

Crime de dano - Destruição de cela - Dolo específico - Princípio da insignificância - Inadmissibilidade - Reincidência - Princípio da irrelevância penal do fato - Inaplicabilidade - Inexigibilidade de conduta diversa - Não reconhecimento - Substituição da pena - Impossibilidade - Sursis - Não cabimento

Ementa: Penal. Dano qualificado. Dano a cela. “Insignificância”. Não acolhimento. “Princípio da irrelevância penal do fato”. Não aplicação. Necessidade concreta da pena. Inexigibilidade de conduta diversa e/ou legítima defesa de terceiro. Descabimento. Normalidade das circunstâncias motivacionais. Ausência de comprovação acerca da injustiça da agressão. Substituição da pena. Reincidência. Impossibilidade. Condenação mantida. Recurso improvido.

- Para se caracterizar o crime de dano, é necessário o dolo específico de “destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia”, principalmente em se tratando de agente encarcerado, não sendo suficiente a presença do dolo genérico.

- O dolo específico transparece quando o acusado, insatisfeito com a negativa do Poder Público de atender pedido de transferência de unidade prisional, destrói patrimônio público pertencente a cadeia pública.

- O “princípio da insignificância” não encontra respaldo no ordenamento jurídico pátrio, que se contenta com a tipicidade formal, porque forjado em realidade distinta, na qual a reiteração de pequenos delitos não se apresenta como problema social a ser enfrentado também pela política criminal.

- O “princípio da irrelevância penal do fato”, afeto à teoria da pena, aplicável diante da desnecessidade concreta da reprimenda, encontra fundamento em nosso ordenamento, conforme a inteligência do art. 59 do CP, embora não se aplique quando a extensa certidão de antecedentes do agente demonstra que a coerção penal se faz necessária, para restabelecer a segurança jurídica e a paz social.

- A inexigibilidade de conduta diversa demanda, para o seu reconhecimento, a anormalidade da situação de fato em que se motiva o agente, de modo a suprimir, em absoluto, a capacidade que possui de ordenar o seu comportamento ante a ordem de valores vigente.

Recurso improvido.

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0303.09.009568-6/001 -
Comarca de Iguatama - Apelante: Mariana Cristina
Oliveira - Apelado: Ministério Público do Estado de
Minas Gerais - Relator: DES. HÉLCIO VALENTIM**

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência da Desembargadora Beatriz Pinheiro Caires, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 20 de maio de 2010. - *Hélcio Valentim* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. HÉLCIO VALENTIM - Cuida-se de ação penal pública promovida pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, perante o Juízo da Comarca de Iguatama, contra Mariana Cristina Oliveira, imputando-lhe a prática de fato tipificado como dano qualificado, nos termos do art. 163, parágrafo único, III, do Código Penal brasileiro.

Narra a denúncia que, no dia 13 de novembro de 2008, por volta das 17h30min, na cadeia pública da Comarca de Iguatama, a denunciada destruiu parcialmente a estrutura e as instalações hidráulicas da cela em que se encontrava recolhida, inutilizou um interruptor de energia e deteriorou parte das paredes da cela nº 5, bens pertencentes ao patrimônio municipal.

A inicial acusatória veio acompanhada de inquérito policial (f. 5/31), instaurado por meio de portaria.

Recebida a denúncia (f. 42), a acusada foi regularmente citada (f. 43-v.) e apresentou resposta escrita, à f. 45.

Em audiência de instrução, debates e julgamento foram ouvidas três testemunhas e interrogada a ré (f. 51/54).

Em alegações finais, o Ministério Público pugnou pela condenação da ré, nos exatos termos da denúncia (f. 55/58). A defesa, a seu turno, pediu a absolvição, ao argumento da insignificância na conduta da ré, bem como pela inexigibilidade de conduta diversa à acusada. Alternativamente, pede a substituição da pena por medida restritiva de direitos (f. 59/64).

Sentença às f. 66/74, através da qual restou a ré condenada, nos termos da denúncia, a uma pena de 6 (seis) meses de detenção, em regime semiaberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, no mínimo valor legal.

As partes, bem como os respectivos procuradores, foram devidamente intimados da decisão (f. 75, 75-v.).

Inconformada, apelou a defesa (f. 77), em cujas razões reitera o pedido de absolvição, ao argumento da insignificância penal do fato, bem como ao argumento da coculpabilidade do Estado pelo fato. Alternativa-

mente, pede a substituição da reprimenda por medida restritiva de direitos, bem como a fixação do regime aberto para o cumprimento da pena (f. 80/86).

Em contrarrazões, o *Parquet* rebate os argumentos defensivos (f. 87/92).

A douta Procuradoria de Justiça manifesta-se pelo improvemento do recurso (f. 99/101).

Eis, do que importa, o relatório.

Juízo de admissibilidade.

Conheço do recurso, porque presentes os pressupostos para a sua admissão.

Preliminares.

Não há preliminares a serem analisadas, nem nulidades a serem decretadas *ex officio*.

Mérito.

Analisando cuidadosamente o recurso interposto pela combativa defesa, verifico não lhe assistir razão, quando pede a absolvição da acusada.

A materialidade do fato é inconteste, demonstrada no exame pericial de f. 34/39. A autoria, por seu turno, restou igualmente demonstrada, em especial na confissão da apelante (f. 51).

Ademais, na espécie, verifica-se o *animus nocendi* e a consequente adequação típica da conduta, razão pela qual a defesa não se insurge contra tais circunstâncias.

Do princípio da insignificância penal do fato.

Inicialmente, resalto que não há como acolher o pleito absolutório, com base na aplicação do princípio da insignificância.

Conforme venho votando, esse princípio deve ser tido como não adequado à realidade brasileira e, portanto, não aplicável aos casos que aqui se apresentam. Nesse sentido há jurisprudência:

O fato de as coisas furtadas terem valor irrisório não significa que o fato seja tão insignificante para permanecer no limbo da criminalidade, visto que no direito brasileiro o princípio da insignificância ainda não adquiriu foros de cidadania, de molde a excluir tal evento de moldura da tipicidade penal (TACrimSP, AC, Rel. Juiz Emeric Levai, *BMJ* 84/6).

O nosso ordenamento jurídico ainda não acatou a teoria da bagatela ou da insignificância, não tendo, por isso, o ínfimo valor do bem ou do prejuízo qualquer influência na configuração do crime (TACrimSP. *RJDTACrim* 27/66).

Isso porque, sem dúvida, o princípio foi cunhado pelo Professor Claus Roxin num aspecto puramente objetivo, desconsiderando qualquer referência ao autor, mas não nos é permitido ignorar que a realidade alemã em muito difere da brasileira, onde há uma constatação empírica de que o Direito Penal pátrio deve, sim, se ocupar com a reiteração de pequenos delitos.

Além disso, fiel aos ensinamentos do mestre Hans Welzel, tenho que o autor do fato jamais pode ser desconsiderado, pois:

O injusto não se esgota na causação de um resultado (lesão do bem jurídico), desligada em seu conteúdo da pessoa do autor, de forma que a ação só é antijurídica enquanto obra de um autor determinado: o fim que o autor associou ao fato objetivo, a atitude em que o cometeu, os deveres que o obrigavam a esse respeito, tudo isso determina, de modo decisivo, o injusto do fato junto à eventual lesão do bem jurídico. A antijuridicidade é sempre a reprovabilidade de um fato referido a um autor determinado. O injusto é injusto da ação referido ao autor, é injusto pessoal (WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Tradução Luiz Régis Prado. São Paulo: RT, 2001, p. 75/76).

Há, ainda, outros problemas que o mencionado princípio não consegue solucionar, como, por exemplo, a punição da tentativa, quando não evidenciado o que se pretendia danificar. Aliás, toda tentativa de dano, ainda que de um bem de valor elevado, lesa de forma menos gravoso o patrimônio alheio do que qualquer dano consumado, ainda que de uma res de valor irrisório.

Diante de tantas complicações, não vejo como admitir, em face do nosso direito posto, o princípio da insignificância, sendo certo que o princípio da irrelevância penal do fato, lado outro, revela-se suficiente para evitar punições injustas, por infrações que realmente não reclamem resposta penal. Esse não é, todavia, o caso dos autos, tendo em vista a certidão de antecedentes criminais da apelante, de f. 30/31, que demonstra ser indiscutível a necessidade concreta de pena, na medida em que Mariana Cristina registra uma condenação transitada em julgado e também o trâmite de outros feitos criminais, tudo a revelar que não merece qualquer benesse despenalizadora e que a sua condenação se faz necessária para restabelecer a paz social, a coexistência, a segurança jurídica, enfim.

Com base nessas considerações, afirmo que o princípio da insignificância não encontra respaldo no direito penal pátrio, revelando-se impossível o seu acolhimento, nesta sede.

Da inexigibilidade de conduta diversa.

No mérito, verifico não assistir razão à defesa do acusado, quando pede a absolvição com fundamento na dirimente de inexigibilidade de conduta diversa, porquanto a responsabilidade pelo fato seria imputável ao Estado, agente coculpável pelo ilícito.

É que, embora admitindo a existência de causas supralerais de inexigibilidade de conduta diversa, imprevistas pelo legislador penal de 1984, mas perfeitamente compatíveis com a estrutura de uma teoria da culpabilidade fundamentada nos critérios da liberdade de escolha e do entendimento do caráter ilícito do fato, não se

pode afirmar, *in casu*, ter havido alguma anormalidade de circunstâncias suficiente para tornar inexigível à agente que se houvesse orientado conforme a norma que sabia vigente.

Como ensina o abalizado ministro Francisco de Assis Toledo, um direito penal fundado na culpabilidade condiciona a aplicação da pena à inevitabilidade do fato, consideradas as circunstâncias do comportamento ilícito, bem como à condição do agente de atender à conduta exigida na norma. Assim, a responsabilidade criminal repousa na possibilidade concreta de o agente comportar-se de modo diverso, vale dizer, de evitar o comportamento criminoso, agindo em conformidade com a norma, que assimila por intermédio de sua capacidade de entendimento.

Na memorável lição do festejado penalista:

E, agora, atente-se para o seguinte: a pena criminal assim entendida como instrumento de intimidação, isto é, como medida de prevenção geral, só adquire algum sentido se a correlacionarmos com a noção de inevitabilidade do fato praticado. Vale dizer: só se pode intimidar o homem, com algum proveito, com a ameaça de pena, de dor ou de sofrimento, para que deixe de praticar fatos indesejáveis, nocivos ao semelhante, à tribo, à comunidade, à sociedade, quando tais fatos indesejáveis são evitáveis, ou, por outras palavras, quando esteja na esfera do indivíduo membro fazer ou não fazer o que se quer evitar por meio da ameaça referida (*Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 218).

O que se deve medir, portanto, para a constatação da culpabilidade do agente, a par do necessário entendimento sobre o conteúdo da norma, é a possibilidade efetiva de sua autodeterminação, em face das circunstâncias motivadoras de seu comportamento. E uma impossibilidade de autodeterminar-se, impedindo que a agente oriente a ação de acordo com a consciência que adquiriu a respeito da ordem de valores vigentes, dependeria de uma especial anormalidade de circunstâncias, que afetasse a regular capacidade de motivação.

Prosseguindo com o excelente mineiro, membro da comissão revisora do Código Penal de 1984, tem-se que:

O princípio da não-exigibilidade, em exame, foi introduzido e desenvolvido na ciência penal, como um corolário da concepção normativa da culpabilidade, por Frank, J. Goldschmidt, Freudental e Mezger, para citar apenas os principais autores. Pressuposto desse princípio, segundo J. Goldschmidt, é a 'motivação normal'. O que se quer dizer é que a culpabilidade, para configurar-se, exige uma certa 'normalidade de circunstâncias' que cercaram e poderiam ter influído sobre o desenvolvimento do ato volitivo do agente (*idem*, p. 328).

A inexigibilidade de conduta diversa, portanto, como causa excludente de culpabilidade, limita-se a excepcionais situações de fato, em que à liberdade de

vontade do autor do fato ilícito opõem-se circunstâncias realmente insuperáveis, impelindo-o à prática do ilícito penal.

In casu, a meu sentir, não ocorreu qualquer anormalidade motivacional que pudesse autorizar o reconhecimento da dirimente.

Da substituição da pena corporal.

Pede, ainda, a defesa a substituição da pena corporal aplicada à ré.

Contudo, comprovada a reincidência, nos termos da certidão de f. 30/31, resta evidenciada a impossibilidade de substituição da reprimenda, nos termos do art. 44 do Código Penal brasileiro, nenhum reparo se devendo fazer à judiciosa decisão de f. 66/74.

Do mesmo modo, incabível a concessão do benefício previsto no art. 77 do Código Penal.

Conclusão.

Tudo considerado, nego provimento ao recurso, para manter, tal como lançada, a r. sentença recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas, *ex lege*.

É como voto!

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES RENATO MARTINS JACOB e NELSON MISSIAS DE MORAIS.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.