

03/10/2013

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 583.523 RIO GRANDE DO SUL

RELATOR	: MIN. GILMAR MENDES
RECTE.(S)	: RONILDO SOUZA MOREIRA
ADV.(A/S)	: DPE-RS - ALINE CORRÊA LOVATTO
RECDO.(A/S)	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Recurso extraordinário. Constitucional. Direito Penal. Contravenção penal. 2. Posse não justificada de instrumento de emprego usual na prática de furto (artigo 25 do Decreto-Lei n. 3.688/1941). Réu condenado em definitivo por diversos crimes de furto. Alegação de que o tipo não teria sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Arguição de ofensa aos princípios da isonomia e da presunção de inocência. 3. Aplicação da sistemática da repercussão geral – tema 113, por maioria de votos em 24.10.2008, rel. Ministro Cezar Peluso. 4. Ocorrência da prescrição intercorrente da pretensão punitiva antes da redistribuição do processo a esta relatoria. Superação da prescrição para exame da recepção do tipo contravencional pela Constituição Federal antes do reconhecimento da extinção da punibilidade, por ser mais benéfico ao recorrente. 5. Possibilidade do exercício de fiscalização da constitucionalidade das leis em matéria penal. Infração penal de perigo abstrato à luz do princípio da proporcionalidade. 6. Reconhecimento de violação aos princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia, previstos nos artigos artigos 1º, inciso III; e 5º, *caput* e inciso I, da Constituição Federal. Não recepção do artigo 25 do Decreto-Lei 3.688/41 pela Constituição Federal de 1988. 7. Recurso extraordinário conhecido e provido para absolver o recorrente nos termos do artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a presidência do

RE 583523 / RS

Senhor Ministro Joaquim Barbosa, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, superar a questão prescricional da pretensão punitiva para, no mérito, dar provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 3 de outubro de 2013.

Ministro **GILMAR MENDES**

Relator

Documento assinado digitalmente

03/10/2013

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 583.523 RIO GRANDE DO SUL

RELATOR	: MIN. GILMAR MENDES
RECTE.(S)	: RONILDO SOUZA MOREIRA
ADV.(A/S)	: DPE-RS - ALINE CORRÊA LOVATTO
RECDO.(A/S)	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): Trata-se de recurso extraordinário que impugna acórdão da Turma Recursal Criminal dos Juizados Especiais Criminais do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado:

“APELAÇÃO CRIME. POSSE NÃO JUSTIFICADA DE INSTRUMENTO DE EMPREGO USUAL NA PRÁTICA DE FURTO (ART. 25 DO DECRETO-LEI Nº 3.688/1941) E POSSE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE (ARTIGO 28, DA LEI Nº 11.343/2006). 1. POSSE NÃO JUSTIFICADA DE INSTRUMENTO DE EMPREGO USUAL NA PRÁTICA DE FURTO. Provas suficientes para comprovar que o réu portava instrumento de emprego usual na prática de furto, conduzem a confirmação da condenação. 2. POSSE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. ART. 28 DA LEI Nº 11.343/2006. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. Quando ínfima a quantidade da droga apreendida (0,694 gramas de *cannabis sativa*), o fato não tem repercussão na seara penal, não ocorrendo efetiva lesão ao bem jurídico tutelado, enquadrando-se o fato no princípio da insignificância. Apelação parcialmente provida”. (Fl. 105).

Opostos embargos declaratórios, estes foram rejeitados, conforme ementa transcrita:

RE 583523 / RS

“EMBARGOS DECLARATÓRIOS. INEXISTÊNCIA DOS VÍCIOS ELENCADOS NO ART. 83, DA LEI Nº 9.099/95. O acórdão não se mostra obscuro, contraditório ou omissivo, pois procedeu ao exame do fato e explicitou os fundamentos jurídicos da decisão, o que afasta embargos declaratórios, cuja finalidade é o prequestionamento. O prequestionamento não criou nova espécie de recurso, não estando o juiz obrigado a comentar cada dispositivo legal referido pelas partes, bastando que examine as questões jurídicas debatidas nos autos. Embargos rejeitados”. (Fl. 118).

No apelo extremo, interposto com base no artigo 102, inciso III, alínea “a”, do permissivo constitucional, sustenta-se, além da existência de repercussão geral da matéria, que o acórdão recorrido violou os artigos 3º, inciso IV; e 5º, *caput* e inciso LVII, da Constituição Federal.

Verifico que o acórdão recorrido manteve a acusação do recorrente como incurso no artigo 25 da Lei de Contravenções Penais, à pena de 4 (quatro) meses de detenção, substituída por prestação de serviços à comunidade e pagamento de dez dias-multa à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à data do fato.

A Defensoria Pública estadual alega que o artigo 25 da Lei de Contravenções Penais viola o princípio constitucional da isonomia, em razão de tratar de forma desigual as pessoas por seu passado ou por sua condição econômica.

Aduz que o tipo penal proíbe, sem motivo razoável, que pessoas com condenações por delitos de furto ou roubo, bem como os considerados vadios e mendigos possuam objetos como gazuas, pés-de-cabra, chaves michas, entre outros.

Ademais, destaca a condenação do recorrente apenas porque portava uma chave micha, sem nenhuma potencialidade lesiva, o que demonstra a inexistência de fundamento razoável para manter a condenação.

Em contrarrazões, o Ministério Público estadual sustenta a inexistência de repercussão geral da questão, ausência de

RE 583523 / RS

prequestionamento da matéria constitucional suscitada, bem como impossibilidade de reexame da matéria fático-probatória (fls. 136-142).

A Turma Recursal negou trânsito ao recurso extraordinário, ao fundamento de incidência dos enunciados 279 e 282 do Supremo Tribunal Federal (fls. 143-145).

Contra referida decisão de inadmissibilidade, foi interposto agravo de instrumento, distribuído ao Ministro Cezar Peluso, a qual foi dado provimento para conversão em recurso extraordinário (fl. 153).

Posteriormente, a repercussão geral da matéria foi reconhecida pelo Plenário Virtual (Tema 113), em 24.10.2008, cuja ementa restou assim transcrita:

“RECURSO. Extraordinário. Sentença condenatória por infração ao art. 25 da Lei de Contravenções Penais. Questão da recepção dessa norma pela Constituição Federal. Relevância. Repercussão geral reconhecida. Apresenta repercussão geral o recurso extraordinário que verse sobre a questão de recepção, pela Constituição da República, do art. 25 da LCP”.

Instada a se manifestar, a Procuradoria-Geral da República, por seu Suprocurador-Geral da República Mário José Gisi, opinou pelo conhecimento, mas pelo não provimento do recurso, conforme ementa *in verbis*:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRAÇÃO PENAL. PORTE. INSTRUMENTO EMPREGADO USUALMENTE NA PRÁTICA DE FURTO. RÉU CONDENADO EM DEFINITIVO POR DIVERSOS CRIMES DE FURTO. TIPO QUE NÃO TERIA SIDO RECEPCIONADO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. ARGUIÇÃO DE OFENSA ASO PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.

- A tipificação do porte de instrumento empregado usualmente na prática de crime de furto como infração penal de perigo abstrato ou de lesão não se mostra incompatível com os

RE 583523 / RS

direitos e garantias assegurados pela Constituição Federal de 1988.

- Assim como ocorre com o crime de porte ilegal de armas de uso permitido e de uso restrito, a penalização da conduta de porte de gazuas e chaves michas tem como escopo garantir a incolumidade pública.

- Parecer pelo conhecimento, mas pelo não provimento do recurso extraordinário”. (Fls. 175-189).

Em 24.10.2010, o feito foi redistribuído a esta relatoria, conforme termo às fls. 192.

É o relatório.

03/10/2013

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 583.523 RIO GRANDE DO SUL

V O T O

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR):

1. Da prescrição da pretensão punitiva

Inicialmente, *in casu*, verifico que a pena aplicada no decreto condenatório foi alcançada pelo decurso do prazo prescricional.

Cumpra anotar que, por se tratar de matéria de ordem pública, a prescrição deverá ser conhecida de ofício e a qualquer tempo, ainda que existam óbices processuais para análise do recurso, a teor do art. 61 do Código de Processo Penal.

Consta dos autos, que o recorrente foi condenado como incurso no artigo 25 da LCP, à pena de 4 (quatro) meses de detenção e pagamento de 10 (dez) dias-multa à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à data do fato. A pena privativa de liberdade foi substituída por restritiva de direitos, ou seja, pela prestação de serviços à comunidade.

O fato que lhe foi imputado ocorreu no período de 19.1.2007; a denúncia foi recebida em 26.6.2007; a sentença condenatória foi publicada em 29.6.2007, tendo sido, posteriormente, confirmada pelo Tribunal *a quo*, ao apreciar a apelação interposta exclusivamente pela defesa.

O artigo 1º do Decreto-Lei 3.688/41 (Lei das Contravenções Penais) prevê que se aplicam às contravenções as regras gerais do Código Penal, sempre que a lei não disponha de modo diverso.

RE 583523 / RS

A prescrição relativa às penas restritivas de direito regula-se pelos mesmos prazos da prescrição referente às privativas de liberdade (art. 109, parágrafo único, do Código Penal).

Na espécie, a sentença condenatória foi publicada em 29.6.2007 (fls. 66), sendo a última causa interruptiva do lapso prescricional (art. 117, IV, do CP).

Frise-se que a sentença condenatória transitou em julgado para a acusação (art. 110, § 1º, do CP), sendo, portanto, juridicamente impossível o aumento da pena fixada em primeira instância e confirmada pelo Tribunal *a quo*.

Portanto, considerando a pena-base de 4 (quatro) meses de detenção, a prescrição da pretensão punitiva opera-se em 2 (dois) anos, nos termos do art. 109, VI, do CP, com redação anterior à dada pela Lei 12.234, de 5.5.2010.

Destarte, entre o último marco interruptivo da prescrição (29.6.2007) e o presente, transcorreram mais de 2 (dois) anos, tempo suficiente para configurar a prescrição da pretensão punitiva intercorrente. Ressalto, inclusive, que a prescrição ocorreu antes de 24.10.2010, data de redistribuição do processo a esta relatoria.

Contudo, apesar de evidente a prescrição, entendo que esta Corte deve enfrentar o mérito do apelo extremo porque, caso seja reconhecida a não-recepção da norma penal pela Constituição Federal e, portanto, a atipicidade da conduta do recorrente, as consequências da decisão serão mais benéficas que a extinção da punibilidade pela perda da pretensão punitiva do Estado.

Ainda, na hipótese deste Tribunal decidir pela manutenção do tipo contravencional, nenhum prejuízo terá o recorrente, pois a extinção da

RE 583523 / RS

punibilidade pela prescrição poderá ser reconhecida a qualquer momento.

Além disso, a questão constitucional a ser examinada é relevante, inclusive pelo reconhecimento da repercussão geral da matéria – tema 113, por maioria de votos, pelo Plenário, em 24.10.2008.

Desse modo, opino pela superação da prescrição com a finalidade de permitir o exame do mérito do recurso pelo Supremo Tribunal Federal.

2. Delimitação da controvérsia constitucional

A questão jurídica central trazida para exame da Corte, no presente recurso extraordinário, cinge-se a examinar se o artigo 25 do Decreto-Lei n. 3.688/41 (Lei das Contravenções Penais) foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

No caso em questão, o acusado foi condenado pela posse injustificada de instrumento de emprego usual na prática de furto (artigo 25 da LCP), depois de condenado anteriormente pelo delito de furto, previsto no art. 155, § 4º, do Código Penal.

Prevê o artigo 25 da Lei das Contravenções Penais:

“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”.

RE 583523 / RS

A Defensoria Pública alega que o artigo 25 da Lei das Contravenções Penais viola o princípio constitucional da isonomia, em razão de tratar de forma desigual as pessoas por seu passado ou por sua condição econômica.

Aduz que o tipo penal proíbe, sem motivo razoável, que pessoas com condenações por delitos de furto ou roubo, bem como vadios e mendigos portem objetos como gazuas, pés-de-cabra, chaves michas, dentre outros.

Ademais, sustenta o recorrente que houve ofensa ao princípio da ofensividade do direito penal, por ser inconcebível que a simples posse do instrumento, no caso a chave micha, configure a contravenção penal.

2.1. Princípio da Ofensividade como Vetor Interpretativo e de Aplicação da Lei Penal

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.

Desse modo, deverá o juiz, diante das circunstâncias específicas do caso concreto que lhe foi posto para julgamento, aferir o grau de potencial ou efetiva lesão ao bem jurídico protegido pela norma penal, para só então aferir a tipicidade (material) da conduta supostamente criminosa. A simples adequação formal fato/norma não é suficiente para qualificar de delituosa a conduta do agente.

Conforme ressaltei em voto acerca da tipicidade do crime de porte ilegal de arma de fogo desmuniada (HC 104.410, de minha relatoria, DJe 27.3.2012), entendo que esta Corte deve consagrar o princípio da

RE 583523 / RS

lesividade, intrinsecamente conectado com o princípio da proporcionalidade, como limite não apenas à atividade judicial de interpretação/aplicação das normas penais, mas também à própria atividade legislativa de criação/conformação dos tipos legais incriminadores, o que estaria a possibilitar o exercício da fiscalização, por parte da Jurisdição Constitucional, da constitucionalidade das leis em matéria penal.

2.2. Controle de Constitucionalidade das Leis Penais

Inicialmente, imperioso examinar o instituto de controle de constitucionalidade das leis penais.

A Constituição de 1988 contém significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas, a exemplo dos artigos 5º, incisos XLI, XLII, XLIII, XLIV; 7º, inciso X; 225, § 3º; e 227, § 4º, todos da Constituição Federal.

Em todas essas normas, é possível identificar um mandato de criminalização expresse, tendo em vista os bens e valores envolvidos¹.

Tal concepção legitima a ideia de que o Estado se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do Poder Público (*direito fundamental enquanto direito de proteção ou de defesa – Abwehrrecht*), mas também a garantir os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros (*Schutzpflicht des Staats*)².

1 FELDENS, Luciano. A Constituição Penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 80 e seg.

2 HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 16. ed. Heidelberg, 1988, p. 155-156.

RE 583523 / RS

A forma como esse dever será satisfeito constitui, muitas vezes, tarefa dos órgãos estatais, que dispõem de alguma liberdade de conformação³. Não raras vezes, a ordem constitucional identifica o dever de proteção e define a forma de sua realização.

A jurisprudência da Corte Constitucional alemã acabou por consolidar entendimento no sentido de que do significado objetivo dos direitos fundamentais resulta o dever do Estado não apenas de se abster de intervir no âmbito de proteção desses direitos, mas também de proteger tais direitos contra a agressão ensejada por atos de terceiros⁴.

Essa interpretação da Corte Constitucional empresta, sem dúvida, uma nova dimensão aos direitos fundamentais, fazendo com que o Estado evolua da posição de "*adversário*" para uma função de guardião desses direitos⁵.

É fácil ver que a ideia de um dever genérico de proteção fundado nos direitos fundamentais relativiza sobremaneira a separação entre a ordem constitucional e a ordem legal, permitindo que se reconheça uma irradiação dos efeitos desses direitos sobre toda a ordem jurídica⁶.

Assim, ainda que não se reconheça, em todos os casos, uma pretensão subjetiva contra o Estado, tem-se, inequivocamente, a identificação de um dever deste de tomar todas as providências

3 HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, cit. p. 156.

4 Cf., a propósito, BverfGE, 39, 1 e s.; 46, 160 (164); 49, 89 (140 e s.); 53, 50 (57 e s.); 56, 54 (78); 66; 39 (61); 77 170 (229 s.); 77, 381 (402 e s.); ver, também, DIETLEIN, Johannes. *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*. Berlin, 1991, p. 18.

5 Cf., a propósito, DIETLEIN, Johannes. *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*, cit. p. 17 e s.

6 von MÜNCH, Ingo. *Grundgesetz-Kommentar, Kommentar zu Vorbemerkung Art 1-19*, Nº 22.

RE 583523 / RS

necessárias para realização ou concretização dos direitos fundamentais⁷.

Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também postulados de proteção (*Schutzgebote*). Utilizando-se da expressão de *Canaris*, pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas proibições de excesso (*Übermassverbote*), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*Untermassverbote*)⁸.

Nos termos da doutrina e com base na jurisprudência da Corte Constitucional alemã, pode-se estabelecer a seguinte classificação do dever de proteção⁹:

- “a) dever de proibição (*Verbotspflicht*), consistente no dever de se proibir uma determinada conduta;
- b) dever de segurança (*Sicherungspflicht*), que impõe ao Estado o dever de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante a adoção de medidas diversas;
- c) dever de evitar riscos (*Risikopflicht*), que autoriza o Estado a atuar com o objetivo de evitar riscos para o cidadão em geral mediante a adoção de medidas de proteção ou de prevenção especialmente em relação ao desenvolvimento técnico ou tecnológico”.

Discutiu-se intensamente se haveria direito subjetivo à observância do dever de proteção ou, em outros termos, se haveria um direito

7 von MÜNCH, Ingo. *Grundgesetz-Kommentar*, cit.

8 CANARIS, Claus-Wilhelm. *Grundrechtswirkungen und Verhältnismässigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatsrechts*. JuS, 1989, p. 161 (163).

9 RICHTER, Ingo; SCHUPPERT, Gunnar Folke. *Casebook Verfassungsrecht*. 3. ed. München, 1996, p. 35-36.

RE 583523 / RS

fundamental à proteção. A Corte Constitucional acabou por reconhecer esse direito, enfatizando que a não observância de um dever de proteção corresponde a uma lesão do direito fundamental previsto no art. 2, II, da Lei Fundamental¹⁰.

Assim, as normas constitucionais brasileiras referidas explicitam o dever de proteção identificado pelo constituinte e traduzido em mandados de criminalização expressos dirigidos ao legislador.

Como bem anota Luciano Feldens¹¹, os mandados constitucionais de criminalização atuam como limitações à liberdade de configuração do legislador penal e impõem a instituição de um sistema de proteção por meio de normas penais.

Ao lado dessa ideia de mandados de criminalização expressos, convém observar que configura prática corriqueira na ordem jurídica a concretização de deveres de proteção mediante a criminalização de condutas.

Outras vezes cogita-se mesmo de mandados de criminalização implícitos, tendo em vista uma ordem de valores estabelecida pela Constituição. Assim, levando-se em conta o dever de proteção e a proibição de uma proteção deficiente ou insuficiente (*Untermassverbot*), cumpriria ao legislador estatuir o sistema de proteção constitucional penal adequado.

Em muitos casos, a eleição da norma penal pode conter-se no âmbito daquilo que se costuma chamar de discrição legislativa, tendo em vista desenvolvimentos históricos, circunstâncias específicas ou opções ligadas a certo experimentalismo institucional. A ordem constitucional confere ao

10 Cf. BVerfGE 77, 170 (214); ver também RICHTER, Ingo; SCHUPPERT, Gunnar Folke. *Casebook Verfassungsrecht*, p. 36-37.

11 FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; 2005.

RE 583523 / RS

legislador margens de ação¹² 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.

Assim, na dogmática alemã, é conhecida a diferenciação entre o princípio da proporcionalidade como *proibição de excesso* (*Übermassverbot*) e como *proibição de proteção deficiente* (*Untermassverbot*). No primeiro caso, o princípio da proporcionalidade funciona como parâmetro de aferição da constitucionalidade das intervenções nos direitos fundamentais como *proibições de intervenção*. No segundo, a consideração dos direitos fundamentais como *imperativos de tutela* (*Canaris*)¹³ imprime ao princípio da proporcionalidade uma estrutura diferenciada.

O ato não será *adequado* caso não proteja o direito fundamental de maneira ótima; não será *necessário* na hipótese de existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; e violará o subprincípio da *proporcionalidade em sentido estrito* se o grau de satisfação do fim legislativo for inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção¹⁴.

Os mandados constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para seu devido cumprimento, o dever de observância do

12 Cfr.: ALEXY, Robert. Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios políticos y Constitucionales, nº 66, ano 22, p. 13-64, sep.-dic./2002.

13 “Uma transposição, sem modificações, do estrito princípio da proporcionalidade, como foi desenvolvido no contexto da proibição de excesso, para a concretização da proibição de insuficiência, não é, pois, aceitável, ainda que, evidentemente, também aqui considerações de proporcionalidade desempenhem um papel, tal como em todas as soluções de ponderação”. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Coimbra: Almedina; 2003.

14 Cf. BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2003, p. 798 e segs.

RE 583523 / RS

princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. A ideia é a de que a intervenção estatal por meio do Direito Penal, como *ultima ratio*, deve ser sempre guiada pelo princípio da proporcionalidade.

A reserva de lei penal configura-se como reserva legal proporcional (*Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes*): a proibição de excesso (*Übermassverbote*) funciona como limite máximo, e a proibição de proteção insuficiente, (*Untermassverbote*) como limite mínimo da intervenção legislativa penal.

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.

Abre-se, com isso, a possibilidade do controle da constitucionalidade da atividade legislativa em matéria penal.

Se é certo, por um lado, que a Constituição confere ao legislador uma margem discricionária de avaliação, valoração e conformação quanto às medidas eficazes e suficientes para a proteção do bem jurídico penal, e, por outro, que a mesma Constituição também impõe ao legislador os limites do dever de respeito ao princípio da proporcionalidade, é possível concluir pela viabilidade da fiscalização

RE 583523 / RS

judicial da constitucionalidade dessa atividade legislativa. O Tribunal está incumbido de examinar se o legislador considerou suficientemente os fatos e prognoses e se utilizou de sua margem de ação de forma adequada para a proteção suficiente dos bens jurídicos fundamentais¹⁵.

Estou certo de que essas devem ser as premissas para a construção de um modelo rígido de controle de constitucionalidade de leis em matéria penal, tendo em vista a proteção dos direitos e garantias fundamentais. O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para efetiva proteção desses bens. Porém, uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (*Übermassverbote*) e como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbote*) –, deverá o Tribunal exercer rígido controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais.

Explicitadas essas premissas necessárias acerca da possibilidade do controle de constitucionalidade das leis penais, importante examinar a questão aqui apresentada.

2.3. Infração penal de perigo abstrato à luz do princípio da proporcionalidade

Infração penal de perigo abstrato é aquela em que não se exige nem a efetiva lesão ao bem jurídico protegido pela norma, nem a configuração do perigo em concreto a esse bem.

15

BVerfGE 88, 203, 1993.

RE 583523 / RS

Nessa espécie de infração, o legislador penal não toma como pressuposto da criminalização a lesão ou o perigo de lesão concreta a determinado bem jurídico. Baseado em dados empíricos, o legislador seleciona grupos ou classes de ações que geralmente levam consigo o indesejado perigo ao bem jurídico.

Assim, os tipos de perigo abstrato descrevem ações que, segundo a experiência, produzem efetiva lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico digno de proteção penal, ainda que concretamente essa lesão ou esse perigo de lesão não venha ocorrer. O legislador, dessa forma, adotou presunção absoluta a respeito da periculosidade de determinada conduta em relação ao bem jurídico que pretende proteger. O perigo, nesse sentido, não é concreto, mas apenas abstrato. Não é necessário, portanto, que, no caso concreto, a lesão ou o perigo de lesão venham a se efetivar. A infração estará consumada com a mera conduta descrita no tipo.

Com isso, não é difícil entender as características e os contornos da delicada relação mantida entre as infrações de perigo abstrato e os princípios da exclusiva proteção de bens jurídicos, da lesividade ou ofensividade, ou mesmo da culpabilidade e da presunção de inocência, os quais, não há dúvida, estão intrinsecamente relacionados com o princípio da proporcionalidade¹⁶.

A atividade legislativa de produção de tipos de perigo abstrato, por isso, deve ser objeto de rígida fiscalização a respeito da sua constitucionalidade; especificamente, sobre a adequação ao princípio da proporcionalidade.

A criação de infrações de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal. A tipificação de condutas que geram perigo em abstrato, muitas vezes, acaba sendo a melhor alternativa, ou a medida mais eficaz, para proteção

16 Cfr.: AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en Derecho Penal*. Madrid: Edersa; 1999, pp. 325 e ss.

RE 583523 / RS

de bens jurídico-penais supra-individuais ou de caráter coletivo, como o ambiente, por exemplo. A antecipação da proteção penal em relação à efetiva lesão torna mais eficaz, em muitos casos, a proteção do bem jurídico. Portanto, pode o legislador, dentro de suas amplas margens de avaliação e de decisão, definir quais as medidas mais adequadas e necessárias à efetiva proteção de determinado bem jurídico, o que lhe permite escolher espécies de tipificação próprias de um direito penal preventivo. Apenas a atividade legislativa que, nessa hipótese, transborde os limites da proporcionalidade, poderá ser tachada de inconstitucional.

Dessa forma, remanesce a verificação do controle de adequação e a necessidade da medida, aferindo-se se o propósito almejado pela lei realmente pode ser obtido com a providência proposta.

2.4. Exame do caso

Importante ressaltar que, quanto às infrações penais, o sistema adotado pelo nosso ordenamento jurídico é o bipartido, assim como o sistema alemão e o italiano. Nesse sistema, as condutas puníveis dividem-se em crimes ou delitos, que são considerados sinônimos; e contravenções.

A diferença entre essas duas espécies de infração penal situa-se tão somente no âmbito das penas cominadas, que no caso da contravenção consiste em prisão simples ou multa; e quando se tratar de crime, as penas serão de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa. Assim afirma o Cezar Roberto Bittencourt¹⁷:

“Ontologicamente não há diferença entre *crime* e *contravenção*. As contravenções, que por vezes são chamadas de

17

Tratado de Direito Penal, Parte Geral 1, 17ª edição, Editora Saraiva, p. 272.

RE 583523 / RS

crimes-anões, são condutas que apresentam menor gravidade em relação aos crimes, por isso sofrem sanções mais brandas. O fundamento da distinção é puramente *político-criminal* e o critério é simplesmente quantitativo ou extrínseco, com base na sanção assumindo caráter formal. Com efeito, nosso ordenamento jurídico aplica a pena de prisão, para os crimes, sob as modalidades de reclusão e detenção, e, para as contravenções, quando for o caso, a de prisão simples (Decreto-Lei n. 3.914/41). Assim, o critério distintivo entre crime e contravenção é dado pela natureza da pena privativa de liberdade cominada”.

Desse modo, dado ao caráter fragmentário/subsidiário do Direito Penal é que, tanto os crimes quanto as contravenções penais, devem ser objeto de rígida fiscalização a respeito da sua constitucionalidade; especificamente, sobre a adequação ao princípio da proporcionalidade.

In casu, o legislador elegeu o fato de “*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*” objetos como “*gazuas, chaves falsas ou alteradas ou instrumentos empregados usualmente na prática de crime de furto, desde que não prove destinação legítima*” configuraria uma conduta contravencional.

Pelo texto da norma, verifica-se que a contravenção impugnada é de mera conduta, ou seja, a ação em si, independentemente de desdobramentos, de possuir, injustificadamente, instrumentos de uso comum na prática do crime de furto, como gazuas, chaves falsas ou alteradas, já perfectibiliza o tipo penal.

No entanto, para que se configure a infração penal, a norma em comento exige uma condição específica do agente, qual seja, que ele tenha sido previamente condenado por crime de furto ou roubo; ou que esteja em liberdade vigiada; ou ainda, que seja conhecido como vadio ou

RE 583523 / RS

mendigo.

Estou certo que o legislador, ao criar essa espécie de contravenção penal, na verdade, antecipou-se aos possíveis e prováveis resultados lesivos, com a clara intenção de evitar que novos crimes de furto fossem cometidos.

Conforme dito acima, a criação de infrações de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal. O próprio preceito consagrado pelo nosso ordenamento jurídico adota um sistema acautelatório e preventivo que permeia de um modo geral toda a Lei de Contravenções Penais, que tem como objetivo evitar que crimes, considerados como infrações mais graves, ocorram.

Inclusive, importante salientar que nosso ordenamento pátrio adota diversos tipos penais que descrevem comportamentos entendidos pelo legislador como abstratamente perigosos, a exemplo dos crimes previstos nos artigos 291 (petrechos para falsificação de moedas) e 294 (petrechos de falsificação), ambos do Código Penal; bem como o artigo 34 da Lei de Drogas (petrechos para o tráfico), adiante descritos:

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

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

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

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

RE 583523 / RS

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

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

O tipo contravencional em debate prevê um comportamento com potencialidade de lesão futura ao bem jurídico penal denominado patrimônio. Nesse sentido, corrobora Damásio de Jesus, ao afirmar que a objetividade jurídica da norma em destaque é a proteção ao patrimônio¹⁸.

Contudo, verifico que a questão que se mostra inadequada, a princípio, não é o fato de o legislador ter formulado uma presunção a respeito da periculosidade da conduta de possuir os instrumentos descritos em relação ao bem jurídico que pretende proteger (patrimônio e incolumidade pública), mas o fato de ter estabelecido condições específicas discriminatórias ao agente da infração penal.

Nesse viés, importante examinar essas condições exigidas pela norma para a configuração do tipo contravencional.

2.4.1. A condição especial do sujeito ativo: “*ser conhecido como vadio ou mendigo*”

Não se pode desconsiderar o momento histórico vivido à época da

18 Damásio de Jesus, *Lei das Contravenções Penais* anotada, 12ª edição, Editora Saraiva, p. 100.

RE 583523 / RS

criação da Lei das Contravenções Penais. O Decreto-Lei n. 3.688/1941, fundamentado no Código Penal de 1890, foi concebido durante o regime ditatorial de Getúlio Vargas.

Afere-se pelo próprio texto da Lei das Contravenções Penais, em seu artigo 59, que vadio é o sujeito que pratica a ociosidade com habitualidade, embora possuindo condições de trabalhar, não auferir renda para lhe custear a subsistência, *in verbis*:

“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”.

Verifica-se que a lei pune o fato de alguém “*entregar-se habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho*” (art. 59). Nesse sentido observa Manoel Carlos da Costa Leite, que ocioso “*é aquele que, sendo apto para o trabalho, não trabalha porque não quer*”¹⁹.

Essa infração contravencional tem desencadeado as mais controvertidas opiniões no campo jurídico e social, pois a condição de desocupação de um sujeito mostra-se mais sociológica do que jurídica. Nesses termos, leciona Paulo Lúcio Nogueira²⁰:

“O problema da vadiagem é mais sociológico do que jurídico e o seu combate é mais preventivo do que repressivo. Não se pode reprimir eficazmente uma situação criada com o concurso do próprio Estado, que nada faz no campo preventivo

19 Costa Leite, Manoel. Contravenções Penais, Saraiva 1962, p. 155.

20 Nogueira, Paulo Lúcio. Contravenções Penais Controvertidas, 1930, p. 229.

RE 583523 / RS

em favor de muitos infelizes. Dispondo de vastas áreas e de meios eficazes, cumpria ao Estado cultivá-las mediante o trabalho dos desocupados habituais. Seria a maneira ideal de empregá-los, obrigando-os a um trabalho sério e produtivo”.

Destaco que tramita no Congresso Nacional, o Projeto de Lei n. 4.668/04, de iniciativa do então deputado José Eduardo Cardozo – PT/SP, hoje Ministro da Justiça, que busca a revogação da contravenção da vadiagem. A proposta tramita no Senado Federal como Projeto de Lei da Câmara n. 81/12.

Além disso, anoto que até 17 de julho de 2009, data em que entrou em vigor a Lei n. 11.983, a conduta tipificada como mendicância também era punida pela Lei de Contravenções Penais. Como bem acentuou Luiz Flávio Gomes, e outros autores²¹:

“tratava-se de uma ‘teratologia legislativa’, totalmente inconstitucional (e, portanto, inválida), porque criminalizar a mendicância é, desde logo, um atentado à dignidade humana. Cuidava-se, portanto, de norma vigente, mas inválida (inclusive porque discriminatória e elitista)”.

Desse modo, não há como deixar de reconhecer o anacronismo desse tipo contravencional.

Não se pode admitir a punição do sujeito apenas pelo que ele é, mas sim pelo que ele faz, pois concluir de forma diversa seria aceitar, num Estado Democrático de Direito, o indesejado e combatido direito penal do autor.

O sistema penal brasileiro tem como base o direito penal do fato,

21 Gomes, Luiz Flávio e outros. Comentários à Reforma Criminal de 2009, Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 114.

RE 583523 / RS

pois busca o desvalor de uma ação (ou omissão), ou seja, o agente será punido pela conduta praticada, ao contrário do que ocorre na teoria do direito penal do autor, a qual pune o agente sem a exteriorização da vontade, mas simplesmente pelo que ele é.

Acolher o aspecto subjetivo como determinante para caracterização da contravenção penal equivale a criminalizar, em verdade, a condição pessoal e econômica do agente, e não fatos objetivos que causem relevante lesão a bens jurídicos importantes ao meio social. Nesse sentido, deve-se inadmitir infração penal que privilegia o direito penal do autor em detrimento do direito penal do fato.

Vê-se claramente que interpretações dessa natureza não se destinam a fatos, mas a determinadas espécies de autores, incriminando-as não pela prática de fatos delituosos, mas porque, na avaliação subjetiva do legislador, determinados agentes que representam “alto risco” para a sociedade ou então porque há suspeitas de que podem destinar-se à prática de crimes.

Admitir essa qualidade do sujeito ativo para configuração do tipo vai muito além da intenção de proteger o bem jurídico tutelado, no caso o “patrimônio”, e representa, isso sim, um modelo político-criminal não só transgressor da própria dignidade da pessoa humana, mas também apto a substituir um modelo de direito penal do fato por um modelo de direito penal do autor.

Ademais, ressalto que, segundo o artigo 5º, *caput* e inciso I, da Constituição Federal, todos são iguais perante a lei, em direitos e obrigações. Assim, ainda que subjetivamente desiguais, os cidadãos merecem igual tratamento.

Essa cláusula geral de isonomia perante a lei traduz-se que não é permitido ao legislador infraconstitucional instituir condições genéricas e

RE 583523 / RS

discriminatórias, como ocorreu na situação em apreço, ao exigir como elementar do tipo contravencional que o agente seja “mendigo” ou “vadio”. Ou seja, a lei trata de forma desigual as pessoas por sua condição econômica e social.

Assim, é inadmissível no atual estágio da evolução dogmática do direito penal do fato permitir, como elementar constitutiva do tipo, a condição de que o agente seja “vadio” ou “mendigo”.

Desse modo, observo que a condição exigida pela norma de o sujeito ativo ser “*conhecido como vadio ou mendigo*”, como necessária para configuração do tipo penal afronta os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da isonomia, previstos nos artigos 1º, inciso III; e 5º, *caput* e inciso I, da Constituição Federal.

2.4.2. A condição especial do sujeito ativo: “*depois de condenado, por crime de furto ou roubo, ou enquanto sujeito à liberdade vigiada*”

Outra elementar da infração contravencional em apreço, é a exigência de condenação anterior do sujeito ativo por crime de roubo ou furto, ou enquanto sujeito à liberdade vigiada. Em outras palavras, deve o possuidor dos instrumentos específicos ou comuns para prática de crime de furto, obrigatoriamente, ter sido condenado anteriormente, por sentença transitada em julgado, pela prática de crime de furto ou roubo.

Essa questão difere da matéria relativa à agravante genérica da reincidência prevista no artigo 61, I, do CP, em que o Plenário, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 453.000/RS, rel. Min. Marco Aurélio, no dia 4.4.2013, julgou o mérito do tema, determinando a aplicação do regime da repercussão geral, reconhecida inicialmente no RE-RG 591.563.

RE 583523 / RS

Naquele processo, a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que o fato de o agente ter a pena agravada pela condenação anterior transitada em julgado, realizada no momento da individualização da pena não viola o princípio constitucional da presunção de inocência. Diferentemente, na questão em apreço, a reincidência em crime contra o patrimônio é a própria elementar da infração penal.

Desse modo, é admissível ao julgador, no momento da individualização da pena, considerar a condenação anterior transitada em julgado como forma de punir com maior rigor o criminoso contumaz, o que não se mostra compatível com a atual égide constitucional considerar o passado do agente como forma de tipificar a infração penal.

Nesse ponto, a Procuradoria-Geral da República, por seu Suprocurador-Geral da República Mário José Gisi, em parecer assim se manifestou:

“A norma em comento, ao exigir seja o autor da conduta típica previamente condenado por crime de furto ou roubo, restringe sua incidência sobre criminosos contumazes. Não tem por escopo, portanto, punir pessoas pelo seu passado, mas prevenir a prática de novos crimes por pessoas definitivamente condenadas que tenham, sob seu poder, instrumental próprio para o novo cometimento dos crimes contra o patrimônio supracitados”. (Fls. 179).

Não posso aceitar esse posicionamento, em razão de observar que o legislador ao considerar a vida *anteacta* do agente como elementar constitutiva do tipo considerou de maneira discriminatória que determinadas espécies de sujeitos, portadores de direitos iguais garantidos pela Constituição Federal, possuem maior potencialidade de cometer novos crimes.

RE 583523 / RS

Não entendo correto que, com base nessas condições subjetivas (condição social/econômica ou reincidência em crimes contra o patrimônio), se possa presumir que determinados agentes tem maior potencialidade de cometer a infração penal.

Como dito assim, é perfeitamente possível à lei formular presunção a respeito de condutas que representam perigo de lesão a determinados bens jurídicos (a exemplo dos já citados artigos 291, 294 do CP e 34 da Lei de Drogas), o que não é permitido é presumir a periculosidade do sujeito ativo da conduta, sob risco de substituir um modelo de direito penal do fato para um modelo de direito penal do autor.

Nesse sentido afirma Cezar Roberto Bitencourt²²:

“A interpretações dessa natureza não importa o que se faz (*direito penal do fato*), mas sim quem faz (*direito penal do autor*); em outros termos, não se pune pela prática do fato, mas sim pela qualidade, personalidade ou caráter de quem faz, num autêntico *direito penal do autor*”.

Além disso, somo os argumentos já expostos acerca da violação ao princípio constitucional da isonomia, pois, aqui, o tipo contravencional exige de forma arbitrária e discriminatória que o agente tenha sido previamente condenado por crimes de roubo ou furto ou esteja sujeito à liberdade vigiada.

Dessa forma, a previsão de contravenção penal de posse injustificada de instrumentos de emprego usual na prática de furto por agente “*depois de condenado, por crime de furto ou roubo, ou enquanto sujeito à liberdade vigiada*”, se mostra atentatória aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da isonomia, previstos nos artigos 1º, inciso III; e 5º,

22

Tratado de Direito Penal, Parte Especial 4, 6ª edição, Editora Saraiva, p. 477

RE 583523 / RS

caput e inciso I, da Constituição Federal.

2.5. A norma contravencional à luz do princípio da proporcionalidade

Sob o enfoque do princípio da proporcionalidade, a norma impugnada não se mostra *adequada* porque não protege o direito fundamental de maneira ótima, na medida em que o bem jurídico que o legislador pretendia defender – o patrimônio e a incolumidade pública, está restrito, de forma discriminatória, às pessoas descritas no tipo (vadio ou mendigo, bem como reincidente em crime de furto ou roubo ou sujeito à liberdade vigiada). *A contrario sensu*, conclui-se, pelo texto da lei, que é permitido a uma pessoa, que não se enquadre nas condições específicas do tipo, possuir tranquilamente “*gazuas, chaves falsas ou alteradas ou instrumentos empregados usualmente na prática de crime de furto*”.

Também, a medida não é *necessária* porquanto a própria lei, ao limitar a aplicação do tipo apenas à determinados agentes, demonstra que a tipificação penal pode ser suprida por outras medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental. Caso a contravenção penal fosse realmente imprescindível e necessária para proteção do bem jurídico que a lei pretendia resguardar, o legislador teria criado a infração para punir todos que portassem os instrumentos descritos no tipo incriminador.

Ademais, verifico que a contravenção penal em questão viola o subprincípio da *proporcionalidade em sentido estrito*, pois o grau de satisfação do fim legislativo – a punição de uma conduta apenas quando realizada por pessoas determinadas segundo critérios discriminatórios (condenação anterior ou condição social e econômica) – demonstra ser inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção.

RE 583523 / RS**3. Conclusão**

Ante o exposto, dou provimento ao recurso extraordinário por reconhecer, no acórdão recorrido, a violação dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da isonomia, previstos nos artigos 1º, inciso III; e 5º, *caput* e inciso I, da CF, ante a não recepção do artigo 25 do Decreto-Lei 3.688/41 (Lei das Contravenções Penais) pela Constituição Federal de 1988. Desse modo, absolvo o recorrente, nos termos do artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

É como voto.

03/10/2013

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 583.523 RIO GRANDE DO SUL

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Portanto, Ministro Gilmar, no caso 583.523, Vossa Excelência reconheceu a prescrição ...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Não, não. Embora houvesse aqui a prescrição, eu coloco como questão de ordem a possibilidade de sua superação, para julgamento da questão constitucional.

Entendo que esta Corte deve enfrentar o mérito do apelo extremo. Por quê? Caso seja reconhecida a não recepção da norma penal pela Constituição Federal e, portanto, a atipicidade da conduta do recorrente, as consequências da decisão serão mais benéficas que a extinção da punibilidade pela perda da pretensão punitiva do Estado.

Então, opino no sentido da superação da prescrição, com a finalidade de permitir o exame de mérito deste recurso também.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Eu tinha entendido que, como Vossa Excelência mandou subir o segundo, fosse exatamente para poder tratar da matéria.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Na verdade, o que subiu foi para garantir o julgamento do mérito, uma vez que o primeiro, que era esse que estava agora submetido à possibilidade de prescrição, teve a repercussão geral reconhecida.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - É. Foi o que entendi. E estou de acordo.

Estou de acordo igualmente, Presidente, no sentido da não recepção desse dispositivo da Lei de Contravenções Penais, louvando, em primeiro lugar, a adequada e própria sustentação do eminente Defensor Público, Rafael Rafaeli, e louvando igualmente a posição do eminente Procurador-Geral da República, e aderindo ao voto do Ministro Gilmar Mendes.

RE 583523 / RS

Acho que, claramente, ocorre violação ao princípio da isonomia por inequívoca discriminação a um grupo de pessoas, discriminação arbitrária a ex-condenados e a mendigos, por exemplo, instituindo, sem sombra de dúvida, um Direito Penal do autor, e não um Direito Penal do fato, como é o consagrado no Direito brasileiro.

E acho igualmente que há uma violação ao princípio da não culpabilidade, na medida em que se transfere para o indivíduo o ônus de demonstrar que não empregaria aquele material em uma atitude criminosa, inclusive, em certos casos, impondo a ele a realização de uma prova negativa. E, igualmente, acho que há violação da proporcionalidade.

Portanto, parece-me tão ostensivamente óbvia a incompatibilidade dessa norma com a nova ordem constitucional, que sequer vejo necessidade de maior elaboração teórica.

É como voto, Presidente, acompanhando o Relator.

03/10/2013

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 583.523 RIO GRANDE DO SUL

V O T O

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Senhor Presidente, a questão de ordem exatamente qual é?

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) - É a questão da prescrição.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Irei acompanhar a conclusão do Relator nos dois casos.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Nos dois casos, ter-se-ia a prescrição?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Não, só num. Nós substituímos, na verdade, o caso para efeito de repercussão geral.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Porque, em um deles, não há prescrição.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Quanto ao tema de fundo, Senhor Presidente, a tipificação penal, constante do artigo 25 da Lei das Contravenções Penais, ao fim e ao cabo, não é pela conduta de portar consigo determinado instrumento, utensílio ou coisa, mas sim pela conduta de não produzir determinada prova, ou seja, a prova da destinação legítima da coisa portada. Realmente, se feita essa prova, nada mais interessa. Assim, o que se está incriminando, tipificando, é a conduta de não produzir determinada prova, aliada à condição do agente de ser vadio, ou mendigo, ou de ter sido anteriormente condenado por determinados delitos contra o patrimônio, ou de estar sob o regime de

RE 583523 / RS

liberdade vigiada. Trata-se de tipificação penal incompatível com o princípio da presunção de inocência e o princípio da isonomia em face da Lei Penal, representando tratamento normativo penal manifestamente discriminatório.

Por essas razões, acompanho o Relator.

03/10/2013

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 583.523 RIO GRANDE DO SUL

VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhor Presidente, eu me associo às louvações, incluindo o belíssimo voto do Ministro Gilmar Mendes.

Acompanho o voto de Sua Excelência tanto quanto à questão vinculada à prejudicial de prescrição, quanto às questões de fundo.

03/10/2013

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 583.523 RIO GRANDE DO SUL

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, estava conferindo, aqui, que há evidentemente uma dessintonia ideológica nesse decreto-lei de 1941 com uma Constituição progressista, como sói ser a Constituição de 1988.

Eu até fiz um apanhado sobre uma parte ponderável da doutrina que se dedica a esse tema dos crimes de perigo. E eles fazem, então, uma ponderação entre o direito penal mínimo, uma intervenção penal mínima, e a intervenção necessária. Eles entendem que há uma teia de cuidados que, por vezes, é importante que o legislador possa prever - digamos assim - em detrimento do interesse individual e favorecendo o interesse da coletividade. Mas, realmente, de acordo com os princípios da novel Constituição Federal, essa discriminação do mendigo e do vadio é absolutamente afastável **prima facie**.

Por outro lado, como o Direito Penal visa à reabilitação também do condenado, é extremamente severo imputar a ele, por presunção, a prática eventual ou potencial de um ilícito pelo fato de portar um instrumento, salvo se ele comprovar que teria outra finalidade. E como se destacou aqui, em diversas vozes, há realmente uma inversão do ônus da presunção de inocência, e que efetivamente é útil sob esse ângulo. Muitas vezes, utiliza-se, no meu modo de ver, **data maxima venia**, essa presunção de inocência de forma equivocada. Na sua origem, a presunção de inocência foi lavrada com o seguinte teor: Todo homem é inocente até que seja condenado, e não até que haja o trânsito em julgado. Por isso é que, muitas vezes, se denota paradoxal para nós que o homem condenado em primeiro grau, condenado no tribunal de apelação, condenado no Superior Tribunal de Justiça - crimes bárbaros -, entre aqui

RE 583523 / RS

inocente no Supremo Tribunal Federal. Mas, nesse caso, há realmente uma afronta à presunção da inocência, porque a prova primeira é exatamente a prova estatal da acusação.

Com esses fundamentos e com as minúcias com que o Ministro Gilmar Mendes concluiu o seu pensamento, eu acompanho integralmente.

03/10/2013

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 583.523 RIO GRANDE DO SUL

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 583.523

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 755.565

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Senhor Presidente, também acompanho o Ministro Relator, considerando que, até pelo período em que esse decreto-lei foi elaborado, talvez tivesse alguma demonstração do que era a história naquele período. Mas não encontra nenhum respaldo, a meu ver, na Constituição.

Acompanho, louvando também o voto do Ministro Relator, tal como concluído por ele, no sentido de absolver, dando provimento aos recursos.

XXXXXXX

03/10/2013

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 583.523 RIO GRANDE DO SUL**VOTO**

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhor Presidente, Senhores Ministros, eu louvo o substancioso voto do eminente Relator, também a sustentação oral do nobre defensor público, mas queria dar um destaque especial à oração do ilustre Procurador-Geral da República Rodrigo Janot. Foi extremamente esclarecedora, sobretudo quando ele aponta uma flagrante ofensa ao princípio da isonomia, colocando brasileiros em situação distinta, principalmente aqueles menos aquinhoados do ponto de vista econômico. E louvo a atitude de Sua Excelência, que vem a público, em sua sustentação oral, contrariar os diversos pareceres que se encontram acostados aos autos em sentido contrário.

Eu acompanho os colegas que me precederam, apontando exatamente ofensa ao princípio de presunção de inocência, ao princípio da proporcionalidade, mesmo o da razoabilidade, o da isonomia, como já ressaltai. A razoabilidade sobretudo, porque, na verdade, o artigo 25 da Lei das Contravenções Penais pressupõe uma conduta reveladora de uma predisposição à prática de um crime, ou seja, um exercício de "futurologia". Pune-se uma possível conduta, ainda não realizada efetivamente no plano dos fatos.

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 universo 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

RE 583523 / RS

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 dava 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.

Alguns cientistas políticos, a meu ver, com muita razão, têm observado que, nos momentos em que o Brasil passou por hiatos constitucionais - e foram vários, infelizmente, de 37 a 45, de 64 a 88, e muitos outros também, de 30 a 34, se quisermos, depois da Revolução de 30 até a Constituição social de 1934 -, o verdadeiro direito constitucional em nosso país, na verdade, era o Código Civil, o Código de 16, o famoso código de 16, que privilegiava exatamente a propriedade sobre todos os demais valores. E é por isso, que, interessantemente, aqueles que acompanham também a vida acadêmica de nosso país se surpreendem que, na grade curricular das universidades, principalmente nas faculdades de Direito, os cursos de Direito Civil se prolongavam pelos cinco anos de duração das faculdades de Direito, ao passo que ao Direito Constitucional era destinado apenas um semestre, quando muito.

Então, por todas essas razões, Senhor Presidente, Senhores Ministros, eu acompanho os eminentes Pares que me precederam e também dou provimento ao recurso extraordinário para absolver o acusado.

03/10/2013

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 583.523 RIO GRANDE DO SUL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, o preceito me trouxe à mente uma máxima popular que não se coaduna com o nosso sistema do Direito Penal: "Cesteiro que faz um cesto faz um cento." O dispositivo em comento encerra o crime por presunção. Implica o tratamento diferenciado, presente cidadão que já teria prestado contas à Justiça, por ter sido condenado anteriormente por crime de furto ou roubo. Uma coisa é considerar-se, sob a óptica da reincidência, o perfil do condenado. Algo diverso é estabelecer-se tipologia a partir do fato de já se ter prestado contas à Justiça. Mais do que isso, como ressaltado da tribuna, tem-se a inversão do ônus da prova. O condenado anteriormente por crime de furto ou roubo, portando uma dessas ferramentas mencionadas – e se alude ao vocábulo "usualmente" –, utilizadas na prática de crime de furto, deve provar a inocência.

Conflita, Presidente, o preceito – e é uma pérola em termos de conflito –, com o sistema penal e, mais do que isso, com o princípio constitucional da não culpabilidade.

Acompanho o relator, ministro Gilmar Mendes, cumprimentando-o pelo voto proferido, e também cumprimento, na reconsideração do parecer, o Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot, e o ilustre Defensor Público Dr. Rafael Raphaelli, que fez a sustentação da tribuna.

É como voto.

03/10/2013

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 583.523 RIO GRANDE DO SUL

VOTO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: As **substanciosas** razões **que fundamentam** o *magnífico voto* proferido pelo eminente Relator **levam-me** a acompanhá-lo, *inteiramente*, **na solução** da presente causa, **razão pela qual** *conheço* do recurso extraordinário e *dou-lhe provimento*, **em ordem a absolver** o réu, ora recorrente, **nos termos** do art. 386, nº III, do CPP.

É o meu voto.

03/10/2013

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 583.523 RIO GRANDE DO SUL

VOTO

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) -

A propósito desse caso, eu não me permitiria deixar de lembrar de Norberto Bobbio, quando disse que direitos humanos têm natureza histórica, ou seja, o que é perfeitamente aceitável durante uma época deixa de sê-lo passado algum tempo. E é o caso versado nesse recurso extraordinário.

Louvo o voto do eminente Relator, bem como o magnífico trabalho realizado pela Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul ao trazer esta causa ao Supremo Tribunal Federal.

Acompanho o Relator.

03/10/2013

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 583.523 RIO GRANDE DO SUL

RELATOR	: MIN. GILMAR MENDES
RECTE.(S)	: RONILDO SOUZA MOREIRA
ADV.(A/S)	: DPE-RS - ALINE CORRÊA LOVATTO
RECDO.(A/S)	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EXPLICAÇÃO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Senhor Presidente, a tese, então, afirmada em repercussão geral, é de que não foi recepcionado o artigo 25 da Lei de Contravenções. É importante constar.

Aliás, esse caso, Presidente, revela um pouco como a repercussão geral acaba se desprendendo em alguma medida do caso concreto e dá uma certa existência objetiva que permite ao Tribunal fazer afirmações de teses jurídicas relevantes, independentemente de circunstâncias específicas do caso concreto. Acho que isso é um avanço e um registro importante de se fazer.



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 583.523

PROCED. : RIO GRANDE DO SUL

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES

RECTE.(S) : RONILDO SOUZA MOREIRA

ADV.(A/S) : DPE-RS - ALINE CORRÊA LOVATTO

RECDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, superou a questão da prescrição da pretensão punitiva. No mérito, o Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, deu provimento ao recurso extraordinário por reconhecer, no acórdão recorrido, a violação dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da isonomia, previstos nos artigos 1º, inciso III; e 5º, *caput* e inciso I, da CF, ante a não recepção do artigo 25 do Decreto-Lei 3.688/41 (Lei das Contravenções Penais) pela Constituição Federal de 1988, e, em consequência, absolver o recorrente, nos termos do artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal. Votou o Presidente, Ministro Joaquim Barbosa. Ausente, justificadamente, o Ministro Dias Toffoli, participante da "V Conferência Iberoamericana sobre Justicia Electoral", em Santo Domingo, República Dominicana. Plenário, 03.10.2013.

Presidência do Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki e Roberto Barroso.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

p/ Luiz Tomimatsu
Assessor-Chefe do Plenário