direito Civil impõe ao autor da ilicitude a devolução da coisa ou indenização no valor correspondente à vítima. Entretanto, apenas o Direito Civil é insuficiente para a defesa do patrimônio dos cidadãos, sendo necessária a atuação do Direito Penal para resguardá-los. Da mesma forma ocorre com o Direito Administrativo. A maioria das violações às normas de trânsito importam em sanções pecuniárias, entretanto, as condutas que têm maior potencial de violar valores fundamentais, como a vida, são também tutelados pelo Direito Penal, de forma que condutas como dirigir sob efeito de álcool são criminalizadas.

Entretanto, o princípio da intervenção mínima não se resume a subsidiariedade do Direito Penal, haja vista que, nesse caso, qualquer atuação deficiente de outros ramos do Direito justificaria a atuação do Estado com violência.

Dessa forma, com o fim de se evitar o uso desproporcional da força, apenas os bens jurídicos mais importante, aqueles fundamentais à convivência em sociedade merecem a tutela penal do Estado, o que confere o caráter fragmentário ao Direito Penal.

Uma das repercussões da fragmentariedade é o princípio da insignificância. Embora o bem jurídico, em abstrato, seja passível da tutela penal, no caso concreto percebe-se ser desnecessária e, conseqüentemente, desproporcional a utilização do Direito Penal para punir condutas que não tem potencialidade lesiva suficiente a ameaçar o bem tutelado. É o que ocorre quando, por exemplo, uma pessoa furta bem de valor insignificante e que não lesa, de maneira relevante, o patrimônio da vítima. Nesse caso, fica evidente a

desproporcionalidade da aplicação do Direito Penal a condutas pouco lesivas, haja vista que, embora adequada ao fim almejado, pois alcança ou pelo menos fomenta o objetivo de proteção do patrimônio, a utilização do meio mais gravoso disponível para o Estado para a punição de transgressões leves é claramente desnecessária, porque existem outros meios disponíveis menos agressivos e igualmente eficazes para prevenir e punir tais condutas, como o Direito Civil e o Direito Administrativo. Dessa maneira, por não cumprir o segundo dos três requisitos da proporcionalidade, que são a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito (SILVA, 2002), a utilização do Direito Penal para punir condutas pouco relevantes é manifestamente desproporcional.

Assim, conclui-se que o princípio da intervenção mínima tem como escopo influenciar, principalmente, o legislador na elaboração e revogação de tipos penais, informando-o que o Direito Penal deve funcionar como *ultima ratio* do Estado, porém também tem efeitos em casos concretos em que há de se analisar a necessidade da intervenção do Direito Penal.

2.3.3 Princípio da lesividade ou ofensividade

Seguindo a lógica de que o Direito Penal deve ser utilizado de forma racional e comedida, reservando-se à proteção dos bens jurídicos mais importantes e caros à sociedade, o princípio da lesividade ou ofensividade impõe um requisito que limita a atuação do legislador e também orienta a aplicação do Direito em casos concretos.

Segundo este princípio, o Direito Penal não deve ser utilizado para punir comportamentos que não lesam bens jurídicos, nem tem potencialidade lesiva para tanto.

O princípio da lesividade é muito semelhante ao princípio da insignificância. Segundo os ensinamentos de Luiz Flávio Gomes e René Ariel Dotti, o resultado jurídico, consistente no dano ou perigo concreto ao bem penalmente tutelado, é um requisito para que o crime seja configurado:

Sem que haja uma concreta afetação de bens jurídicos ou, em outras palavras, sem a presença de um resultado jurídico (lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico) não existe crime (*'nullum crimen sine iniuria'*). Incumbe ao juiz, portanto, por força do princípio da ofensividade, para além da subsunção formal da conduta, verificar o conteúdo da norma, verificar o bem jurídico protegido por essa norma (princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos) e ainda verificar se esse bem jurídico entrou no raio de ação da conduta perigosa (leia-se: se foi afetado concretamente, se a conduta é antinormativa no sentido de contrariedade ao aspecto valorativo da norma). (GOMES, 2002, p. 145)

Não existe infração penal quando a conduta humana não chega a lesionar (ofender) ou colocar em perigo de lesão (ou de ofensa) um bem jurídico penalmente protegido. Pelo princípio da ofensividade, somente é admissível a caracterização de um ilícito

penal quando o interesse já selecionado (reserva legal) sofre um ataque (ofensa) efetivo, representado por um perigo concreto ou dano. (DOTTI, 2013, p. 147)

A diferença entre o princípio da insignificância e o da lesividade é que o primeiro só é aplicável em situações concretas em que o bem jurídico tutelado é relevante, mas a lesão é considerada insignificante. Já o princípio da lesividade, além de ser utilizado em situações concretas, também é aplicável em abstrato, sendo um dos fundamentos utilizados pelos defensores de que todos os crimes devem ter resultado ou perigo concreto de dano, de maneira que crimes de perigo abstrato não poderiam existir.

Nesse sentido, Bitencourt (2013, p. 61-62) afirma:

Para que se tipifique algum crime, em sentido material, é indispensável que haja, pelo menos, um *perigo concreto*, real e efetivo de dano a um bem jurídico penalmente protegido. Somente se justifica a intervenção estatal em termos de *repressão penal* se houver efetivo e concreto ataque a um interesse socialmente relevante, que represente, no mínimo, perigo concreto ao bem jurídico tutelado. Por essa razão, são *inconstitucionais todos os chamados crimes de perigo abstrato*, pois, no âmbito do Direito Penal de um Estado Democrático de Direito, somente se admite a existência de infração penal quando há efetivo, real e concreto perigo de lesão a um bem jurídico determinado. Em outros termos, o legislador deve abster-se de tipificar como crime ações incapazes de lesar ou, no mínimo, colocar em perigo concreto o bem jurídico protegido pela norma penal. Sem afetar o bem jurídico, no mínimo colocando-o em risco efetivo, não há infração penal. O *princípio da ofensividade* no Direito Penal tem a pretensão de que seus efeitos tenham reflexos em dois planos: no primeiro, *servir de orientação à atividade legiferante*, fornecendo substratos político-jurídicos para que o legislador adote, na elaboração do tipo penal, a exigência indeclinável de que a conduta proibida represente ou contenha verdadeiro conteúdo ofensivo a bens jurídicos socialmente relevantes; no segundo plano, *servir de critério interpretativo*, constringendo o intérprete legal a encontrar em cada caso concreto indispensável lesividade ao bem jurídico protegido.

Assim, o princípio da ofensividade exerce duas funções no ordenamento jurídico penal de um Estado. A primeira é preventiva e serve de orientação para a tipificação de condutas, enquanto a segunda é interpretativa, sendo utilizada em casos concretos pelo intérprete que terá que analisar se a conduta praticada causou dano relevante ou perigo concreto de sua ocorrência.

2.3.4 Princípio da adequação social

O princípio da adequação social parte do pressuposto de que o Direito Penal só deve tutelar os bens jurídicos mais importantes para a sociedade, bem como tipificar apenas as lesões significativas a esses bens. Nessa perspectiva, é evidente que as condutas tipificadas devem ser reprovadas socialmente, haja vista que os bens tutelados são caros à sociedade que busca protegê-los e censurar quem os coloca em risco. Dessa forma, condutas que são aceitas socialmente não seriam passíveis de serem tipificadas como crime.

Nesse sentido é a lição de Capez (2011, p. 35) que afirma que “todo comportamento que, a despeito de ser considerado criminoso pela lei, não afrontar o sentimento social de justiça (aquilo que a sociedade tem por justo) não pode ser considerado criminoso”.

Prado (2013, p. 179-180) restringe a adequação social às condutas que são praticadas com a finalidade de alcançar uma utilidade social e para a qual é absolutamente necessária a afetação a um bem jurídico, conforme ao ordenado funcionamento da vida social. Em complemento, o autor afirma que o princípio em tela tem dois níveis. No primeiro, é considerada um série de fatores como a utilidade social da conduta e que deve ser ponderada com os riscos que ela acarreta. Esse juízo de valor deve ser feito pelo legislador e influencia na exclusão do desvalor penal do resultado. Assim, enquanto critério de interpretação, a adequação social serve para valorar a ação cometida do ponto de vista do resultado. Esse seria o caso, por exemplo, da lesão corporal representada pela incisão cirúrgica quando o médico opera um paciente. Já o segundo nível abrange as situações que já ocorreram, ou seja, casos concretos. Nesses casos, também há uma ponderação de interesses a ser realizada, mas agora feita por um juiz diante de uma ação real. Assim, com base no risco permitido, pode-se afirmar que existem situações em que condutas dolosas típicas sejam praticadas, desde que estritamente necessárias e atendidos os cuidados objetivamente devidos.

Greco (2009b, p. 57-58) também destaca duas funções ao princípio da adequação social. Segundo o doutrinador, a primeira delas é restringir o âmbito de abrangência do tipo penal, limitando sua interpretação, e dele excluindo condutas socialmente adequadas e aceitas pela sociedade. Já a segunda é diretamente dirigida ao legislador e é dividida em duas partes. A primeira delas orienta o legislador sobre quais condutas devem ser impostas e proibidas, enquanto a segunda orienta o legislador a rever e revogar tipos penais já existentes, cujas conduta já se adaptaram perfeitamente à evolução do sociedade.

Entretanto, critica-se esse princípio em razão de o costume social não revogar a lei, além de que, se o juiz entendesse dessa maneira, estaria tomando o lugar o legislador e ferindo a separação de poderes. Além disso, parte da doutrina critica a vaguidade da expressão “adequação social”, além de reconhecer a dificuldade para indicar o que realmente é socialmente aceito. Nessa lógica, Bitencourt (2013, p. 59) ensina:

O certo é que as imprecisões semânticas e terminológicas do critério da “adequação social” - diante das mais variadas possibilidades de sua ocorrência - desaconselham utilizá-lo como único critério delimitador da tipicidade de uma conduta, sendo recomendável complementá-lo por meio de outros que sejam mais exatos. Nesse sentido, a ideia da *adequação social*, na melhor das hipóteses, não passa de um *princípio interpretativo, em grande medida inseguro e relativo*, o que explica por

que os mais destacados penalistas internacionais não o aceitam nem como uma autêntica causa *excludente da tipicidade* nem como *causa de justificação*. Aliás, nesse sentido, é muito ilustrativa a conclusão de Jescheck, ao afirmar que “a ideia da adequação social resulta, no entanto, num critério inútil para restringir os tipos penais, quando as regras usuais de interpretação possibilitam a sua delimitação correta. Nestes casos, é preferível a aplicação dos *critérios de interpretação* conhecidos, pois, desta forma, se obtêm resultados comprováveis, enquanto que a *adequação social* não deixa de ser um princípio relativamente inseguro, razão pela qual só em última instância deveria ser utilizado”.

Porém, mesmo com essas críticas, Bitencourt (2013, p. 59-60) expõe que parte da doutrina reconhece a importância do princípio em questão:

Existem, entretanto, autores que, sendo menos pessimistas quanto à utilidade do pensamento da adequação social, defendem a validade desse princípio, pelo menos, como filtro normativo de valoração da relevância típica de uma conduta perigosa, como é o caso de Martínez Escamilla e Corcoy Bidasolo. Para essas autoras, o *juízo de tipicidade* pode ser complementado através de outros institutos, como o *risco permitido*, e através dos critérios desenvolvidos pela *teoria da imputação objetiva* [...]

Capez (2011, p. 35) também reconhece a importância do princípio da adequação social:

Entretanto, é forçoso reconhecer que, embora o conceito de adequação social não possa ser aceito com exclusividade, atualmente é impossível deixar de reconhecer sua importância na interpretação da subsunção de um fato concreto a um tipo penal. Atuando ao lado de outros princípios, pode levar à exclusão da tipicidade.

2.3.5 Outros princípios

Os princípios abordados até aqui são os mais importantes e constituem o verdadeiro alicerce do Direito Penal Mínimo. Porém, outros princípios também são aplicáveis e relevantes para esse modelo de Direito Penal.

Dentre esses outros princípios, destaca-se o princípio da reserva legal. Segundo esse princípio, para que haja crime é necessário que haja previsão legal incriminando essa conduta. Assim, ele funciona como verdadeiro limitador do *jus puniendi* estatal, evitando que arbitrariedades sejam praticadas, e impondo que qualquer crime deve ser previsto em lei, em sentido estrito. Ademais, o princípio da reserva legal é complementado por outros dois princípios.

O primeiro deles é o princípio da anterioridade. Este princípio impõe que as leis penais só são aplicáveis para fatos praticados após sua edição. Essa limitação é importante pois impede que os cidadãos de um Estado, que praticam normalmente determinada conduta, sejam surpreendidos pela publicação de uma lei que criminalize seus comportamentos passados, o que esvaziaria a proteção assegurada pelo princípio da legalidade.

O segundo é o princípio da taxatividade que determina que as leis penais incriminadoras devem ser claras, evitando-se, assim, o uso de expressões vagas e ambíguas. Esse requisito de clareza também é fundamental para que o cidadão seja protegido de possíveis arbitrariedades praticadas pelo Estado. Se uma das faces do Direito Penal é a proteção do cidadão, este só pode ser resguardado pelo sistema jurídico se as normas punitivas são claras o suficiente para que as pessoas não tenham dúvida sobre a licitude de suas condutas.

Ademais, outro princípio orientador da atuação penal é o princípio da transcendentalidade que impõe que, para que exista um crime, é necessário que a atuação do autor da conduta transcenda sua esfera individual e atinja o interesse de outra pessoa. Veda-se, dessa maneira, a criminalização de crimes de pensamento, bem como condutas praticadas que tem como único prejudicado o próprio autor.

Outrossim, o princípio da responsabilidade subjetiva é outra garantia assegurada aos cidadãos do Estado. Limita-se a tipicidade dos crimes às condutas praticadas com dolo ou culpa, sendo necessário a prova desse elemento subjetivo para que o crime seja caracterizado, evitando-se, assim, a responsabilidade objetiva.

Por fim, o princípio da humanidade limita as punições a serem aplicadas em caso de cometimento de crime. As principais vedações são às penas de tortura, tratamento desumano ou degradante, de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento, bem como outras penas consideradas cruéis. Dessa forma, ao cidadão é assegurado que o Estado não irá aplicar penas violadoras de sua dignidade caso seja condenado pela prática de um delito.

3 ANÁLISE DAS CONTRAVENÇÕES PENAIS A PARTIR DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO PENAL MÍNIMO

O art. 2º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro estabelece que as leis continuam em vigor até que outra a modifique ou a revogue, ou seja, o simples decurso do tempo não é suficiente para que as leis deixem de valer. Nesse sentido, embora continuem em vigor, leis muito antigas podem estar em desconformidade com os valores atuais da sociedade.

Assim, no presente capítulo, será abordado o contexto histórico da Lei de Contravenções Penais e como ele difere do atual momento democrático vivido no Brasil. Além disso, será visto que o legislador tem se utilizado de medidas paliativas para minimizar os efeitos negativos da aplicação do Direito Penal à condutas menos lesivas.

3.1 Contexto histórico do Decreto-Lei nº 3.688/41

As contravenções penais foram criadas pelo Decreto-Lei nº 3.688/41 durante o Estado Novo, período ditatorial em que o país era comandado por Getúlio Vargas. Por se tratar de uma ditadura, o momento da publicação desta lei é histórica, social e politicamente diferente do que se vive atualmente.

Primeiramente, é importante destacar que os objetivos de um Estado ditatorial são diferentes de um Estado democrático. Nesse, o poder é exercido por pessoas eleitas e por instituições, como o Ministério Público, que almejam a evolução da sociedade como um todo resultando na melhoria da qualidade de vida dos cidadãos. Enquanto isso, as ditaduras são, em regra, lideradas por uma pessoa ou por um pequeno grupo que tem como fim primordial a manutenção de seu poder. Dessa forma, o aparelho estatal é utilizado para interferir ao máximo na vida das pessoas, de maneira a assegurar que nada ponha em risco a ordem vigente.

É nesse contexto de Estado intervencionista e com poder centralizado no Executivo que foi criada a Constituição de 1937, conhecida como Polaca por ter sido inspirada na Constituição Polonesa vigente durante a ocupação pela Alemanha de Hitler. O Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil da Fundação Nacional Getúlio Vargas resume o período da seguinte maneira:

Em síntese: O regime do Estado Novo, instaurado pela Constituição de 1937 em pleno clima de contestação da liberal-democracia na Europa, trouxe para a vida política e administrativa brasileira as marcas da centralização e da supressão dos direitos políticos. Foram fechados o Congresso Nacional, as assembléias legislativas

e as câmaras municipais. Os governadores que concordaram com golpe do Estado Novo permaneceram, mas os que se opuseram foram substituídos por interventores diretamente nomeados por Vargas. Os militares tiveram grande importância no novo regime, definindo prioridades e formulando políticas de governo, em particular nos setores estratégicos, como siderurgia e petróleo. Em linhas gerais, o regime propunha a criação das condições consideradas necessárias para a modernização da nação: um Estado forte, centralizador, interventor, agente fundamental da produção e do desenvolvimento econômicos. Por todas essas características, muitos identificaram Estado Novo e fascismo. (CENTRO DE PESQUISA E DOCUMENTAÇÃO DE HISTÓRIA CONTEMPORÂNEA DO BRASIL, 2020a)

A Constituição de 1937 foi elaborada pelo ministro da Justiça do novo regime, o jurista Francisco Campos, e aprovada por Getúlio Vargas e o Ministro de Guerra Eurico Dutra. Uma das principais características desse texto constitucional era a concentração de poderes na figura do executivo:

A essência autoritária e centralista da Constituição de 1937 a colocava em sintonia com os modelos fascizantes de organização político-institucional então em voga em diversas partes do mundo, rompendo com a tradição liberal dos textos constitucionais anteriormente vigentes no país. Sua principal característica era a enorme concentração de poderes nas mãos do chefe do Executivo. Do ponto de vista político-administrativo, seu conteúdo era fortemente centralizador, ficando a cargo do presidente da República a nomeação das autoridades estaduais, os interventores. Aos interventores, por seu turno, cabia nomear as autoridades municipais. (CENTRO DE PESQUISA E DOCUMENTAÇÃO DE HISTÓRIA CONTEMPORÂNEA DO BRASIL, 2020b)

Foi nesse contexto de Estado autoritário e demasiadamente intervencionista que o Decreto-Lei 3.688/41 foi editado, o que explica, em parte, a criação de um regramento legal que tinha o objetivo de regular excessivamente o comportamento social, incluindo-se as condutas pouco relevantes para o Direito Penal, haja vista o pensamento de que cabia ao Estado ditar os caminhos que a sociedade deveria seguir.

3.2 Do sistema penal dualista adotado pelo Estado brasileiro: Crime e Contravenção Penal

Apresentado o contexto histórico, passa-se a diferenciar os crimes das contravenções penais.

O art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, Decreto-Lei nº 3.914/41, fornece o critério legal utilizado para se diferenciar os crimes das contravenções penais:

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.

Verifica-se, assim, infração penal é gênero, enquanto crime e contravenção são espécies. A diferença entre ambos está na pena imposta ao infrator. Se a pena é de reclusão ou detenção, se trata de um crime. Caso a infração penal não preveja nenhuma dessas punições, se tratará de uma contravenção penal.

Nesse sentido, Masson (2019) explica que:

Destarte, a distinção entre crime e contravenção penal é de grau, quantitativa (quantidade da pena), e também qualitativa (qualidade da pena) e não ontológica.[...] Cuida-se, em essência, de espécies do gênero infração penal, diferenciado-se quanto à gravidade da sanção penal, mediante valores escolhidos pelo legislador. Note-se que tais valores, decisivos para a distinção, não são absolutos e pacificamente aceitos. Exemplo: A conduta de praticar ato obsceno em local público constitui crime. Por sua vez, o jogo do bicho configura contravenção penal. E, certamente, caminhar nu em via pública (ato obsceno) reveste-se de menor lesividade quando comparada com a conduta de chefiar bancas do jogo do bicho em uma comunidade (jogo do bicho), com todas as mazelas daí decorrentes.

Dessa forma, constata-se que o Brasil adotou o critério dicotômico, em que crime e delito são sinônimos, diferentemente de outros países, como Alemanha e França, que adotaram um sistema tricotômico, em que crimes são as infrações mais graves, delitos são infrações intermediárias e contravenções são infrações leves. (MASSON, 2019)

3.3 Da desnecessidade da aplicação do Direito Penal a condutas menos lesivas

Como já foi dito no primeiro capítulo deste trabalho, a tendência atual de modelo de Direito Penal nos Estados Democráticos é a de aplicação mínima, sendo utilizado apenas quando realmente necessário, levando-se em consideração a importância do bem jurídico, da lesão causada e da incapacidade de outros ramos do Direito de proteger o bem tutelado.

Essa utilização do Direito Penal como *ultima ratio* é indispensável para evitar abusos por parte do Estado e tem como fim primordial a proteção à dignidade da pessoa humana, haja vista que a restrição de liberdade é a medida mais enérgica que o Estado pode impor aos cidadãos e é completamente desproporcional se utilizar dessa possibilidade sempre que haja uma transgressão, por menor que seja, pois existem outros meios menos gravosos e igualmente eficientes para prevenir e punir essas condutas, o que demonstra a desnecessidade da utilização do Direito Penal e, conseqüentemente, a desproporcionalidade, haja vista que a necessidade é um dos requisitos da proporcionalidade. (SILVA, 2002)

A partir dessa breve recapitulação, torna-se evidente que a própria ideia de contravenção penal já parece ir de encontro aos princípios do modelo de Direito Penal Mínimo.

Nesse sentido, mesmo em 1941, as contravenções penais já eram vistas como

menos graves e, conseqüentemente, de menor importância, segundo a exposição de motivos do Código Penal de 1940:

Ficou decidido, desde o início do trabalho de revisão, excluir do Código Penal as contravenções, que seriam objeto de lei à parte. Foi, assim, rejeitado o critério inicialmente proposto pelo Professor Alcântara Machado, de abolir-se qualquer distinção entre crimes e contravenções. Quando se misturam coisas de somenos importância com outras de maior valor, correm estas o risco de se verem amesquinçadas. Não é que exista diversidade ontológica entre crime e contravenção; embora sendo apenas de grau ou quantidade a diferença entre as duas espécies de ilícito penal, pareceu-nos de toda conveniência excluir do Código Penal a matéria tão miúda, tão vária e tão versátil das contravenções, dificilmente subordinável a um espírito de sistema e adstrita a critérios oportunistas ou meramente convencionais e, assim, permitir que o Código Penal se furtasse, na medida do possível, pelo menos àquelas contingências do tempo a que não devem estar sujeitas as obras destinadas a maior duração.

Assim, a própria existência de contravenções, infrações consideradas leves, punidas pelo Direito Penal já vai de encontro ao modelo de Direito Penal Mínimo, e acaba por prever condutas que deveriam ser irrelevantes para o ordenamento jurídico penal. Isso não quer dizer que as condutas ali previstas seriam tornadas lícitas, mas apenas não seriam punidas pelo Direito Penal. Dessa maneira, outros ramos do Direito poderiam muito bem regular essas matérias que hoje estão previstas como contravenções penais.

Essa inflação legislativa penal resulta no aumento do número de processos e, conseqüentemente, na demora de julgamento desses. O sistema judiciário acaba não conseguindo responder de maneira célere as demandas que surgem diariamente. Processos relacionados à corrupção e outros crimes graves demoram a ter o resultado final, não só pela complexidade da investigação necessária, mas por conta de existir um número infindável de processos que tratam de condutas pouco relevantes, mas que também estão na fila de julgamento.

Foi com o objetivo de resolver esse problema que o legislador buscou alternativas para aumentar a celeridade da Justiça e separar às infrações leves das mais graves. Nesse sentido, a Constituição Federal² autorizou à União e aos Estados a criarem juizados especiais criminais competentes para julgar infrações de menor potencial ofensivo e permitiu, inclusive, a transação, uma espécie de acordo, com o objetivo de aumentar a celeridade do Poder Judiciário. (NETO; JÚNIOR, 2017)

Essa previsão constitucional permitiu e inspirou a criação de medidas alternativas

² Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

para a resolução de conflitos que envolvam infrações de menor potencial ofensivo, que anteriormente eram todos resolvidos na vida tradicional do Direito Penal.

3.3.1 Medidas alternativas à aplicação do Direito Penal

Introdutoriamente, é importante destacar que, no processo penal, o princípio orientador da atividade do Ministério Público nas ações penais públicas é o da obrigatoriedade. Nesse sentido, Lima (2019, p. 249) expõe que:

Esse princípio impõe um dever de atuação aos órgãos oficiais encarregados da investigação (CPP, art. 5º) e da ação penal (CPP, art. 24), nos crimes de ação penal pública. Por força dele, tanto a Polícia investigativa quanto o Ministério Público devem agir compulsoriamente para apurar e denunciar a infração, respectivamente. Não contam com nenhuma disponibilidade, ao contrário, vale o dever de persecução e de acusação.

Além disso, é necessário ter em mente que a razão de se existir o processo penal é possibilitar a aplicação do Direito Penal que, sem aquele, não poderia ser imposto aos casos concretos. Nesse sentido, é a lição de Nucci (2011, p. 79):

Cometida a infração penal, nasce para o Estado o direito-dever de punir (pretensão punitiva), consubstanciado na legislação material, com alicerce no direito fundamental de que não há crime sem prévia lei que o defina, nem pena sem prévia lei que a comine. O Direito Penal, que forma o corpo de leis voltado à fixação dos limites do poder punitivo estatal, somente se realiza, no Estado Democrático de Direito, através de regras previamente estabelecidas, com o fim de cercear os abusos cometidos pelo Estado, que não são poucos. Portanto, o Direito Processual Penal é o corpo de normas jurídicas cuja finalidade é regular o modo, os meios e os órgãos encarregados de punir do Estado, realizando-se por intermédio do Poder Judiciário, constitucionalmente incumbido de aplicar a lei ao caso concreto.

Entretanto, ao observar que a maioria das infrações penais seriam de menor gravidade, e com o objetivo de reduzir o número de processos e dar celeridade à resolução de conflitos, o legislador brasileiro vem adotando medidas que tornam o processo penal dispensável para a aplicação de sanções diversas das privativas de liberdade.

Entre essas medidas, está a edição da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (nº 9.099/95) que prevê institutos como a transação penal e a suspensão condicional do processo. Na exposição de motivos da mencionada lei, estão expostos os fatores que levaram a sua edição:

A norma constitucional que determina a criação de juizados especiais para as denominadas infrações penais de menor potencial ofensivo, com as características fundamentais que indica, obedece à imperiosa necessidade de o sistema processual penal brasileiro abrir-se às posições e tendências contemporâneas, que exigem sejam os procedimentos adequados à concreta efetivação da norma penal. E se insere no rico, filão que advoga a manutenção como regra geral, dos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal pública, abrindo, porém,

espaço à denominada discricionariedade regulada, contida pela lei e submetida a controle jurisdicional. Com efeito, a idéia de que o Estado possa e deva perseguir penalmente, sem exceção, toda e qualquer infração, sem admitir-se, em hipótese alguma, certa dose de discricionariedade ou disponibilidade da ação penal pública, mostrou com toda evidência sua falácia e hipocrisia. Na prática, operam diversos critérios de seleção informais e politicamente caóticos, inclusive entre os órgãos da persecução penal e judiciais. Não se desconhece que, em elevadíssima porcentagem de certos crimes de ação penal pública, a polícia não instaura o inquérito e o MP e o juiz atuam de modo a que se atinja a prescrição. Nem se ignora que a vítima - com que o Estado até agora pouco se preocupou - está cada vez mais interessada na reparação dos danos e cada vez menos na aplicação da sanção penal. É por essa razão que atuam os mecanismos informais da sociedade, sendo não só conveniente como necessário que a lei introduza critérios que permitam conduzir a seleção dos casos de maneira racional e obedecendo a determinadas escolhas políticas.

Dessa forma, resta-se evidenciado que um dos objetivos almejados pela Lei 9.099/95 foi possibilitar uma flexibilização dos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal pública, de maneira que foi aberto espaço “à denominada discricionariedade regulada, contida pela lei e submetida a controle jurisdicional”.

Diante da ausência de processo, é possível concluir que as sanções alternativas impostas pela Lei 9.099/95 não tem natureza penal, haja vista que as penas só podem ser aplicadas após o devido processo legal. Nessa perspectiva, são os ensinamentos de Júnior (2020):

Existe uma íntima relação e interação entre a história das penas e o nascimento do processo penal, na medida em que o processo penal é um caminho necessário para alcançar-se a pena e, principalmente, um caminho que condiciona o exercício do poder de penar (essência do poder punitivo) à estrita observância de uma série de regras que compõe o devido processo penal (ou, se preferirem, são as regras do jogo, se pensarmos no célebre trabalho *Il processo come giuoco* de CALAMANDREI). Esse é o núcleo conceitual do ‘Princípio da Necessidade’. [...] O Princípio da Necessidade também demarca o (primeiro) ponto de ruptura do processo penal com o processo civil, evidenciando mais uma vez o equívoco da ‘teoria geral do processo’. O Direito Penal, contrariamente ao Direito Civil, não permite, em nenhum caso, que a solução do conflito – mediante a aplicação de uma pena – se dê pela via extraprocessual. O direito civil se realiza todos os dias, a todo momento, sem necessidade de ‘processo’. Somente é chamado o processo civil quando existe uma lide, carnelutianamente pensada como o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida. **E o direito penal? Não é assim. O direito penal não tem realidade concreta fora do processo penal, ou seja, não se efetiva senão pela via processual. Quando alguém é vítima de um crime, a pena não se concretiza, não se efetiva imediatamente. Somente depois do processo penal teremos a possibilidade de aplicação da pena e realização plena do direito penal.** [grifos nossos]

Dessa forma, constata-se que o ordenamento jurídico brasileiro já prevê a aplicação de medidas que substituem o Direito Penal, demonstrando que este não é necessário para a solução de conflitos de menor gravidade e complexidade.

Passamos, então, a analisar essas previsões de utilização de meios diversos ao Direito Penal para a punição e prevenção de infrações de menor gravidade.

3.3.2 Lei 9.099/95

Como dito anteriormente, a Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais tem como finalidade evitar a imposição de penas privativas de liberdade, bem como a demora que se dá no curso do processo penal nos ritos comuns. Diante dessa demora no julgamento até de casos mais simples, que dificilmente resulta em pena privativa de liberdade para o autor do delito, houve pressão popular para que condutas menos ofensivas à sociedade não tivessem que ser sujeitadas ao formalismo exacerbado do processo penal regular, haja vista que, mesmo com a condenação do réu, não seriam impostas penas severas, como a privação de liberdade. (MIRANDA; SILVA, 2013)

Assim, a Lei 9.099/95 instituiu um rito especial para as infrações penais de menor potencial ofensivo. O art. 61, da mencionada lei, as define como: “Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.” Dessa forma, observa-se que essa lei é aplicável a todas as contravenções penais.

Ademais, além de um procedimento mais célere para os processos que tratam de infrações penais de menor potencial ofensivo, a Lei dos Juizados Especiais criou três novos institutos que evitam a própria persecução penal, de maneira que o réu aceita determinadas condições, em troca de não ser processado criminalmente.

Esses três institutos criados são a transação penal, a suspensão condicional do processo e a composição civil dos danos. Todos serão estudados individualmente, devido sua importância para o presente trabalho, haja vista que são hipóteses do ordenamento jurídico de não aplicação do Direito Penal.

3.3.2.1 Transação penal

O termo transação significa a realização de uma negociação que resulta em um acordo em que ambas as partes realizam concessões para que cheguem a um resultado proveitoso para todos os envolvidos. Assim, na prática, o Ministério Público abre mão de propor a ação penal com o objetivo de pleitear a condenação do acusado e o autor do fato abre mão do processo em troca de uma sanção mais branda.

Miranda e Silva (2013) conceituam a transação penal da seguinte maneira:

A transação penal é um ato jurídico por meio do qual o Ministério Público e o autor do fato, quando presentes os requisitos autorizadores, fazem concessões mútuas com vistas à não aplicação de pena privativa de liberdade, por meio da extinção do

conflito instaurado por conta da prática de fato considerado típico pelo ordenamento jurídico. Este ato deverá ser proposto pelo Ministério Público, aceito pelo autor do fato, mas será aplicado pelo Juiz de Direito, que deve acompanhar a sua realização.

O art. 76 da Lei 9.099/95 previu o instituto da transação penal ao dispor que: “Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.”

Os requisitos previstos pela lei para que seja possível o acordo de transação penal são os seguintes:

Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

[...]

§ 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

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

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

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

Vamos então a análise dos requisitos, pertinentes a este trabalho, que permitem a adoção do instituto em questão.

Observa-se que o primeiro requisito para que haja proposta de transação penal é que a infração penal seja de menor potencial ofensivo, haja vista que são o âmbito de abrangência desta lei.

Outro requisito é não ser caso de arquivamento. Assim, o Ministério Público deve ter ciência da prática de um fato típico e observar se há elementos suficientes para o oferecimento da denúncia, conforme exposto por Neto e Júnior (2017):

Para fazer a proposta, o Ministério Público tem de verificar se há pressupostos para dar início à ação penal, no Juizado competente. Daí por que deve expor o fato criminoso, com todas suas circunstâncias, o lugar (*ubi*), o tempo (*quando*), sem minúcias classificar a infração penal, apontando seu autor (*quis*). São pressupostos básicos para precisar, inclusive, se o Juizado Especial é competente para conhecer do crime e se o cidadão apresentado é, realmente, seu autor. Verifica os dados, como se fosse oferecer a denúncia.

Cumprido esses dois requisitos e os do parágrafo segundo do art. 76, a oferta de transação penal é possível. Caso seja aceita pelo suposto autor da infração e homologado pelo Poder Judiciário, a persecução penal é substituída pela imediata aplicação de sanções acordadas entre o Ministério Público e a defesa do acusado.

Relevante é a discussão doutrinária que questiona qual a natureza jurídica da sentença que homologa o acordo de transação penal. Neto e Júnior (2017) revelam que há quatro correntes doutrinárias:

Discute-se qual a natureza da sentença homologatória da transação que aplica a pena restritiva de direitos ou multa. Para uns, como Pazzaglini Filho, Alexandre de Moraes, Smanio e Vaggione, constitui (a) sentença condenatória. Ada Pellegrini, Gomes Filho, Scarance Fernandes e Luiz Flávio dizem que se trata de (b) mera sentença homologatória de transação, com eficácia de título executivo. [...] Cezar Roberto Bitencourt entende que se trata de (c) sentença declaratória constitutiva [...]. Outros entendem que se trata de um (d) acordo cível com a consequência de impedir a propositura da ação penal.

Ao analisar o tema, o Supremo Tribunal Federal decidiu no julgamento do RE 795.567/PR que a natureza jurídica da transação penal é meramente homologatória e fixou a seguinte tese em sede de repercussão geral:

As consequências jurídicas extra penais, previstas no art. 91 do Código Penal, são decorrentes de sentença penal condenatória. Tal não ocorre, portanto, quando há transação penal, cuja sentença tem natureza meramente homologatória, sem qualquer juízo sobre a responsabilidade criminal do aceitante. As consequências geradas pela transação penal são essencialmente aquelas estipuladas por modo consensual no respectivo instrumento de acordo. (RE 795.567/PR, Rel. Ministro Teori Zavascki, julgado em 28/05/2015)

Caso o acordo seja integralmente cumprido pelo acusado, o juiz declarará extinta a punibilidade e, em caso de descumprimento, há a possibilidade de o Ministério Público ingressar com a ação penal ou requisitar a instauração de inquérito policial.³

3.3.2.2 *Suspensão condicional do processo*

Outra medida alternativa à aplicação de sanções penais criada pela Lei 9.099/95 foi a suspensão condicional do processo. Esse instituto foi previsto no art. 89 da referida lei nos seguintes termos:

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

§ 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;

³ Súmula Vinculante 35: “A homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial.”

II - proibição de freqüentar determinados lugares;

III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz

IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

§ 2º O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.

§ 3º A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano.

§ 4º A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta.

§ 5º Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade.

§ 6º Não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão do processo.

§ 7º Se o acusado não aceitar a proposta prevista neste artigo, o processo prosseguirá em seus ulteriores termos.

Esse instituto é mais um instrumento da política criminal que tem como objetivo diminuir o número de processos criminais ao evitar que infrações menos graves sejam processadas, julgadas e punidas conforme o processo penal regular. Miranda e Silva (2013) o apresentam da seguinte maneira:

Trata-se de medida de política criminal consistente na suspensão do curso do processo, após o recebimento da denúncia, mediante o cumprimento de determinadas condições legais, após o que ocorrerá a extinção da punibilidade sem pronunciamento jurisdicional sobre o mérito da acusação formulada.

Caso a pena mínima seja igual ou inferior a um ano, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá oferecer proposta de suspensão condicional do processo ao acusado, impondo as condições legais previstas.

Neto e Júnior (2017) destacam que a suspensão é benéfica para o acusado e para a sociedade:

A suspensão condicional do processo não beneficia tão somente o réu, mas também, a justiça e a sociedade. Livra o réu de um tormento, que é o processo; facilita a prestação jurisdicional, com a diminuição de processo; e diminui os gastos do tesouro, beneficiando a sociedade.

Dentre as condições, destaca-se a obrigação de, quando possível, reparar o dano. Já as outras condições são evidentemente impostas como forma de acompanhar as atividades do acusado e monitorar se o mesmo não comete outro delito. Esse período de acompanhamento da vida do acusado é chamado de período de prova e, conforme a lei, pode ser imposto por dois a quatro anos.

Além disso, como a proposta é oferecida em conjunto com a denúncia, a sua apreciação depende do recebimento da peça acusatória pelo magistrado, após verificar a presença os requisitos legais para tanto, haja vista que é necessária a presença de indícios mínimos de autoria e materialidade para que a possibilidade de manifestação seja

oportunizada à defesa do acusado. (MIRANDA; SILVA, 2013)

Caso o acordo não seja revogado no prazo estipulado da proposta por descumprimento dos requisitos legais e dos convencionados, o juiz deverá decretar extinta a punibilidade, de maneira que o acusado não poderá mais ser processado pelos mesmos fatos.

Apenas em caso de descumprimento das condições impostas pela lei e pela suspensão condicional do processo, haverá a continuidade do processo em seu curso regular.

Com isso, destaca-se que a suspensão condicional do processo é mais uma hipótese prevista na Lei 9.099/95 de não aplicação do Direito Penal, haja vista que a persecução penal é substituída por medidas diversas que são mais eficazes, no sentido de serem mais céleres e garantirem de forma mais eficiente à reparação do dano, que, na maioria das vezes, é o principal objetivo almejado pela vítima.

3.3.2.3 *Composição civil dos danos*

Além dos dois institutos expostos anteriormente, a Lei 9.099/95 também previu a composição civil dos danos. Porém, diferentemente dos anteriores, o presente instituto não prevê a imposição direta de sanções, como a transação penal, nem condições para que o processo seja suspenso.

A composição civil dos danos é mais uma alternativa que visa a resolução de conflitos, que envolvem infrações de menor potencial ofensivo, ao conciliar a vítima com o autor da infração, de maneira que acordem uma solução indenizatória que evita a instauração do processo penal.

A Lei dos Juizados previu o rito sumaríssimo para as infrações de menor potencial ofensivo e impôs ao juiz a obrigação de verificar a possibilidade de que as partes resolvam o conflito por meio da conciliação.

Nesse sentido, a lei dispõe que é necessária a realização de uma audiência preliminar com a presença do autor e da vítima com o objetivo de proporcionar a possibilidade de resolução do conflito por meio de acordo:

Art. 72. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.

Art. 73. A conciliação será conduzida pelo Juiz ou por conciliador sob sua orientação.

[...]

Art. 74. A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente.

Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação.

Art. 75. Não obtida a composição dos danos civis, será dada imediatamente ao ofendido a oportunidade de exercer o direito de representação verbal, que será reduzida a termo.

A lei é clara ao afirmar que a composição civil dos danos acarreta na renúncia ao direito de queixa ou de representação, a depender da modalidade de ação penal para a infração em questão.

Com relação ao tema, Miranda e Silva (2013) comentam que se trata de medida despenalizadora:

A composição civil dos danos tem natureza jurídica de medida despenalizadora, levando-se em conta que a sua realização, nos crimes sujeitos à ação penal privada e à ação penal pública condicionada, conduzirá a extinção da punibilidade, conforme previsão do art. 74, parágrafo único, da Lei n. 9.099/95. Trata-se, portanto de renúncia tácita ao direito de queixa ou de representação.

Dessa forma, constata-se mais um instrumento previsto no ordenamento jurídico brasileiro que possibilita a substituição da aplicação do Direito Penal pela utilização do Direito Civil. No lugar da imposição de penas restritivas de liberdade ou de direitos, o Estado permite ao autor da infração se comprometer a indenizar os danos materiais e morais sofridos pela vítima, solução mais célere e eficaz para resolver pequenos conflitos, haja vista que, na maioria das vezes, as vítimas têm mais interesse em restaurar sua condição anterior de maneira célere do que ver o autor da infração sofrer uma punição penal.

3.3.3 Acordo de não persecução penal

Na mesma linha da Lei 9.099/95, foi criada outra medida despenalizadora criada pelo Conselho Nacional do Ministério Público. Trata-se do acordo de não persecução penal, instituto previsto inicialmente na Resolução nº 181/2017 do CNMP com o mesmo objetivo dos outros institutos já estudados, ou seja, resolução célere de conflitos por meio da adoção de medidas diversas do processo penal.

Lima (2020, p. 200) o conceitua da seguinte maneira:

[...] Cuida-se de negócio jurídico de natureza extrajudicial, necessariamente homologado pelo juízo competente, celebrado entre o Ministério Público e o autor do fato delituoso - devidamente assistido por seu defensor -, que confessa formal e circunstanciadamente a prática do delito, sujeitando-se ao cumprimento de certas condições não privativas de liberdade, em troca do compromisso do Parquet de promover o arquivamento do feito, caso a avença seja integralmente cumprida.

Ao lado da suspensão condicional do processo e da transação penal, o acordo em

questão é mais uma medida criada para mitigar o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública e foram destacados os seguintes motivos que levaram à edição da resolução:

Considerando a necessidade de permanente aprimoramento das investigações criminais levadas a cabo pelo Ministério Público, especialmente na necessidade de modernização das investigações com o escopo de agilização, efetividade e proteção dos direitos fundamentais dos investigados, das vítimas e das prerrogativas dos advogados, superando um paradigma de investigação cartorial, burocratizada, centralizada e sigilosa; Considerando a carga desumana de processos que se acumulam nas varas criminais do País e que tanto desperdício de recursos, prejuízo e atraso causam no oferecimento de Justiça às pessoas, de alguma forma, envolvidas em fatos criminais; Considerando, por fim, a exigência de soluções alternativas no Processo Penal que proporcionem celeridade na resolução dos casos menos graves, priorização dos recursos financeiros e humanos do Ministério Público e do Poder Judiciário para processamento e julgamento dos casos mais graves e minoração dos efeitos deletérios de uma sentença penal condenatória aos acusados em geral, que teriam mais uma chance de evitar uma condenação judicial, reduzindo os efeitos sociais prejudiciais da pena e desafogando os estabelecimentos prisionais [...]. (CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 2017)

Como foi criado por resolução de órgão administrativo, questionava-se a constitucionalidade do acordo, haja vista que se tratava evidentemente de matéria processual, entretanto, com a aprovação da Lei 13.964/19 a discussão resta encerrada. Segundo Júnior (2020): “Outrora inconstitucional a nosso juízo – pois previsto em uma resolução do CNMP (!) – o acordo de não persecução penal agora ingressa de forma regular no sistema processual penal, pela via legislativa adequada.”

Ademais, o acordo de não persecução penal é agora previsto no art. 28-A do Código de Processo Penal nos seguintes termos:

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:

- I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;
- II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;
- III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);
- IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou
- V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

Destaca-se, assim, que se trata de uma ampliação significativa da aplicação de

medidas alternativas, antes restritas às infrações de menor potencial ofensivo, haja vista que, a realização do acordo é possível para infrações com pena mínima de até quatro anos.

Em caso de realização e cumprimento dos termos do acordo, o juiz deverá declarar extinta a punibilidade do acusado e, em caso de descumprimento, o acordo poderá ser rescindido e a ação penal poderá ser proposta.

Por fim, cumpre salientar que os institutos previstos pela Lei 9.099/95 e o acordo de não persecução penal, constituem um evidente progresso da legislação brasileira, tendo em vista que são alternativas à persecução penal, entretanto ainda são apenas medidas paliativas, criadas com o objetivo de diminuir as consequências negativas de se ter um número demasiado de infrações penais. Além disso, como o próprio ordenamento jurídico vem sendo alterado no sentido de evitar a utilização do Direito Penal para crimes de menor e médio potencial ofensivo, não há mais sentido em se utilizar desse ramo do Direito para punir meras contravenções penais, de maneira que não devem ser abolidas do ordenamento jurídico penal.

4 QUESTÕES PRÁTICAS RELATIVAS AOS EFEITOS DA TIPIFICAÇÃO DE CONDUTAS MENOS LESIVAS

O ordenamento jurídico brasileiro possui um número extremamente alto de infrações penais. Segundo a justificação do Projeto de Lei do Senado nº 236/2012, de autoria do Senador José Sarney, atualmente existem cerca de 117 leis penais em vigor que tipificam em torno de 1800 infrações penais, dentre crimes e contravenções. (SENADO FEDERAL, 2012)

Essa opção legislativa de inflar o número de infrações, incluindo-se condutas pouco lesivas e de menos importâncias no âmbito de abrangência e de atuação do Direito Penal, levou a consequências negativas, principalmente relacionadas ao número de processos criminais, na consequente demora de julgamento destes, e na superlotação das penitenciárias. Esses aspectos negativos serão estudados a seguir.

4.1 Reflexos no número e tempo de duração dos processos criminais

O Conselho Nacional de Justiça divulga anualmente um levantamento estatístico, chamado de Justiça em Números, sobre os principais números envolvendo todos os tribunais brasileiros com o objetivo de auxiliar a gestão judiciária brasileira ao detalhar a estrutura e da litigiosidade em todos os tribunais.

Segundo o relatório mais recente, o Justiça em Números 2019, ingressaram no Poder Judiciário, apenas em 2018, 2 milhões e 700 mil novos processos criminais, enquanto foram baixados 2 milhões e 900 mil processos. Embora o número de processos baixados tenha superado o de novos casos, o acervo total de processos subiu 0,7%, chegando a 2,9 vezes a demanda, ou seja 7 milhões e 900 mil processos. Esse aumento é explicado por conta da volta da tramitação de processos que já haviam sido arquivado, como o caso de processos em que as sentenças foram anuladas. Como o acervo cresceu, resta evidenciado que a Justiça não tem dado conta de responder satisfatoriamente a demanda. Isso é demonstrado pelo Gráfico 1. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019)

Gráfico 1 – Evolução histórica do número de processos criminais excetuadas as execuções penais

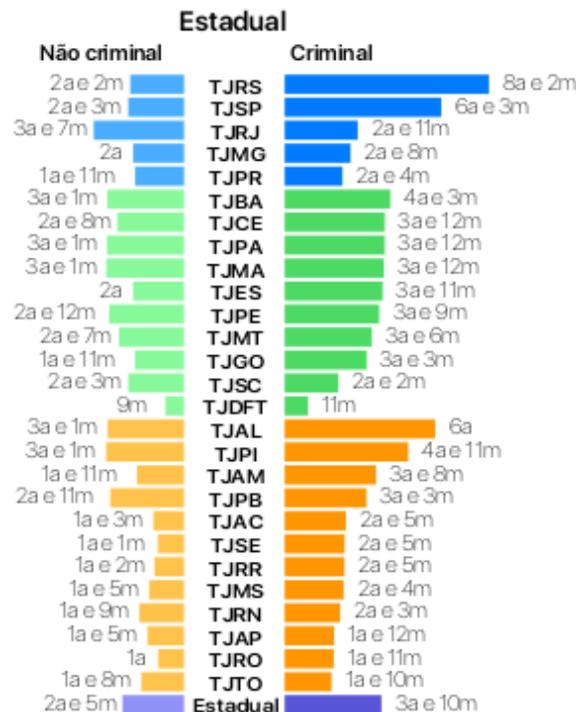


Fonte: Justiça em números (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019).

Conforme indicado na tabela, desde 2015, o número total de processos penais, excetuadas as execuções, tem se mantido na casa dos 6 milhões, de maneira que não há qualquer tendência no sentido de redução desse número.

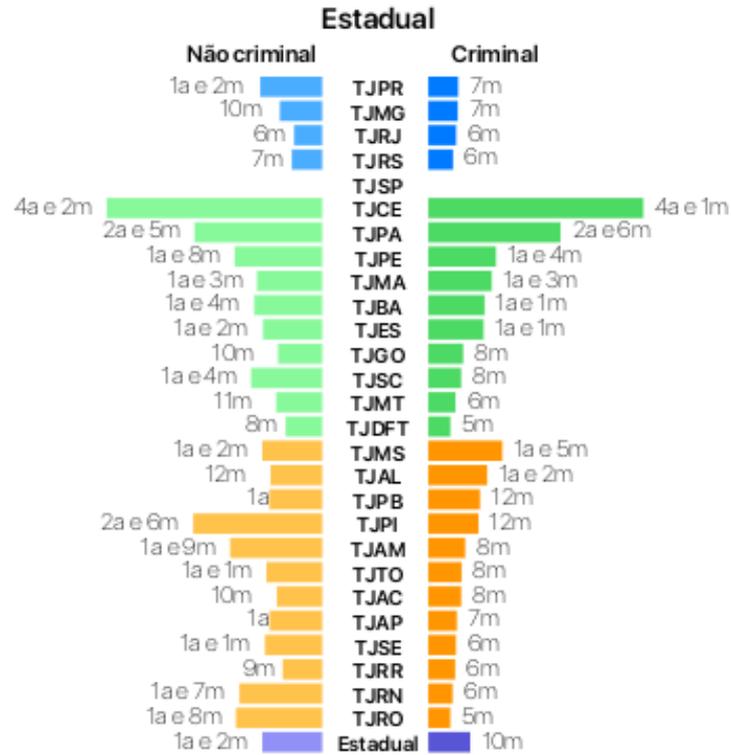
Além disso, chama atenção o tempo médio de tramitação dos processos criminais na primeira e segunda instância do Poder Judiciário. Os gráficos 2 e 3 exemplificam o tempo de duração por tribunal estadual:

Gráfico 2 – Tempo médio de duração dos processo criminais na primeira instância



Fonte: Justiça em números (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019).

Gráfico 3 – Tempo médio de duração dos processo criminais na segunda instância



Fonte: Justiça em números (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019).

Assim, o tempo médio de duração dos processos penais na Justiça Estadual, que é competente para julgar 91,3% dos casos criminais (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019), nos dois graus de jurisdição é de 4 anos e 8 meses. Entretanto, alguns tribunais chegam a média de 8 anos para as duas instâncias, como é o caso do TJ/CE. Ademais, esses prazos não consideram o possível período de tramitação perante o STJ e STF, de maneira que poderiam ser ainda maiores. Além disso, é necessário considerar, também, que, antes de o processo ser iniciado, ainda há o período de investigação, o que aumenta, ainda mais, o tempo médio entre o cometimento da infração e a resposta definitiva do Poder Judiciário.

Um dos motivos para esse longo período de duração é justamente o alto número de processos e investigações. Parte deles é explicada justamente pela tipificação excessiva de condutas, muitas das quais deveriam ser irrelevantes para o Direito Penal.

4.2 Reflexos no sistema prisional

Outra consequência negativa da inflação legislativa penal e do grande acervo de processos é o alto número de pessoas encarceradas de maneira provisória. Segundo o Banco Nacional de Monitoramento de Prisões, atualmente 863.928 pessoas estão privadas de liberdade. Entretanto, apenas 291.733 já foram condenados de maneira definitiva enquanto o

restante, que corresponde a 66% do total, estão presos provisoriamente. Além disso, 358.823 mandados de prisão estão pendentes de cumprimento. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020)

Destaca-se ainda que, segundo o Infopen, até dezembro de 2019, existiam apenas 442.349 vagas no sistema penitenciário nacional, ou seja, o país tem um déficit de vagas significativo. (DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL, 2020)

Ademais, a tipificação de condutas menos lesivas não impactem diretamente no número de presos, haja vista que seus agentes muito dificilmente são recolhidos a prisão, pois, como já estudado, o ordenamento jurídico penal prevê diversas medidas despenalizadoras. Contudo, o tempo e todo o aparato penal do Estado para a realização de diligências investigatórias, audiências, e acompanhamento das medidas despenalizadoras, poderiam ser melhor utilizados, caso essas infrações passassem a ser indiferentes para o Direito Penal.

Como consequência dessa melhor utilização dos recursos disponíveis, os processos poderiam ser resolvidos de maneira mais célere, de maneira a reduzir o número de presos provisórios. Além disso, com o advento da decisão irrecurável, parte dos presos poderá ser inocentada ou condenada a penas que permitam a progressão de regime, de maneira a contribuir a redução do número de pessoas encarceradas.

4.3 Busca por soluções

Diante dos problemas apontados nos tópicos anteriores, torna-se necessário buscar medidas que solucionem essas questões de maneira a aumentar a eficiência jurisdicional do Estado, de forma que os processos sejam solucionados de maneira mais célere, bem como o Direito Penal seja aplicado da maneira mais correta possível.

Nesse sentido, a busca por soluções passa, principalmente, pela atuação dos Poderes Judiciário e Legislativo.

O Poder Judiciário, por meio da interpretação, tem reduzido o âmbito de abrangência das infrações penais, de maneira a garantir o caráter subsidiário e fragmentário do Direito Penal para que ele funcione realmente como *ultima ratio* do aparato jurídico estatal. Dessa forma, princípios como o da insignificância, lesividade e intervenção mínima são constantemente invocados para justificar a não necessidade do processo e conseqüente arquivamento do caso e não aplicação do Direito Penal, haja vista que certos casos concretos, embora se subsomem ao significado gramatical do texto legal, não devem ser tratados pelo Direito Penal em razão de sua mínima significância.

Entretanto, a atuação judiciária como forma principal de solucionar os problemas de lentidão e do número de processos é insuficiente e traz consigo outros novos problemas, principalmente a insegurança jurídica. Como o ordenamento jurídico possui inúmeras infrações que não deveriam ter caráter penal, a interferência judicial acaba por se tornar muito ampla, o que dificulta a criação de um padrão para solucionar casos semelhantes. Isso se dá porque são muitas as situações em que a atuação do Direito Penal é legalmente prevista, mas pode ser considerada indevida a depender do aplicador da lei. Essa opinião jurídica de avaliar se a aplicação do Direito Penal é devida ou não a certo caso concreto pode ser diferente entre delegados, promotores, juízes e tribunais, causando insegurança jurídica e consequente incerteza sobre como os casos devem ser solucionados.

Como forma de reduzir a insegurança jurídica causada por diferentes interpretações das normas e sua aplicação aos casos concretos, a Constituição Federal previu que cabe aos tribunais superiores uniformizar a jurisprudência nacional.⁴ Contudo, mais uma vez, o número exagerado de casos e suas particularidades, tornam praticamente impossível que essa uniformização atinja um nível satisfatório, pois seria necessário que os tribunais superiores abordassem cada tese em que há divergência e firmassem jurisprudência em determinado sentido. Essa necessidade de um tribunal superior avaliar todas as hipóteses de divergências nacionais para que houvesse segurança jurídica só traria mais lentidão para o sistema judicial.

Além da insegurança jurídica, a atuação judicial exacerbada aumenta a possibilidade de intervenção indevida do Poder Judiciário no campo do Poder Legislativo, o que é indesejado, pois os membros do judiciário não foram eleitos e essa atuação indevida pode gerar conflito entre os poderes. Essas considerações também são expostas por Barroso (2015):

Diversas objeções têm sido opostas, ao longo do tempo, à expansão do Poder Judiciário nos Estados constitucionais contemporâneos. [...] Tais críticas não infirmam a importância do papel desempenhado por juízes e tribunais nas democracias modernas, mas merecem consideração séria. O modo de investidura dos juízes e membros de tribunais, sua formação específica e o tipo de discurso que

4 A Constituição Federal de 1988 prevê em seu texto: “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...] § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. [...] Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: [...] III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

utilizam são aspectos que exigem reflexão. Ninguém deseja o judiciário como instância hegemônica e a interpretação constitucional não pode se transformar em usurpação da função legislativa. Aqui, como em quase tudo mais, impõem-se as virtudes da prudência e da moderação.

Nesse sentido, torna-se evidente que o papel do Poder Legislativo é de fundamental importância para solucionar os problemas que assolam a justiça criminal, haja vista que o número exageradamente alto de lei penais dispensáveis tem feito com que o Poder Judiciário fique abarrotado de processos e incapaz de solucioná-los de maneira célere e uniforme.

Dessa forma, passa-se a abordar exemplos de medidas adotadas pelo Poder Judiciário com o objetivo de evitar a utilização indevida do Direito Penal.

4.3.1 Atuação do Poder Judiciário

Como dito anteriormente, compete ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça a uniformização da jurisprudência em matéria constitucional e de interpretação da lei federal, respectivamente.

Nesse sentido, são inúmeras as decisões prolatadas por ambos os tribunais em que a aplicação direta dos princípios orientadores do Direito Penal Mínimo é feita com o objetivo de adaptar as leis penais a nova realidade democrática vivida pelo país, em que a atuação demasiada do Direito Penal é indesejada.

Primeiramente serão abordadas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

4.3.1.1 Supremo Tribunal Federal

O STF proferiu inúmeras decisões em que aplicou diretamente princípios orientadores do Direito Penal Mínimo. Aqui serão citados alguns exemplos dessas decisões.

No sítio eletrônico do tribunal, há a definição do princípio da insignificância, bem como os requisitos necessários para a sua aplicação segundo a jurisprudência da corte:

Princípio que consiste em afastar a própria tipicidade penal da conduta, ou seja, o ato praticado não é considerado crime, o que resulta na absolvição do réu. É também denominado "princípio da bagatela" ou "preceito bagatelar". Segundo a jurisprudência do STF, para sua aplicação devem ser preenchidos os seguintes critérios:

- i. a mínima ofensividade da conduta do agente;
 - ii. a nenhuma periculosidade social da ação;
 - iii. o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e
 - iv. a inexpressividade da lesão jurídica provocada.
- (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2020)

Esses requisitos foram criados pela suprema corte com o objetivo de orientar os outros tribunais e juízes, de maneira que possam decidir de maneira mais uniforme. Entretanto, mesmo com esses critérios estabelecidos, os tribunais continuam a decidir de maneira diferente. Isso se dá em razão da amplitude de interpretação dos princípios, bem como a vagueza na definição dos requisitos estabelecidos pelo STF como necessários para a aplicação do princípio da insignificância.

Um exemplo de divergência na interpretação e aplicação desse princípio a um caso concreto é o HC 144551 / RS decidido pelo STF. Tratava-se de um caso de furto de sapatos femininos avaliados em noventa e nove reais que posteriormente foi devolvido ao estabelecimento comercial. Após a denúncia feita pelo Ministério Público, a defesa da acusada impetrou *habeas corpus* ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. O TJ/RS denegou a ordem em julgamento assim ementado:

HABEAS CORPUS. FURTO SIMPLES. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. PRESENÇA DE JUSTA CAUSA PARA SUA PROPOSITURA. Rechaçada, aqui, por ora, a aplicação do princípio da insignificância ou bagatela, porquanto, para sua utilização, além do valor da res, que deve ser desprezível, há que se levar em conta o desvalor da conduta e do resultado, a repercussão do fato na pessoa da vítima e as condições pessoais da ré, ora paciente, não estando presentes estas circunstâncias autorizadoras, restando preenchidas as condições da ação penal.[...] (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, 2016)

Diante da decisão desfavorável, a defesa da ré interpôs recurso ordinário dirigido ao Superior Tribunal de Justiça. O STJ manteve a decisão proferida pelo tribunal de segunda instância nos seguintes termos:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. FURTO. INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. VALOR DO BEM SUBTRAÍDO QUE SUPERA 10% DO SALÁRIO MÍNIMO. SISTEMA ELETRÔNICO DE VIGILÂNCIA. CRIME IMPOSSÍVEL. CONSUMAÇÃO. TEORIA DA AMOTIO. DISPENSADA A POSSE MANSA E PACÍFICA. RECURSO EM HABEAS CORPUS DESPROVIDO. 1. Esta Corte Superior tem seguido, na última década, o entendimento de que para a aplicação do princípio da insignificância deverão ser observados os seguintes vetores: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) inexpressividade da lesão jurídica e d) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento do agente. Tais vetores interpretativos encontram-se expostos de forma analítica no HC 84.412, Rel. Min. CELSO DE MELLO, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/10/2004, DJ 19.11.2004. Todavia, no julgamento do HC 123108/MG, Rel. Ministro ROBERTO BARROSO, TRIBUNAL PLENO, julgado em 3/8/2015, DJe 1/2/2016 essas balizas foram revisitadas. No caso em análise, o de furto teria sido praticada no dia 10/2/2013, quando o salário mínimo estava fixado em R\$678,00. Seguindo a orientação jurisprudencial desta Corte, a res furtiva avaliada em R\$ 99,00 não pode ser considerada de valor ínfimo, por superar 10% do salário mínimo mínimo vigente à época dos fatos. Precedentes.[...] Recurso em habeas corpus desprovido. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2017a)

Diante dessa decisão, observa-se que o STJ aplicou os quatro requisitos balizados pelo STF, bem como a necessidade de o bem furtado não ter valor superior a dez por cento do salário mínimo nacional, requisito estabelecido em seus próprios precedentes. Entretanto, diante da nova decisão desfavorável, a defesa da acusada impetrou novo *habeas corpus*, agora dirigido ao STF, que considerou que estavam presentes os requisitos para a aplicação do princípio da insignificância.

Na decisão, o ministro Gilmar Mendes, relator do HC, destacou a necessidade de que, para se verificar a tipicidade, é necessário que a conduta preencha os requisitos formais e materiais. Dessa forma, o ministro reconheceu que não é razoável que o Direito Penal e todo o aparelho do estado-polícia e do estado-juiz se movimentem no sentido de atribuir relevância a um furto de sapatos femininos avaliados em 99 reais. Justificou, ainda, que o Direito Penal tem caráter subsidiário e fragmentário, ou seja, deve ser utilizado apenas quando os outros ramos do Direito se mostrem insuficientes para a proteção dos bens jurídicos mais importantes. A decisão pode ser assim resumida:

[...] ante o caráter eminentemente subsidiário que o Direito Penal assume, impõe-se sua intervenção mínima, somente devendo atuar para proteção dos bens jurídicos de maior relevância e transcendência para a vida social. Em outras palavras, não cabe ao Direito Penal, como instrumento de controle mais rígido e duro que é, ocupar-se de condutas insignificantes, que ofendam com o mínimo grau de lesividade o bem jurídico tutelado. Assim, só cabe ao Direito Penal intervir quando outros ramos do direito demonstrarem-se ineficazes para prevenir práticas delituosas (princípio da intervenção mínima ou *ultima ratio*), **limitando-se a punir somente condutas mais graves dirigidas contra os bens jurídicos mais essenciais à sociedade (princípio da fragmentariedade)**. [...] Diante do exposto, destaco que, no caso em apreço, o prejuízo material foi insignificante bem avaliado em R\$ 99,00 (noventa e nove reais) e que **a conduta não causou lesividade relevante à ordem social, havendo que incidir, por conseguinte, o postulado da bagatela.** (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018, *on-line*) [grifos nossos]

Esse caso concreto demonstra um dos pontos negativos da atuação jurisprudencial como forma de corrigir a abrangência da atuação do Direito Penal, haja vista que evidencia a existência de interpretações e decisões divergentes em um mesmo caso, o que leva a insegurança jurídica e a injustiça, pois casos semelhantes acabam decididos de maneira diametralmente opostas. No caso exposto, o juiz de primeiro grau, o TJ/RS e o STJ decidiram no sentido de que não seria possível a aplicação do princípio da insignificância, entretanto, ao chegar na última instância o entendimento sobre o caso foi diverso dos anteriores.

Outro questionamento que se pode fazer é quanto a gravidade das infrações penais e a aplicação ou não do Direito Penal. Como afirmado na decisão do STF, em razão de o furto não ter lesado de maneira relevante a ordem social, não seria caso de aplicação do Direito

Penal. Se uma conduta definida como crime pode ser considerada irrelevante para o Direito Penal em razão de sua mínima lesividade, por que o Direito Penal ainda deveria ser utilizado para punir meras contravenções? Se as contravenções já são tidas como infrações de lesividade significativamente inferior aos crimes, seria lógico evitar a utilização do Direito Penal para punir determinadas condutas tidas como criminosas e continuar prevendo, em abstrato, a utilização desse ramo do Direito para punir condutas com lesividade ainda menor? Nesse sentido, a própria utilização do Direito Penal para punir contravenções parece ir de encontro a interpretação sistemática do ordenamento jurídico como um todo, principalmente a partir da interpretação da Constituição Federal de 1988 que previu os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, dentre os quais se destaca a dignidade da pessoa humana.

Ademais, outro caso interessante e importante a ser abordado no presente trabalho é relativo aplicação direta do princípio da lesividade ou ofensividade a um caso concreto envolvendo contravenção penal. No RE 583523 / RS, o STF analisou se o art. 25 da Lei de Contravenções Penais foi recepcionado pela Constituição Federal, haja vista que o tipo citado discrimina os cidadãos em razão de condicionar a tipicidade da contravenção aos antecedentes do agente, o que torna o tipo penal mais próximo do Direito Penal do Autor do que do Direito Penal do Fato. Além disso, não há qualquer resultado jurídico previsto pelo tipo, nenhum dano, apenas a presunção de que alguém já condenado por furto ou roubo ou quando conhecido como “vadio ou mendigo” estaria pronto para cometer novos crimes simplesmente por estar na posse de instrumentos que possibilitam, dentre outras coisas, o crime de furto.

O art. 25 da Lei de Contravenções Penais está assim redigido:

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.

Na decisão, o STF considerou que a contravenção penal em questão não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, haja vista que contraria os princípios da proporcionalidade, isonomia e presunção de inocência. O relator do caso foi o ministro Gilmar Mendes que em seu voto afirmou:

Não tenho dúvida de que o princípio da ofensividade vincula toda a atividade de interpretação da lei penal. E, com maior razão, deve orientar a própria aplicação da lei penal. [...] A ordem constitucional confere ao legislador margens de ação para decidir quais medidas devem ser adotadas para a proteção penal eficiente dos bens jurídicos fundamentais. É certo, por outro lado, que a atuação do legislador sempre

estará limitada pelo princípio da proporcionalidade. [...] O princípio da proporcionalidade deve ser observado, em especial na tipificação penal, antes pelo próprio legislador, do que pelo Judiciário ao conhecer de casos concretos. Ao criminalizar condutas, o Poder Legislativo impõe restrições à liberdade das pessoas de forma geral e abstrata, o que tem o condão de interferir na vida e nas práticas de toda uma sociedade. Por essa razão, a decisão legislativa que implique a criminalização de novas condutas afigura-se extremamente delicada, pois ao adotá-la o Estado deve evitar a restrição arbitrária das liberdades individuais. Deve-se ter sempre em mira, assim, que a atuação estatal na seara legislativa criminal não pode ser geradora de insegurança para os cidadãos, no que concerne à condução cotidiana e normal de suas vidas. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2013, *on-line*)

O voto do relator foi seguido pelos demais ministros e, embora o caso se tratasse especificamente de uma das contravenções penais previstas pelo ordenamento jurídico, as considerações feitas no sentido de proporcionalidade e proteção da dignidade da pessoa humana podem ser estendidas às demais contravenções. Nesse sentido, importante citar o voto do ministro Ricardo Lewandowski que expôs a realidade ao tempo da edição da Lei de Contravenções Penais:

Outro dado que eu gostaria de ressaltar, que me parece bastante importante, e foi tangenciado por vários colegas, é o fato de que a Lei de Contravenções Penais, veio à lume, ingressou no ordenamento jurídico, por meio do Decreto-lei 3.688/41. Quem se debruça sobre esse texto normativo verifica que ele foi editado pelo Presidente Getúlio Vargas, com fundamento no artigo 180 da Carta Política de 37, da “Polaca”, da Carta Fascista, e esse artigo 180 daquela Carta autorizava o Presidente da República editar decretos-leis quando não se encontrava em funcionamento o parlamento. Portanto, era um momento em que os direitos fundamentais estavam colocados em segundo plano. Historicamente, o Direito Constitucional dada uma preeminência muito grande ao direito de propriedade sobre todos os outros direitos, inclusive a liberdade, fazendo com que a propriedade se alçasse a um valor máximo da convivência social. E esse dispositivo tem em voga, exatamente, proteger de forma absolutamente, ao meu ver, até perversa, este valor máximo, então entronizado, que é o direito de propriedade. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2013, *on-line*)

Dada essas considerações, resta evidenciado que o diploma legal criador das contravenções penais foi editado em momento histórico completamente diverso do atual. Contemporaneamente, os principais valores a serem observados por todo o ordenamento jurídico estão consagrados na Constituição Federal e visam, como um todo, resguardar a dignidade da pessoa humana ao reconhecer direitos como a liberdade, a vida e a igualdade. Dessa maneira, a existência exagerada de leis penais que visam a punição de lesões de menor relevância a bens jurídicos, e que causam prejuízos menores do que aqueles previstos nos preceitos secundários dos tipos penais, qual seja, a privação da liberdade do agente, não se compatibiliza com a atual realidade democrática vivida no Brasil.

4.3.1.2 Superior Tribunal de Justiça

O STJ tem firme jurisprudência no sentido de que a Lei de Contravenções Penais está em pleno vigor e possui precedentes que negam a aplicação do princípio da intervenção mínima a casos previstos como contravenções penal. Um exemplo de decisão no sentido de aplicar o Decreto-Lei nº 3.688/41 foi o RHC 56.128/MG. Nessa decisão, a quinta turma do STJ decidiu, por unanimidade, negar o recurso do réu que pleiteava o reconhecimento da atipicidade da conduta de porte de arma branca, argumento baseado no princípio da intervenção mínima, visto que se tratava de mera contravenção e o Direito Penal não deveria ser aplicado a condutas insignificantes. Entretanto, o STJ decidiu que a Lei de Contravenções Penais foi recepcionada pela Constituição e está em pleno vigor, de maneira que não haveria que se falar em atipicidade ou aplicação direta do princípio da intervenção mínima:

A jurisprudência desta Corte é firme no sentido da possibilidade de tipificação da conduta de porte de arma branca como contravenção prevista no art. 19 do Decreto-lei n. 3.688/1941, não havendo que se falar em violação ao princípio da intervenção mínima ou da legalidade, tal como pretendido. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2020)

Dessa maneira, observa-se que o tribunal tem decidido no sentido de continuar a aplicar a Lei de Contravenções Penais, não entendendo que a mesma seria completamente incompatível com a Constituição Federal de 1988, o que inviabilizaria totalmente a sua aplicação.

Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça tem precedentes no sentido de aplicação dos princípios do Direito Penal Mínimo a determinados casos concretos. Nesse sentido, no julgamento do RHC 88.815/RJ, o STJ aplicou os princípios da intervenção mínima e da ofensividade para evitar a aplicação do Direito Penal a conduta prevista formalmente como contravenção penal. No caso em questão, o réu foi denunciado por supostamente ter cometido a contravenção penal descrita no art. 47 do Decreto-Lei nº 3.688/41 (exercício ilegal da profissão ou atividade) em razão de exercer a atividade de guardador de veículos automotores (flanelinha) sem a devida autorização do poder público, conforme requisitado pela Lei 6.242/75. Entretanto, a Quinta Turma do STJ decidiu, por unanimidade, reconhecer que para o exercício desta atividade não é necessário qualquer conhecimento técnico ou específico, de maneira que a falta de registro profissional não seria apta, por si só, a ensejar prejuízo ao bem jurídico protegido pela norma e tornar a conduta penalmente relevante. Assim, ao considerar a conduta materialmente atípica, deu provimento ao recurso da defesa e determinou o trancamento da ação penal.

No mesmo sentido foi a decisão proferida no RHC 49.441/RJ em que foram aplicados os subprincípios da fragmentariedade e subsidiariedade, decorrentes do princípio da

intervenção mínima. No caso, que foi idêntico ao descrito no parágrafo anterior, a Sexta Turma do STJ decidiu, também por unanimidade, trancar a ação penal com os seguintes fundamentos:

[...] considerado o caráter subsidiário e fragmentário do Direito Penal, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que, a simples ausência de registro no órgão competente não denota reprovabilidade suficiente a justificar a incidência da mencionada norma penal. É importante lembrar, diante do contexto em análise, que, nos termos do que assevera o princípio da intervenção mínima, o Direito Penal deve se ocupar apenas de lesões aos bens jurídicos que lhe são caros, devendo ser invocado somente como última medida de prevenção e repressão de delitos. [...] Em arremate, destaco que a falta de registro para o exercício da atividade de guardador e lavador de veículos automotores pode ser solucionada no âmbito administrativo, bastando que o recorrente seja orientado a providenciar a regularização de sua profissão perante a Delegacia Regional do Trabalho (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2016)

Assim, depreende-se que o STJ apenas admite a aplicação dos princípios norteadores do Direito Penal ao observar as peculiaridades dos casos concretos, rechaçando a possibilidade de reconhecer de plano a incompatibilidade da Lei de Contravenções Penais com o restante do ordenamento jurídico nacional.

Contudo, essa forma de aplicação dos princípios, como já demonstrado anteriormente no tópico destinado ao STF, aumenta a possibilidade de que em um mesmo caso tribunais tenham entendimento diversos e que casos semelhantes sejam resolvidos de maneiras distintas, o que leva a indesejável insegurança jurídica. Para solucionar este problema, apenas decisões vinculantes, como a proferida pelo STF que considerou o art. 25 materialmente incompatível com os valores previstos na Constituição Federal de 1988, são capazes de eliminar a possibilidade de que os tribunais decidam de maneira destoante. Por fim, outra possibilidade de solução é a revogação dos tipos por outra lei, de maneira que as contravenções deixaram de estar em vigor e não seriam mais aplicadas.

4.3.2 Atuação do Poder Legislativo

O Poder Legislativo tem como função primordial a edição de leis que compõem o ordenamento jurídico nacional. Esse conjunto de normas preveem, em abstrato, todos os princípios e regras a serem observados pelos cidadãos e pelo Estado, de maneira que o tratamento é uniforme, haja vista que todos são iguais perante a lei e esta deve ser aplicada a todos.

Como as normas criadas pela atividade legislativa devem ser observadas por todos, as leis, quando bem redigidas, são a melhor maneira de se evitar insegurança jurídica. Assim, trata-se da melhor solução para o presente problema. Apenas uma lei revogando o

Decreto-Lei nº 3.688/41 seria capaz de corrigir a utilização indevida do Direito Penal, restringindo sua atuação às condutas realmente lesivas e que ponham em risco os bens jurídicos mais importantes da sociedade, sem causar insegurança jurídica.

Além disso, o Poder Legislativo tem a legitimidade necessária para efetuar tais alterações, haja vista que seus membros são pessoas eleitas pelo povo e exercem sua função com a presunção de estarem defendendo os interesses dos cidadãos. Nesse sentido, a revogação da Lei de Contravenções Penais por outra lei é a medida mais legítima, pois a forma de investidura dos membros do judiciário é diversa e leva em conta conhecimentos técnicos sobre o Direito e não a legitimidade de suas opiniões pessoais. Nesse sentido, a atuação judicial que evite a aplicação da lei deve ocorrer apenas quando flagrante a violação de valores constitucionais, de maneira que o Poder Judiciário não se imiscui nas funções do Poder Legislativo.

Ademais, a possível revogação do Decreto-Lei nº 3.688/41 pode levar ao questionamento se algumas das infrações lá previstas merecem continuar a serem punidas pelo Direito Penal. Tal questão pode ser resolvida da seguinte forma: se a lesão é significativa e merece a proteção do Direito Penal, ela deveria ser classificada como crime e não como mera contravenção. Nesse sentido, em caso de revogação da Lei de Contravenções Penais, deve ser feito um juízo de importância da manutenção ou não da previsão de determinadas infrações, caso se avalie a necessidade de que a conduta seja punida pelo Direito Penal, a mesma deverá ser convertida em crime. Nessa linha, passa-se a abordar as situações em que essa conversão já ocorreu.

4.3.2.1 Contravenções que viraram crimes

Como a diferença entre as contravenções e os crimes não é ontológica, mas apenas relacionada ao tipo de pena que é imposta ao infrator, a conversão de contravenção para crime é simples e possível, bastando o juízo de valor feito pelo legislador quanto a importância do bem jurídico e gravidade da lesão.

Outrossim, essa alteração da natureza da infração penal não é novidade no sistema jurídico brasileiro. Um exemplo de conduta que era prevista como contravenção penal e passou a ser considerada criminosa foi a de porte ilegal de arma de fogo. (ORSOMARZO NETO, 2001)

Ela era inicialmente tipificada pelo art. 19 do Decreto-Lei 3.688/41 que é assim redigido:

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

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

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

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

- a) deixa de fazer comunicação ou entrega à autoridade, quando a lei o determina;
- b) permite que alienado menor de 18 anos ou pessoa inexperiente no manejo de arma a tenha consigo;
- c) omite as cautelas necessárias para impedir que dela se apodere facilmente alienado, menor de 18 anos ou pessoa inexperiente em manejá-la.

Entretanto, mudanças sociais e principalmente a ocorrência de crimes violentos envolvendo armas de fogo mais modernas levaram o legislador reavaliar a gravidade da conduta de portar arma de fogo, conforme explana Orsomarzo Neto (2001):

Com as mudanças sociais ocorridas a partir da década de 70, houve um notável aumento da criminalidade, especialmente no que diz respeito aos crimes de maior gravidade, cujo emprego de violência, sempre esteve aliado ao uso indevido de armas de fogo e porque não das chamadas "armas brancas". Com a alta sofisticação tecnológica alcançada em todas as áreas do conhecimento humano, inegavelmente as armas de fogo (revólveres, pistolas e outras) se transformaram em verdadeiras armas de guerra ou armas de ataque, em lugar dos comedidos armamentos antigos (garruchas, revólveres e pistolas de pequenos calibres) com capacidade de disparos também regular e não com o "plus" atual.

Diante dessas mudanças sociais, o legislador decidiu não mais equiparar o porte de arma de fogo ao porte de arma branca, de maneira que foi editada a Lei nº 9.437/97 e, assim, o que antes era mera contravenção penal passou a ser considerado como crime. Ademais, o Estatuto do Desarmamento revogou a Lei nº 9.437/97, porém continuou a prever o crime de porte ilegal de arma de fogo, que atualmente é previsto em seus arts. 14 e 16.

No mesmo sentido, recentemente a Lei nº 13.718/2018 também foi responsável por transformar uma contravenção em crime e, da mesma forma que a alteração relativa ao porte ilegal de arma de fogo, a presente alteração se deu em razão de novos fatos sociais que evidenciaram a gravidade e reprovabilidade da conduta, de maneira que a previsão como contravenção se mostrava necessária.

Segundo Araújo (2018), no aniversário de 12 anos da Lei Maria da Penha foi editada a Lei nº 13.718/2018 que, dentre outras mudanças relativas aos crimes contra a dignidade sexual, modificou o caráter da infração de importunação sexual, que era prevista como contravenção penal e passou a ser considerada como uma conduta criminosa. Essa alteração legislativa ocorreu, principalmente, por conta de fatos datados de 2017. Nesse ano, a imprensa nacional noticiou que uma mulher estava em um ônibus no Estado de São Paulo quando foi surpreendida por um homem que, ao se masturbar, ejaculou em seu corpo. O

homem foi preso em flagrante delito por estupro, porém, logo em seguida, foi posto em liberdade pelo Poder Judiciário sob a justificativa que a conduta se subsumia a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor, que não comportava a manutenção da prisão. Diante da grande cobertura da mídia e do desfecho do caso, a repercussão do caso foi extremamente negativa, o que levou a movimentação do Poder Legislativo que entendeu que a conduta era demasiadamente gravosa para ser tratada apenas como contravenção penal.

Esses exemplos evidenciam que é perfeitamente possível revogar a Lei de Contravenções Penais e continuar punindo as condutas que forem avaliadas como significativamente lesivas a bens jurídicos que devem ser penalmente tutelados, de forma que não haveria qualquer prejuízo com a revogação. Pelo contrário, fatos tidos como de menor importância deixariam de ser tratados pelo Direito Penal o que, conseqüentemente, levaria a otimização dos recursos disponíveis para a persecução penal do Estado. Além disso, condutas tidas como graves que passassem a ser consideradas criminosas seriam punidas de maneira mais adequada.

4.3.2.2 Projeto de Novo Código Penal e revogação das contravenções penais

Diante dessas considerações realizadas, foi realizada pesquisa a respeito de propostas legislativas que objetivam a revogação do Decreto-Lei nº 3.688/41. Nesse sentido, o Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012, de autoria do Senador José Sarney, institui Novo Código Penal e, entre suas alterações mais significativas, está a revogação de todas as contravenções penais, medida prevista em seu art. 543.

Importante mencionar as justificativas apresentadas para a apresentação do novo Código e da revogação das contravenções que, dentre outras, se destaca:

Hoje, existem aproximadamente 117 leis penais em vigor, que abrigam cerca de 1.800 tipos penais, entre crimes e contravenções. É natural, então que nossos preceitos normativos sejam revistos, para espelharem melhor nossos novos valores e poderem se ajustar melhor também a um mundo cujas relações sociais ocorrem de forma mais exposta, difundida e fragmentada. A Constituição de 1988 necessita de um ordenamento jurídico penal que a ela responda. (SENADO FEDERAL, 2020)

Dessarte, avalia-se que a revogação das contravenções penais proposta pelo projeto de Novo Código Penal é positiva e deverá ser aprovada, principalmente porque racionalizaria a aplicação do meio de controle social mais enérgico disponível para o Estado, reservando-o para a punição das condutas mais graves, o que viabilizaria maior celeridade e eficiência da persecução penal.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo identificar se a tipificação das contravenções penais era necessária e compatível com os princípios do Direito Penal Mínimo. Nesse sentido, durante o estudo do tema foi observado que a função do Direito Penal mudou com o passar do tempo.

Dessarte, atualmente, uma das teorias mais influentes sobre o tema é o funcionalismo penal, criado em 1970 na Alemanha por Claus Roxin. Para o autor, a função do Direito Penal seria restrita a proteção de bens jurídicos mais importantes, assim considerados aqueles que são indispensáveis para a vida harmônica em sociedade, de maneira que a legitimidade do ordenamento jurídico penal está atrelada a esse objetivo. Além disso, como característica geral do funcionalismo penal, o aplicador do Direito teria a lei como ponto de partida, não retirando do jurista a liberdade de ação para assegurar que o Direito Penal atinja seu objetivo.

Nesse sentido, restou evidenciado que o modelo de Direito Penal que mais se adequa ao objetivo proposto pelo funcionalismo penal é o Direito Penal Mínimo, que defende justamente a utilização desse ramo do Direito apenas para a proteção dos bens jurídicos mais importantes de lesões reais ou potencialmente lesivas.

Essa utilização restrita do instrumento jurídico mais extremo disponível para o Estado tem como finalidade assegurar a dignidade da pessoa humana, que é o princípio norteador dos Estados Democráticos de Direito contemporâneo, haja vista que a imposição de medidas restritivas de liberdade para qualquer tipo de infração violaria a proporcionalidade e, por ser uma medida demasiadamente danosa, só deveria ser aplicada em último caso. A restrição de um direito tão importante e fundamental como a liberdade só deve ser imposta diante de lesões significativas a bens jurídicos realmente relevantes para a sociedade, sob pena de violar a dignidade dos cidadãos.

Ademais, ao realizar a leitura da doutrina, foram encontrados diversos autores que defendem a implantação desse novo modelo de Direito Penal. Dentre eles, Rogério Greco e Luigi Ferrajoli foram utilizados como principais referências para o presente trabalho. Ambos os autores apresentaram princípios e axiomas que funcionam como requisitos para verificar se o Direito Penal deverá ou não ser utilizado para proibir e punir determinadas condutas.

Assim, os princípios da dignidade da pessoa humana, intervenção mínima, lesividade e adequação social foram destacados em razão terem sido considerados os mais relevantes para serem utilizados como parâmetros de compatibilidade das contravenções

penais com o Direito Penal Mínimo.

Outrossim, o contexto histórico do Decreto-Lei nº 3.688/41 foi analisado, e a partir desse exame, verificou-se que se tratava de um momento muito diverso do vivido atualmente. Em 1941, o Brasil enfrentava uma ditadura que tinha como ideologia a utilização do Estado como orientador de praticamente todas as ações nacionais, inclusive as pequenas. Nesse sentido, até condutas que se desviavam minimamente do estabelecido por lei, mesmo que pouco relevantes e lesivas, acabaram sendo tipificadas como infrações penais. Nesse contexto, mesmo consideradas de menor importância, e por isso foram classificadas como contravenções e não como crimes, as contravenções penais foram criadas.

Diante disso, conclui-se que a própria ideia de tipificar condutas, que de tão pouco lesivas nem podem ser consideradas como criminosas, vai de encontro aos princípios do Direito Penal Mínimo e, conseqüentemente, contra a nova ordem constitucional fundada em 1988, haja vista que essa utilização indevida do Direito Penal viola a dignidade da pessoa humana, pois cidadãos se veem perseguidos pelo aparato penal do Estado por condutas insignificantes.

Ademais, foi verificado que o legislador brasileiro tem adotado medidas alternativas ao Direito Penal, como a composição civil dos danos, a suspensão condicional do processo, a transação penal e o acordo de não persecução penal, com o objetivo de aumentar a eficiência da prestação jurisdicional do Estado, pois o demasiado número de infrações penais levou ao congestionamento do Poder Judiciário. Dessarte, concluiu-se que, se o ordenamento jurídico brasileiro já possui alternativas à aplicação do Direito Penal, inclusive para crimes de médio potencial ofensivo, assim entendidos como aqueles que são abrangidos pelo acordo de não persecução penal, não há razão para prever meras contravenções no rol das infrações penais. Assim, foi proposta a utilização de outros ramos do Direito para a solução desses conflitos, como o Direito Civil e o Direito Administrativo, que já são utilizados para diversas situações em que é necessária a interferência do Estado para a manutenção da harmonia social, como o controle de condutas no trânsito.

No quarto capítulo, que teve como finalidade abordar questões práticas relativas às consequências da tipificação exagerada de condutas, foi descoberto que em 2012 existiam cerca de 117 leis penais em vigor que tipificavam por volta de 1800 infrações, dentre crimes e contravenções. Além disso, observou-se que, entre os anos de 2015 e 2018, o número total de processos criminais em curso tem se mantido constante, na faixa um pouco acima dos 6 milhões. Outrossim, foi verificado, ainda que, o prazo médio de duração do processo penal, sem contar o prazo necessário para a investigação, na Justiça Estadual, que responde por

91,3% da demanda, é de 4 anos e 8 meses. Chamou a atenção o fato de alguns tribunais terem médias muito superiores, como é o caso do TJ/CE que tem prazo de duração médio dos processos criminais de 8 anos de duração.

Ademais, foi observado que o sistema prisional enfrenta um grande déficit de vagas e que a maioria de seus reclusos não foram condenados definitivamente. Nesse sentido, a racionalização da utilização dos recursos disponíveis ao aparato penal do Estado é necessária para melhorar esse cenário. Caso as contravenções penais fossem revogadas, as polícias judiciárias, o Ministério Público e o Poder Judiciário, poderiam utilizar esse tempo poupado em casos mais relevantes, haja vista que não seria mais necessário investigar, denunciar, realizar audiências e acompanhar o cumprimento das medidas eventualmente impostas aos contraventores. Assim, os processos relativos às condutas realmente lesivas seriam concluídos de maneira mais célere, de maneira que parte dos presos provisórios poderiam ser inocentados ou condenados a penas que permitissem a progressão de regime, o que ajudaria a reduzir o déficit de vagas e, principalmente, evitaria que pessoas ficassem reclusas por prazo superior ao necessário e estabelecido por lei.

Por fim, diante dos problemas teóricos e práticos apresentados, se faz necessária a busca por soluções. Dessa forma, verificou-se que o Poder Judiciário e principalmente o Poder Legislativo têm papéis fundamentais para a resolução desses problemas. Nessa perspectiva, observou-se, a partir da jurisprudência do STF e STJ, que os tribunais têm aplicado os princípios orientadores do Direito Penal Mínimo diretamente aos casos concretos como forma de evitar a aplicação indevida do Direito Penal. Além disso, ficou constatado que essa técnica pode levar a outros problemas, como a insegurança jurídica e a indevida interferência do Poder Judiciário no Poder Legislativo. Dessa forma, conclui-se que o principal papel deve ser do Poder Legislativo, que possui a legitimidade e a atribuição constitucional de resolver em abstrato o problema em questão, haja vista que as leis são aplicadas e devem ser seguidas por todos, não havendo, assim, o problema da insegurança jurídica. Enfim, verificou-se que o projeto de Novo Código Penal prevê expressamente a revogação do Decreto-Lei nº. 3.688/41, o que demonstra que o Poder Legislativo está debatendo o tema e, como conclusão deste trabalho, agirá corretamente se manter essa previsão no texto final.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Tiago Lustosa Luna de. **Importunação sexual deixou de ser contravenção e virou crime**: análise do delito criado pela Lei 13.718/2018. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5576, 7 out. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/69232>. Acesso em: 27 mai. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. *E-book*.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 mai 2020.

_____. **Decreto-Lei nº 2.848/41**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 28 mai 2020.

_____. **Decreto-Lei nº 3.688/41**. Lei das Contravenções Penais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm. Acesso em: 28 mai 2020.

_____. **Decreto-Lei nº 3.914/41**. Lei de Introdução ao Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3914.htm. Acesso em: 12 mai 2020.

_____. **Decreto-Lei nº 4.657/42**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 02 jun. 2020.

_____. **Lei 9.099/95**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em 28 mai 2020.

BECCARIA, Cessare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Hunter Books, 2012. Tradução de Neury Carvalho.

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

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral: (arts. 1º a 120). 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CENTRO DE PESQUISA E DOCUMENTAÇÃO DE HISTÓRIA CONTEMPORÂNEA DO BRASIL. Fundação Getúlio Vargas. **A Era Vargas**: dos anos 20 a 1945. 2020a. Disponível em: <https://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/AEraVargas1/anos37-45/PoliticaAdministracao>. Acesso em: 15 abr. 2020.

_____. Fundação Getúlio Vargas. **A Era Vargas**: dos anos 20 a 1945. 2020b. Disponível em: <https://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/AEraVargas1/anos37-45/PoliticaAdministracao/Constituicao1937>. Acesso em: 15 abr. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Banco Nacional de Monitoramento de Prisões 2020**. Disponível em: <https://portalbnmp.cnj.jus.br/#/estatisticas>. Acesso em 27 de mai. 2020.

_____. **Justiça em Números 2019**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros>. Acesso em: 27 mai. 2020.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Resolução 181, de 07 de agosto de 2017**. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf>>. Data de acesso: 11 de maio de 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: parte geral** (arts. 1º ao 120). 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Infopen: dezembro/2019**. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen>. Acesso em: 27 mai 2020.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 5ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Vários tradutores.

GOMES, Luiz Flávio. **Norma e Bem Jurídico no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral** (arts. 1º a 120 do cp). 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009b.

_____. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal**. 4. ed. Niterói: Impetus, 2009a.

JÚNIOR, Aury Lopes. **Direito processual penal**. 17ª ed., São Paulo: Saraiva, 2020. *E-book*.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte geral** (arts. 1º a 120) – vol. 1. 13ª Edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019. *E-book*.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal: parte geral**, arts. 1º a 120 do cp. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MIRANDA, Acacio; SILVA, Leonardo Henrique da. **Juizados Especiais Criminais**. Coleção saberes do Direito, v. 49. 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2013. *E-book*.

NETO, Fernando da Costa Tourinho. JÚNIOR, Joel Dias Figueira. **Juizados especiais Cíveis e Criminais: Comentários à Lei 9.099/95**. 8ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2017. *E-book*.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ORSOMARZO NETO, José. **Arma de fogo**: da contravenção ao crime. : da contravenção ao crime. Revista da Faculdade de Direito: Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 96, p. 347-368, jan. 2001. Disponível em: <http://www.periodicos.usp.br/rfdusp/article/view/67507>. Acesso em: 27 maio 2020.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal**: parte geral, arts. 1.º ao 120. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei do Senado nº 236/2012**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>. Acesso em: 27 mai. 2020.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **RHC 49.441/RJ**. Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 09/08/2016, DJe 24/08/2016.

_____. **RHC 56.128/MG**. Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 10/03/2020, DJe 26/03/2020.

_____. **RHC 80.542/RS**. Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 04/05/2017, DJe 17/05/2017a.

_____. **RHC 88.815/RJ**. Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 28/11/2017, DJe 06/12/2017b.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Glossário**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/glossario>. Acesso em 19 mai. 2020.

_____. **HC 144551/RS**. Rel.: Ministro GILMAR MENDES, julgado em 26/04/2018, DJe 30/04/2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC144551GM.pdf>. Acesso em: 21 mai. 2020.

_____. **RE 583523/RS**. Rel. Ministro GILMAR MENDES, julgado em 03/10/2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6997511>. Acesso em: 23 mai 2020.

_____. **RE 795.567/PR**. Rel. Ministro Teori Zavascki, julgado em 28/05/2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9353134>. Acesso em: 14 abr. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. **Habeas Corpus 70070560339**. Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Isabel de Borba Lucas, Julgado em: 31-08-2016.