
ASPECTOS DA PROVA NA CONTROVENÇÃO PENAL DE VADIAGEM

TRIBUNAL DE ALÇADA

1ª CÂMARA CRIMINAL

APELAÇÃO-CRIME 6.392/76. PORTO ALEGRE

APELANTE: Dorveli Ramos Rosa da Silva, vulgo "Neusa"

RELATOR: Dr. Antero Ryff Leivas

PARECER

1.

DORVELI RAMOS ROSA DA SILVA, vulgo "Neusa", foi processado por vadiagem e importunação ofensiva ao pudor, e ao final, condenado pela contravenção do art. 59 da lei especial, sob o fundamento de que, por várias vezes, foi detido pelo exercício da prostituição, atividade que desempenhava à melhor maneira das mariposas, nas ruas desta cidade. No entanto, essa atividade que, nas mulheres, a sociedade aceita como lícita, é, para o homossexual a revelação da infração prevista no preceito invocado, por ser "aberração deformante que, de maneira alguma, poderia contar com o beneplácito legal".

Assim põs a questão o ilustre Magistrado da 5ª Vara Criminal: o homossexualismo é anomalia que não pode ser encarada como profissão e cita, como escora desse ponto de vista, um acórdão do T.A. de São Paulo (R.T. 477/366 e 367).

2.

O Apelante foi detido várias vezes por vadiagem, mas nunca foi punido. Sempre porque fazia "trottoir", segundo os informes prestados pela autoridade policial. E acabou sendo condenado através dos depoimentos de policiais que efetuaram a prisão em flagrante de "Neusa".

3.

Por várias razões penso que a sentença não deve ser mantida. Em primeiro lugar, porque os depoimentos referidos *não provam que Dorveli exercesse prostituição*. Esta, como se sabe, é a mercancia do sexo, ou seja, a entrega do corpo para fins sexuais mediante remuneração. A prostituição é a entrega e o recebimento de pagamento por essa entrega. Considerada assim, já se torna impossível situar o Apelante como em exercício dessa atividade. Não contam os autos, nem afirmam as circunstâncias que o Apelante recebesse para servir os desejos sexuais de outrem. O que ocorre, na pederastia passiva, em geral, é o pagamento por parte do agente

passivo. O invertido sexual procede, em questão de dinheiro, inversamente ao habitual, o que, desde logo, desfigura o conceito mais tradicional de prostituição. Entretanto, mesmo que se admita que o Apelante recebesse ou pagasse para ser objeto passivo no relacionamento sexual, isso não configuraria a contravenção de vadiagem. Ademais — repito — nenhuma prova se trouxe para os autos a respeito desse aspecto.

E “é lógico que não é o réu que tem de provar não ser vadio. Mas diante da acusação, no seu interrogatório deverá esclarecer onde trabalha, quando alegue fazê-lo. Se oferecer indicações disto, com endereços precisos, não só a Justiça, como a Polícia, devem indicar e esta previamente, por obrigação co-mezinha.” (Waldir de Abreu, *O Submundo da prostituição, vadiagem e jogo do bicho*, pág.82).

E, no caso em exame, o réu alegou que trabalhava na Rua Pinheiro Filho, 104, na Tristeza (int. fos. 34 v.). Porém isso não foi objeto de perquirição por parte da Justiça.

“Se o acusado é vagabundo, o ônus da prova cabe ao autor da ação (Waldir de Abreu, ob. cit. pág. 82).

É a mesma orientação exposta em julgado da 1ª Câmara do Tribunal de Justiça do antigo Distrito Federal:

“Vadiagem, cabe ao Ministério Público, na qualidade de representante da Justiça, colher provas que confirmam a acusação, e não ao Juiz.” (R.T. vol. 167/359).

Também a 2ª C. Criminal do T.A. da Guanabara, decidiu que a autoridade tem o dever de sindicar a indicação de meios de subsistência feita por indiciado em contravenção de vadiagem. . .” (referido em *Jurisprudência Criminal*, de Heleno Fragoso, vol. II, pág. 467), complementado o festejado criminalista pátrio que

“a orientação de E. Tribunal é excelente. Na hipótese, o réu havia sido preso por vadiagem anteriormente e se queixava de perseguição policial. Desta vez, porém, indicou desde logo seu empregador e detalhes de sua atividade, os quais poderiam ser verificados facilmente. Assinalou o acórdão ser óbvia a dificuldade e mesmo a impossibilidade para o réu de obter a prova do que alegava, por estar preso, e que cumpria à polícia fazer a investigação. A vida pregressa do réu e sua folha de antecedentes não podem ser meio de prova, servindo apenas para a aplicação da pena.” (ob. cit. pág. 467).

Nem mesmo os antecedentes do acusado permitem apontar sua culpabilidade pois

“vadiagem não pode ser presumida, simplesmente, em face da folha de antecedentes” (Rev. Forrense, vol. 148/379).

Sobre a mesma matéria assim discorreu o Desembargador Vieira Braga:

“A folha penal unicamente não gera a convicção de que o réu é um vadio, mas simples suspeito, que não pode só por si acarretar uma grave restrição de liberdade.” (Rev. Criminal, setembro de 1927, pág. 53/54).

4.

Transpareceu muito claramente porque só a tal se referiu o prolator da decisão que o Apelante foi punido porque provia à própria subsistência mediante ocupação ilícita, ou seja, porque exercia a prostituição a qual, admitida nas mulheres, é censurável penalmente nos homens. Bem, já se afirmou a inexistência de provas dessa atividade. E já se destacou a imprestabilidade dos antecedentes do acusado para propiciar, por si só, a condenação do réu.

Mas, o ponto nodal é a discussão em torno dos termos do preceito do art. 59 mencionado.

Como declara José Duarte em sua clássica obra — *Comentários à Lei das Contravenções Penais*, fls. 270, vol. II),

“difícilmente alguém poderá viver de ocupação ilícita que não constitua uma infração (grifo do autor).

Quando tal ocorre, a ocupação que se pune é a infração que ela representa. E pergunta o mesmo autor: que ocupações ilícitas serão as de que trata o art. 59? Escabosa interrogação. A não ser que tenhamos uma noção ultra incompleta do assunto, não lobrigamos o alcance dessa parte final do texto. (ob. cit. pág. 270).

No caso, pois, cumpriria provar que o Apelante exercia a prostituição (o que me parece fantasioso). Depois, provada essa situação dever-se-ia debater sobre a licitude ou ilicitude da atividade. Convém notar que o preceito não visualiza da moralidade ou imoralidade da atividade ou da ocupação. Ela deve ser *ilícita* (entenda-se *penalmente* reprovável).

Se o Apelante portava-se de modo inconveniente em público, ou se procedia despudoradamente por atos, gestos ou palavras obscenas, ou se vestia (além dos trajes femininos) atitudes que ferissem qualquer artigo da lei penal, então, por tais atos, gestos e palavras, por tais atitudes poderia ser processado e punido. Nunca, porém, por vadiagem, entendida esta na atividade de “caça sexual” ou do singular meretrício que desenvolvia.

Por tudo isso, penso que não se configurou a contravenção pela qual foi punido o Apelante, pelo que opino pelo PROVIMENTO do apelo.
É o PARECER.

P. Alegre, 5 de novembro de 1976

RUY J.F.BARROS
Promotor Público, designado