

A INCONSTITUCIONALIDADE DA CONTRAÇÃO PENAL DE VADIAGEM:

Um olhar histórico, cultural e político

THE UNCONSTITUTIONALITY OF THE CRIMINAL CONTRAVENTION OF LABOR: A

historical, cultural and political look

Ezequiel Silva Oliveira¹

Ícaro Trindade Carvalho²

RESUMO

Atualmente, no Ordenamento Jurídico brasileiro, encontra-se infrações penais inconstitucionais, advindas de um processo de segregação de classes sociais, que objetivavam uma higienização social. Diante disso, surge questionamentos acerca da vinculação do poder legislativo ao preconceito institucionalizado e das possíveis consequências desta Lei. Originando, assim, o termo “política dos bons costumes”, que legitima o preconceito racial por meio da lei. Todavia, há uma necessidade de fazer uma análise profunda do contexto histórico, político e social da criação dessas leis, bem como uma análise que justifique a vigência na contemporaneidade destes dispositivos manifestamente inconstitucionais. No presente caso, a análise será feita acerca da contração penal da vadiagem.

Palavras-chave: Inconstitucionalidade. Contração penal. Vadiagem. Minorias.

ABSTRACT

Currently, in the Brazilian legal system, there are unconstitutional criminal offenses, arising from a process of segregation of social classes, which aimed at social hygiene. In view of this, questions arise about the binding of the legislative power to institutionalized prejudice and the possible consequences of this Law. Thus giving rise to the term “policy of good manners”, which legitimizes racial prejudice through the law. However, there is a need to carry out an in-depth analysis of the historical, political and social context of the creation of these laws, as well as an analysis that justifies the validity of these manifestly unconstitutional provisions in the contemporary world. In the present case, the analysis will be made about the criminal misdemeanor of vagrancy.

Key words: Unconstitutionality. Criminal misdemeanor. Loitering. Minorities.

INTRODUÇÃO

¹ Bacharelado em Direito – Faculdade Doctum de João Monlevade-MG. Atual cargo de auxiliar administrativo na Prefeitura de Barão de Cocais/MG

² Graduado em História pela Universidade Federal de Viçosa (2005) e Mestrado em Extensão Rural pela Universidade Federal de Viçosa (2009). Professor Universitário desde 2015, professor de História do Ensino Fundamental e Médio.

Inicialmente, insta salientar que a previsão da infração de vadiagem como ilícito penal é anterior ao Decreto-Lei nº 3.688/41 (Lei de Contravenções Penais)³, o que nos remete às ordenações Filipinas onde se encontra o tipo no Título LXVIII, “*Dos Vadios*”. Por outro lado, no Código Criminal do Império de 1830, o Capítulo IV tratava dos “*vadios e mendigos*” e o artigo 295 previa pena de “*prisão com trabalho por oito a vinte e quatro dias*” quando “*não tomar qualquer pessoa uma ocupação honesta e útil de que possa subsistir, depois de advertida pelo juiz de paz, não tendo renda suficiente*”.

Posteriormente, no Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890, conhecido como Código Penal dos Estados Unidos do Brasil⁴, se manteve a tipificação penal do Império, acrescida de uma vinculação expressa aos praticantes de capoeira que, então, seriam considerados vadios e punidos com “*prisão celular por dois a seis meses*”.

Ademais, também eram punidas as condutas de mendicância e embriaguez (Capítulo XII – “*Dos mendigos e ébrios*”, no Código Penal de 1890, posteriormente, no art. 60 da LCP, revogado pela Lei nº 11.983, de 2009) e até mesmo a prostituição de forma indireta sob o tipo penal de ato ofensivo ao pudor (art. 61 da LCP).

Portanto, a criminalização de condutas como vadiagem, mendicância, embriaguez e da prática da capoeira visava perseguir as camadas mais pobres e despossuídas da população brasileira, numa prática de higienização social.

A sociedade brasileira “*da moral e dos bons costumes*”, que é a censura que consiste em um instrumento político de legitimação perante setores da sociedade civil, um endosso do Estado àquilo que é considerado pertinente aos valores da família cristã. A discussão será feita a partir da análise das condições sociais e culturais em que se deu o processo de estruturação política e institucionalização da contravenção penal de vadiagem considerada ofensiva a moral e aos bons costumes durante a ditadura militar, que nunca se preocupou com a injustiça social de um país sem educação, sem cultura, sem trabalho, sem moradia, sem condições de igualdade socioeconômica, sem dignidade humana, sem nada.

Nesse sentido, são as palavras de Elizabeth Cancelli:

³ Brasil. Decreto-lei n. 3.688, de 3 de outubro de 1941.

⁴ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/18511899/D847.htmimprensa.htm> Acesso em 20 jun. 2022.

Mendicância, vagabundagem, roubos, lesões corporais, estupros, atentados contra o pudor, incestos, incêndios e suicídios estavam relacionados com a perversão dos costumes e do caráter, provocada pelo álcool, pela relaxação de costumes, pelo desdém das conveniências, pelo abandono das ocupações, pelo egoísmo, pela brutalidade, pela incapacidade para o trabalho e, por fim, pela demência⁵.

Por isso, no tempo da “polícia de costumes”, era comum que o cidadão levasse todo o tempo a sua Carteira de Trabalho e Previdência Social de modo a evitar ser detido pela polícia sob a alegação de vadiagem o que, na verdade, justificava a “prisão para averiguação” muito utilizada pela ditadura Vargas e pela ditadura militar de 1964-1985.

O mais grave desse fato é que tal tipo penal permanece vigente até os dias de hoje. O Estado não permite que alguém decida “não trabalhar” e pune criminalmente essa conduta omissiva.

Nesse sentido, sobre a vadiagem, a autoridade policial tem discricionariedade para abordar um indivíduo e indiciá-lo pela prática de vadiagem, de forma que agirá amparada pela lei, o que abre brechas para perseguições de cunho racial, ideológico, cultural, pessoal, dentre outros.

Ademais, conforme relatório apresentado ao secretário da Justiça pelo Dr. chefe de Polícia Theodoro dias Carvalho Júnior:

Eram comuns as medidas policiais que promoviam a prisão dos vadios e a deportação de estrangeiros. Somente em 1894, em São Paulo, foram acusados de vagabundagem 194 pessoas e deportados três estrangeiros que, embora gatuños de profissão, foram expulsos como vagabundos ⁶.

Então, relacionando-se com a era da patologia, a vadiagem deveria ser saneada para que a máquina brasileira pudesse girar rumo ao futuro promissor sem engrenagens que não apoiassem o todo social.

Dessa forma, verifica-se que, atualmente, o fato dessa norma ser vigente no Ordenamento Pátrio, evidencia a indiferença do Estado em abolir ou reconhecer de forma expressa, pelos meios legais, a inconstitucionalidade da previsão do crime de vadiagem, com a consequente exclusão da tipificação do ordenamento jurídico.

⁵ Cancelli, Elizabeth. A cultura do crime e da lei. São Paulo: Humanidades, 2001, p. 156

⁶ Apud Cancelli, Elizabeth. A cultura do crime e da lei cit., p. 160.

O simples fato de ainda haver tal previsão, tendo em vista a origem da norma e seus objetivos à época, se caracteriza como uma falta de respeito à diversidade cultural do Brasil e reforça a imagem de um Estado omissivo e celetista.

No que diz respeito à infração de vadiagem, a criminalização da conduta autoriza uma espécie de controle social do Estado sobre os cidadãos. Em determinada época, serviu de “passe livre” à polícia para abordar e conduzir qualquer pessoa sob o argumento de habitualmente entregar-se à ociosidade.

Sem entrar em meandros técnico-jurídicos, já que a proposta do pré-projeto é sociológica, histórica, cultural, e com implicações no Direito criminal. Percebe-se que a conduta típica descrita é aberta, sujeita à interpretação que mais possa favorecer às forças repressoras do Estado.

2 – ASPECTOS HISTÓRICOS E SOCIOCULTURAIS DA LEI 3688/41

Analisando a questão de forma histórica e sociocultural, entende-se que a contravenção penal visava à mobilização da população quanto à necessidade de ser um cidadão “produtivo” a fim de “colaborar” com o crescimento do país e, assim, não onerar em virtude da indisposição para o trabalho. Ademais, o governo interino adotou o lema “ordem e progresso”, com um consequente sistema de higienização social.

Diante disso, com a propositura das reformas sanitárias, houve uma coercibilidade moral e remodelação do espaço público, tendo em vista que o Brasil representava um local alvo de investimentos estrangeiros e, o Rio de Janeiro (capital do Brasil à época), representava o progresso nacional e a modernização do país. Portanto, tentava-se camuflar a debilidade urbanística geral, incluindo o encarceramento da população negra e pobre.

Além disso, as dificuldades para a frequência e sucesso das crianças negras na instituição escolar eram de dois tipos: a pobreza e a discriminação social e racial. No primeiro caso, Barros (2005) esclarece que compreendiam a falta de recursos para aquisição de itens como merenda, roupas e materiais escolares adequados, a dispersão da população pelo vasto território brasileiro, associada às dificuldades de transporte e locomoção, a solicitação constante da presença das famílias na escola, que era impossibilitada pelas circunstâncias de trabalho destas, e até mesmo a necessidade de trabalho das próprias crianças para a manutenção da sobrevivência

das famílias, que as impediam de ter uma constância nos estudos e, muitas vezes, uma frequência adequada às instituições escolares.

Essas ausências de crianças e famílias, bem como o fato de os alunos não realizarem em seus lares as tarefas escolares solicitadas pelos professores, e até mesmo o tipo de roupa usado pelas crianças, eram frequentemente interpretados por professores e inspetores como um desinteresse de pais e responsáveis pela escolarização de seus filhos. Eles não teriam consciência da importância da instrução para suas vidas (BARROS, 2005).

Nesse contexto, em 1941, foi criada a Lei 3.688/41 (Lei de Contravenções Penais), com uma pauta voltada a fazer com que as pessoas trabalhassem cada vez mais tempo por salários menores, terceirizados, doze horas por dia, oitenta horas semanais, trinta minutos de intervalo, férias negociáveis, precários, tudo em prol do crescimento econômico e do “bem da Nação”, no discurso que era vendido pela burguesia. A lei proibia jogos de loteria, azar, embriaguez, mendicância (ato de pedir esmolas), ociosidade, de forma que o “vadio” era encarcerado simplesmente por não ter ocupação.

Sendo assim, os negros eram os que mais eram detidos pela infração penal de vadiagem, pois eram os mais pobres e considerados o “lixo” da sociedade. Essa alegação é confirmada no fato de que, na grande maioria das vezes, os negros eram presos durante a prática cultural das rodas de capoeiras.

Em série de artigos, publicada por Maíra Zapater – (ZAPATER, 2016), é abordado o tema da *“herança legal das ditaduras, nossas cicatrizes jurídicas”*, e tem um trecho que trata, especialmente, da Lei de Contravenções Penais que corresponde *“a uma série de condutas cotidianas, frequentemente descritas de forma vaga e, mais recorrentemente ainda, regulamentando ações cuja reprovação caberia, no máximo, no âmbito da moral individual”*. Ou seja, não cabe ao Direito Penal intervir no âmbito moral e cultural individual do sujeito⁷.

Em vista disso, José Duarte comenta a Lei de Contravenções Penais em 1958 e define o que segue pelo prisma de defesa da sociedade:

A vadiagem, que corresponde à vagabundagem dos franceses, é a vida errante, aventureira, ociosa, sem teto, sem recursos, sem trabalho, indiferente e conformada com a miséria. Constitui-se por isto mesmo um modo de vida

⁷<http://justificando.com/2016/05/20/a-heranca-legal-das-ditaduras-nossas-cicatrizes-juridicas/>> Acesso em 03 mar. 2022.

*ameaçador da ordem social; um estado de perigo, contrário aos bons costumes*⁸

Esse mesmo autor aduz à legislação como uma expressão das necessidades políticas e sociais em determinado instante da história da humanidade e, naquele instante, acreditava-se que no âmbito da vadiagem é que os vícios se multiplicavam. Então, relacionando-se com a era da patologia, a vadiagem deveria ser saneada para que a máquina brasileira pudesse girar rumo ao futuro promissor sem engrenagens que não apoiassem o todo social.

A título de exemplo, no tempo da “polícia de costumes”, era comum que o cidadão levasse todo o tempo a sua Carteira de Trabalho e Previdência Social de modo a evitar ser detido pela polícia sob a alegação de vadiagem o que, na verdade, justificava a “prisão para averiguação” muito utilizada pela ditadura Vargas e pela ditadura militar de 1964-1985.

Esse fenômeno político/social é muito bem descrito na obra *Vigiar e Punir*, de Foucault, de forma que o autor explica que o Estado tenta transmitir a imagem de que esse poder exercido sobre os indivíduos é benevolente, algo que supostamente pretende apenas “corrigir” e “reformatar” a pessoa, nunca apenas puni-la. Isso, porém, revela uma intolerância crescente contra qualquer desvio das normas de comportamento. Ao mesmo tempo, certos delitos ligados ao funcionamento financeiro de grande escala desse tipo de sociedade (“crimes do colarinho branco”, como desvios de dinheiro) tendem a ser punidos de forma menos direta (com multas e outros dispositivos) do que furtos, por exemplo.

Diante disso, verifica-se que a Lei de Contravenções Penais carrega todo o preconceito da nossa sociedade, assim como o ódio aos pobres, a sanha do conservadorismo, o discurso falacioso da meritocracia, a exclusão social, a intolerância com certas formas de expressão cultural, o racismo, a proposta da “escola sem partido”. Está tudo ali. Repetindo a expressão de Maíra Zapater, o Decreto-Lei nº 3.688/41 (Lei de Contravenções Penais) é a “*polícia fiscal da moral e dos bons costumes*”⁹.

A título de exemplos, o vídeo “Racismo, coisa de branco”, do canal Tempero Drag, é apresentado uma análise interessante das consequências da abolição da

⁸ DUARTE, José. Comentários à Lei de Contravenções Penais. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2, p. 271.

⁹ <http://justificando.com/2016/05/20/a-heranca-legal-das-ditaduras-nossas-cicatrizes-juridicas/>
Acesso em 03 mar. 2022

escravidão nos EUA. Após a abolição, constatou-se que carta não foi o suficiente, pois a polícia surgiu quando uma classe social foi liberta, de forma que esse surgimento do policiamento foi para resguardar a propriedade dos brancos, esse foi o objetivo primário do surgimento do policiamento. Portanto, concluiu-se que os brancos, racistas ou não, foram beneficiados com o racismo de forma incontestáveis. Racismo é sim coisa de branco¹⁰.

Diante de todo exposto, a criminalização de condutas como vadiagem, mendicância, embriaguez e da prática da capoeira por meio da Lei de Contravenções Penais, visava perseguir as camadas mais pobres e despossuídas da população brasileira, numa prática de higienização social. A sociedade brasileira “*da moral e dos bons costumes*”, que é a censura que consiste em um instrumento político de legitimação perante setores da sociedade civil, um endosso do Estado àquilo que é considerado pertinente aos valores da família cristã.

2 – O PODER LEGISLATIVO E A POLÍTICA DA MORAL E DOS BONS COSTUMES

Atualmente, os artigos trazidos pela Lei de Contravenções podem ser utilizados de forma livre para tipificação de infrações penais aos indivíduos, como por exemplo, a contravenção que se constitui em apresentar-se alcoolizado em público, ou a de servir bebida alcoólica para um indivíduo já embriagado (art. 62 e art. 63, II, da LCP).

Neste contexto acima o artigo 59 da Lei de Contravenções Penais (LCP) tipifica o crime popularmente conhecido como “vadiagem”, vejamos a descrição do art. 59 da LCP:

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

Nesse sentido, o escritor Bento de Faria preceitua: “Não é unicamente a ociosidade que a lei reprime, mas o estado de vadiagem, por motivo da periculosidade, que pode ser meramente social ou criminal”. (Faria, Bento de. Das contravenções penais cit., p. 197.).

¹⁰ <https://www.youtube.com/watch?v=eBfw2WqNDj0>> Acesso em 20 jun. 2022.

Além disso, a redação do parágrafo único do art. 59 mostra que a norma penal somente se aplica aos pobres, aos despossuídos, desfalecidos, já que mesmo entregando-se ao ócio, basta ter renda para se eximir da pena, o que evidencia o caráter celetista e preconceituoso do tipo penal de vadiagem.

No ano de 2004, o ex-deputado federal e ex- ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, propôs à Câmara dos Deputados a revogação do art. 59 da Lei de Contravenções Penais, propugnando pela extinção do tipo contravencional de vadiagem.

Tal proposta, o Projeto de Lei 4.668, foi aprovada pela Câmara dos Deputados no dia 8 de agosto de 2012 e encaminhada para votação no Senado a fim que seja expurgada de nosso ordenamento a possibilidade de se punir alguém pelo não exercício de atividade profissional, todavia, o referido projeto foi arquivado pelo Senado Federal no dia 30/04/2019¹¹

Por fim, sob a interpretação da Constituição Federal, entretanto, o tipo penal de não se querer trabalhar não é razão suficiente para que alguém seja acusado de tal infração penal, pois o fato acaba por submeter indivíduos que não conseguem trabalhar por conta do próprio sistema capitalista excludente a uma situação vexatória e constrangedora.

Nesse interim, na obra *Vigiar e Punir*, de Foucault, o autor explica que o Estado tenta transmitir a imagem de que esse poder exercido sobre os indivíduos é benevolente, algo que supostamente pretende apenas “corrigir” e “reformatar” a pessoa, nunca apenas puni-la. Isso, porém, revela uma intolerância crescente contra qualquer desvio das normas de comportamento. Ao mesmo tempo, certos delitos ligados ao funcionamento financeiro de grande escala desse tipo de sociedade (“crimes do colarinho branco”, como desvios de dinheiro) tendem a ser punidos de forma menos direta (com multas e outros dispositivos) do que furtos, por exemplo¹².

É claro que a análise de Foucault não elimina a necessidade de legislar sobre crimes ou construir prisões. Mas ela continua sendo um lembrete importante de que

¹¹<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=273651/>> Acesso em: 14 dez. 2021.

¹² FOUCAULT, M.. **Vigiar e Punir**: história da violência nas prisões. Petrópolis: Editora Vozes, 1987, p. 306.

não é só o desejo de justiça que move esse tipo de iniciativa, mas revela que há um desejo de controlar e punir as pessoas “indesejáveis” da sociedade.

Nesse sentido, o documentário “A 13ª Emenda” expõe ao espectador o processo de construção da imagem da população negra nos Estados Unidos da América e quais são suas consequências na sociedade estadunidense. A partir de uma análise criminológica da promulgação e aplicação da 13ª emenda à Constituição dos EUA, o filme, que está disponível na plataforma *Netflix*, expõe a atual condição das minorias raciais no país, enfatizando principalmente as questões relacionadas ao sistema prisional dos EUA, sua super-representação negra e o trabalho forçado a que estes indivíduos estão submetidos¹³.

Segundo Ângela Davis (2019, p. 25), a vida dos afrodescendentes nos Estados Unidos é marcada pela escravidão, linchamento e segregação. As leis Jim Crow e Códigos Negros que estiveram em vigor nos EUA foram instrumentos legais que impediram que os negros, na condição de trabalhadores livres, pudessem efetivamente usufruir dos mesmos direitos básicos dos brancos e acesso ao mercado de trabalho que lhes permitissem se inserir na sociedade de classe norte-americana.

Portanto, o documentário retrata uma realidade muito parecida com a do Brasil, tendo em vista que a 13ª Emenda Americana e a Lei de Contravenções Penais foram criadas com dispositivos que visam controlar e punir os “indivíduos indesejáveis” da sociedade.

Nesse passo, no que diz respeito à legislação pátria, conforme Guilherme de Souza Nucci (in: *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. São Paulo: RT, 2008. p. 140), a Lei de Contravenções Penais (Decreto-Lei nº 3.688, de 03 de Outubro de 1941) é totalmente inconstitucional (leia-se: não foi recepcionada pela Constituição Federal). Vejamos:

Princípio penal da intervenção mínima e contravenção penal: o princípio da intervenção mínima ou da subsidiariedade significa que o Direito Penal, no âmbito de um Estado Democrático de Direito, deve intervir minimamente na vida privada do cidadão, vale dizer, os conflitos sociais existentes, na sua grande maioria, precisam ser solucionados por outros ramos do ordenamento jurídico (civil, trabalhista, tributário, administrativo etc.). A norma penal incriminadora, impositiva de sanção, deve ser a ultima ratio, ou seja, a última

¹³A 13ª Emenda, Direção: Ava DuVernay, Roteiro Ava DuVernay Elenco: Michelle Alexander, Angela Davis, Cory Booker Título original The 13th (Documentário que discute a décima terceira emenda à Constituição dos Estados Unidos - "Não haverá, nos Estados Unidos ou em qualquer lugar sujeito a sua jurisdição, nem escravidão, nem trabalhos forçados, salvo como punição de um crime pelo qual o réu tenha sido devidamente condenado" - e seu terrível impacto na vida dos afro-americanos).

hipótese que o Estado utiliza para punir o infrator da lei. Logo, o caminho ideal é a busca da descriminalização, deixando de considerar infração penal uma série de situações ainda hoje tipificadas como tal. Exemplo maior do que nós defendemos é a Lei das Contravenções Penais. Seus tipos penais são, na maioria absoluta, ultrapassados, vetustos e antidemocráticos. Promovem formas veladas de discriminação social e incentivam a cizânia dentre pessoas, que buscam resolver seus problemas cotidianos e superficiais, no campo penal. Pensamos que não haveria nenhum prejuízo se houvesse a simples revogação da Lei das Contravenções Penais, transferindo para o âmbito administrativo determinados ilícitos e a sua punição, sem que se utilize da Justiça Criminal para compor eventuais conflitos de interesses, como, por exemplo, uma ínfima contrariedade entre vizinhos porque um deles está com um aparelho sonoro ligado acima do permitido (art. 42, III, LCP). Ao longo dos comentários, pretendemos demonstrar a inadequação desta lei, bem como os tipos penais que se tornaram, em face da nova Constituição Federal de 1988, inaplicáveis, pois inconstitucionais.

Mesmo referido doutrinador entendendo pela inconstitucionalidade, a melhor técnica recomenda a terminologia “não-recepção” pela nova ordem constitucional, eis que a Lei de Contravenções Penais é anterior à Constituição Federal de 1988.

Nesse passo, a norma prevista em qualquer dispositivo da Lei de Contravenções Penais, apesar de formalmente devidos, são materialmente (conteúdo) indevidos. Seu conteúdo é inconstitucional, e não sua forma (que respeitou o devido processo legal legislativo-constitucional, da época).

Contudo, apesar de respeitar o devido processo legal formal, não respeita o devido processo legal em sua dimensão material ou substantiva (conteúdo), o princípio da proporcionalidade está intimamente ligado, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal, ao “*substantive due process of law*”, ou seja, à dimensão material do devido processo legal.

Nesse sentido:

A essência do ‘substantive due process of law’ reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação que se revele opressiva ou, como no caso, destituída do necessário coeficiente de razoabilidade. (ADI-MC 1063 – DF – Rel. Min. Celso de Mello).

O princípio da proporcionalidade alberga três subprincípios: a) necessidade; b) adequação; c) proporcionalidade em sentido restrito. Uma norma que não é proporcional é inconstitucional, eis que fere de morte a dimensão subjetiva do devido processo legal. Uma norma é necessária quando capaz de atingir seu objetivo, que, no caso da Lei das Contravenções Penais, é evitar certas condutas sociais. A norma é adequada quando tem mais bônus do que ônus, ou seja, quando é, dentre as várias hipóteses possíveis, a medida menos gravosa para atingir determinado objetivo. A Lei de Contravenções Penais é, dentre as várias medidas possíveis para se evitar

determinadas condutas, uma das mais gravosas.

Nesse sentido, Flávia D'urso (in: Princípio Constitucional da Proporcionalidade no Processo Penal. São Paulo: Atlas, 2007. p. 67):

(...) o meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível, para que seja atingido o fim almejado. O meio é adequado, quando com seu auxílio se pode promover a resultado desejado; ele é exigível, quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, mas que seria um meio não prejudicial ou portador de uma limitação menor perceptível a direito fundamental (...).

Uma norma é proporcional em sentido restrito quando for razoável. Certamente, considerando que outros ramos do Direito poderiam evitar a prática das condutas proibitivas previstas na LCP, prever prisão simples privativa de liberdade para tais condutas é totalmente desproporcional.

Sobre o tema, Flávia D'urso diz:

Esse subprincípio é também conhecido como justa medida, porquanto estabelece uma correspondência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregado que seja juridicamente melhor possível¹⁴.

No mais, tal Decreto-Lei também deixa de observar o Princípio da Intervenção Mínima do Direito Penal. Isso em virtude de o Direito Penal não se prestar para promover a tutela de todas as lesões ao bem jurídico. Para isso, existem os outros ramos do Direito, ficando sua intervenção limitada aos casos em que há lesão jurídica relevante. É o princípio da intervenção mínima do Direito Penal, composto da subsidiariedade e fragmentariedade.

Um Direito Penal subsidiário é aquele que só pode intervir quando os outros ramos do Direito não forem capazes de prevenir e repelir a prática do ato ilícito. A fragmentariedade do Direito Penal, por sua vez, significa que o mesmo somente atua quando a conduta e o resultado (lesão ou perigo concreto de lesão) forem relevantes. Assim, não é qualquer conduta ou lesão que admitem a aplicação de sanções penais, precisando que sejam relevantes.

A soma da fragmentariedade e subsidiariedade resulta no que chamamos princípio da intervenção mínima. Veja-se que não é outra a lição de Rogério Grego (In: Direito Penal do Equilíbrio. Editora Impetus. 5ª Edição p. 03):

Desta forma, a orientação constante do trabalho será dirigida,

¹⁴Flávia D'urso (in: Princípio Constitucional da Proporcionalidade no Processo Penal. São Paulo: Atlas, 2007. p. 68):

primeiramente, a retirar do nosso ordenamento jurídico-penal todas as contravenções penais, que fogem à lógica do Direito Penal do Equilíbrio, uma vez que se a finalidade deste é a proteção dos bens mais relevantes e necessários ao convívio em sociedade, incapazes de serem protegidos tão-somente pelos demais ramos do ordenamento jurídico; e se as contravenções penais são destinadas à proteção dos bens que não gozam do status de indispensáveis, no sentido que lhe empresta o Direito Penal, a única solução seria sua retirada da esfera de proteção por este último.

Nesse palmilhar, considerando ser a Lei de Contravenções Penais medida inadequada e desarrazoada para prevenir e punir determinadas condutas, ferindo o princípio da proporcionalidade, que por sua vez lanceia o princípio do devido processo legal substantivo, maculando também o princípio da intervenção mínima do Direito Penal, é certo que ela não encontra amparo na Constituição da República Federativa do Brasil, devendo ser declarada não-recepcionada pela nova ordem constitucional.

Anote-se, por oportuno, que recentemente o Supremo Tribunal Federal deu sinais de que está atento a tais fatores quando, após ser provocado pela altiva Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, declarou não-recepcionado pela Constituição Federal de 1988 o artigo 25 da Lei de Contravenções Penais, que considera como contravenção o porte injustificado de objetos como gazuas, pés-de-cabra e chaves michas por pessoas com condenações por furto ou roubo ou classificadas como vadios ou mendigos. Segundo o ministro Gilmar Mendes, relator do processo, o dispositivo da LCP é anacrônico e não foi recepcionado pela CF por ser discriminatório e contrariar o princípio fundamental da isonomia (Recurso Extraordinário –RE - 583523)¹⁵

Assim, o Decreto-Lei nº 3.688, de 03 de Outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais), em nosso entendimento, não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 e, por tal razão, de rigor que passemos a questionar a aplicabilidade de tais normas no atual ordenamento jurídico, que consagra os princípios do devido processo legal substantivo e da intervenção mínima do Direito Penal.

Diante de todo exposto, é evidente que a contravenção penal da vadiagem é inapropriada, vai em contrário aos princípios constitucionais, fere a liberdade individual, traz consigo uma bagagem de segregação e preconceito. Todavia, o poder

¹⁵<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6997511#:~:text=Supremo%20Tribunal%20Federal-,RE%20583523%20%2F%20RS,143%2D145>.

legislativo permanece inerte quanto a situação, o que evidencia o total desinteresse do Estado em relação ao tema. Isso se dá pela vinculação inconsciente da política dos bons costumes e do preconceito institucionalizado que existe no legislativo, tudo isso somado à falta de conhecimento histórico e social

3 – CONCLUSÃO

A Lei de Contravenções Penais carrega todo o preconceito da nossa sociedade, assim como o ódio aos pobres, a sanha do conservadorismo, o discurso falacioso da meritocracia, a exclusão social, a intolerância com certas formas de expressão cultural, o racismo, a proposta da “escola sem partido”. Está tudo ali. Repetindo a expressão de Maíra Zapater, o Decreto-Lei nº 3.688/41 (Lei de Contravenções Penais) é a “*polícia fiscal da moral e dos bons costumes*”.

A título de exemplo, dados do sistema integrado de informações criminais da Fundação Seade (Sistema Estadual de Análise de Dados) mostram que a Lei de Contravenções Penais continua sendo usada em delegacias contra supostos vadios.

De 1997 a 2002, 1.006 pessoas foram detidas por vadiagem¹⁶ no Estado de São Paulo no mesmo período, 484 pessoas foram autuadas por mendicância¹⁷ e 24.191 por embriaguez¹⁸

Os dados demonstram a completa ineficácia das autuações em contravenções penais¹⁹, pois a Lei de Contravenções Penais se mostra completamente ineficaz e incompatível com a sociedade contemporânea, uma vez que tipos penais trazidos tem caráter religioso e embasado na moral e nos “bons costumes”.

Todavia, até os dias atuais, a referida Lei não fora revogada e os dispositivos preconceituosos estão sob plena vigência, podendo ser aplicado pela autoridade policial, de forma que, na prática, vira um instrumento de perseguição social “legalizada”.

Portanto, há uma necessidade de tratar de nossas cicatrizes sociais, nossos preconceitos, de nossa herança oligárquica, de nossa incapacidade de ver no outro o nosso semelhante, de “colaborar” com a burguesia independentemente do que

¹⁶ Entregar-se habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem renda que lhe assegure meios de subsistência.

¹⁷ Mendigar por ociosidade ou cupidez [cobiça].

¹⁸ Apresentar-se publicamente em estado de embriaguez, de modo que cause escândalo ou ponha em perigo a segurança própria ou alheia.

¹⁹ <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff3005200409.htm>> Acesso em 12 abr.2022.

aconteça, caso contrário, iremos nos tornar escravos do capitalismo predatório e da “política da moral e dos bons costumes”.

4 DOCUMENTOS CONSULTADOS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICA. **NBR 6024**: informação e documentação: numeração progressiva das seções de um documento – apresentação. Rio de Janeiro, 2012.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 6027**: informação e documentação: sumário – apresentação. Rio de Janeiro, 2012.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ. Sistema de Bibliotecas. **Teses, dissertações, monografias e trabalhos acadêmicos**. Curitiba: Editora UFPR,

2007. (Normas para apresentação de documentos científicos, 2).

5 REFERÊNCIAS

APUD CANCELI, Elizabeth. **A cultura do crime e da lei** cit., p. 160.

Brasil. **Decreto-lei n. 3.688, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm/> Acesso em 20 mar.2022.

CANCELLI, Elizabeth. **A cultura do crime e da lei**. São Paulo: Humanidades, 2001. p. 156.

DUARTE, José. **Comentários à Lei de Contravenções Penais**. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2, p. 271.

FARIA, Bento de. **Das contravenções penais**. Rio de Janeiro: Record, 1958. p. 197.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

LIMA, Nísia Trindade; HOCHMAN, Gilberto. Condenado pela raça, absolvido pela medicina: **o Brasil descoberto pelo movimento sanitarista da Primeira República**. In: Maio, Marcos Chor; Santos, Ricardo Ventura (Orgs.). **Raça, ciência e sociedade**. Rio de Janeiro: FioCruz, 1996. p. 23.

O Código Penal do Império do Brasil de 1830. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm/> Acesso em: 9 out. 2021.

PAULA, Richard N. **O pensamento psiquiátrico na Primeira República**. Revista Cantareira. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/cantareira/article/view/27816/>> Acesso em: 22 mar. 2022

SILVA, Anne Cacielle Ferreira da. **Reprimendo a ociosidade: legislação e controle social no pós-abolição**. Disponível em: http://www.ppge.ufpr.br/dissertacoes%20m2013/m2013_Anne%20Cacielle%20Ferreira%20da%20Silva.pdf/> Acesso em: 20 mar. 2022.

SEVCENKO, Nicolau. **Literatura como missão: tensões sociais e criação cultural na Primeira República**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 39.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **As teorias raciais, uma construção histórica de finais do século XIX**. O contexto brasileiro. In: _____; QUEIROZ, Renato Silva (Orgs.).

Raça e diversidade. São Paulo: Edusp, 1996. p. 161.

SILVA, Anne Cacielle Ferreira da. **Reprimendo a ociosidade: legislação e controle social no pós-abolição**. Disponível em: . Acesso em: 09 out. 2021.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 176.