

CRIME DE INCÊNDIO — DOLO DE PERIGO.
Há dois tipos de dolo: dolo de dano e dolo de perigo. Só há dolo de perigo quando o agente tem consciência do perigo à incolumidade pública.
EMBRIAGUEZ, "Actio libera in causa".

Mondercil Paulo de Moraes
Procurador da Justiça

O apelante foi condenado, por crime de incêndio, às penas de 2 anos e 2 meses de reclusão e Cr\$ 3,00 de multa, porque, no dia 27 de março de 1975, pelas 23:00 horas, ateou fogo no colchão de sua cela, no presídio municipal de Itaquí.

Segundo o relatório do Sr. Delegado de Polícia, o apelante foi parar no presídio a pedido de um cidadão, de nome A. K. B., sob a alegação de que aquele, embriagado, pelas 21:00 horas do dia do fato, "tentou e correu atrás de R.M.S.", filha deste, para o fim de, no dia seguinte, "prestar declarações em inquérito a ser instaurado".

O apelante nega o fato, diz que teria dormido com o cigarro aceso, e, acordando-se com o fogo, levantou o colchão e o encostou na parede, propagando-se a chama pelo teto.

De fato, a perícia mostra destruição do teto pelo fogo e as telhas do prédio afastadas, levando à presunção de que o objetivo do apelante, se dolosa a conduta, era a fuga da prisão.

A prisão do apelante era ilegal e seu anseio de liberdade direito natural, reconhecido pelo direito, pela Moral e por Deus, na opinião de Joana d'Arc.

Segundo a orientação dominante do Tribunal de Alçada de São Paulo:

"não responde por delito de dano qualificado o preso que danifica cela a fim de fugir, uma vez que esse crime exige dolo específico, ausente na espécie".

"Ainda que não se considere direito do detento, o de se eva-

dir, tal fato, mesmo que acarrete dano à prisão, não configura o delito do art. 163, parágrafo único, n. III, do Código Penal”.

“O ‘animus nocendi’ é requisito essencial à configuração do dano. E inexistente no caso de fuga de detentos, pois não se achavam eles imbuídos da vontade de causar prejuízo ao Estado, ao serrarem as barras do xadrez, mas apenas do desejo de conseguirem o ‘status libertatis’ que lhes fora tirado com a interposição das grades entre eles e o mundo exterior” (Justitia-Jurisprudência — Órgão do Ministério Público de São Paulo, ed. 1975, p. 35/6).

O caso é, porém, de incêndio e o dolo genérico: basta a vontade de causar incêndio, e a consciência do perigo comum.

Entende Nelson Hungria que o elemento moral do delito é duplo:

“dolo de dano quanto à coisa individuada a que se põe fogo, e dolo de perigo, isto é consciência de que o incêndio pode atingir coisas outras ou pessoas não individuadas, embora o agente não queira, nem mesmo eventualmente, o efetivo dano destas” (Comentários, v. 9, p. 23).

O caso presente envolve questão das mais tormentosas em direito penal, qual seja a responsabilidade pelas “actiones liberae in causa”.

Bettioli, citando Leone, concorda em que a “actio libera in causa” exige:

“que o evento produzido sob estado de não imputabilidade tenha sido previsto e querido pelo agente, e que este se coloque na condição de incapacidade de entender ou de querer para cometer o crime ou para preparar uma escusa” (Direito Penal — trad. bras., v. 2, p. 66).

É sabido que o direito brasileiro não isenta o embriagado, mesmo em estado de embriaguez não preordenada, com exceção das hipóteses de dirimência e atenuação dos parágrafos do art. 24, do Código Penal.

Seria fastidioso examinar tudo o que tem sido lançado em livros e publicações outras, pelos mais eminentes penalistas pátrios, sobre a “vexata quaestio”.

No caso dos autos, segundo informam os policiais, únicas testemunhas, o apelante encontrava-se transtornado pelos efeitos do álcool. Não se pode, entretanto, afirmar que a embriaguez era completa. O que é certo é que preordenada não era, e culposa, no sentido da valoração necessária para configurar a “actio libera in causa”, afastando a hipótese de responsabilidade objetiva, também é duvidoso que fosse.

O caso concreto às vezes apresenta surpreendentes peculiaridades, a ponto de ameaçar as estruturas das teorias e princípios, construídos sobre as generalidades.

Trabalhando um Direito Penal da culpa é difícil aceitar possa uma pessoa colocar-se em inimizabilidade, ou em situação de incapacidade diminuída, por ingestão voluntária de álcool, invocando-se a previsibilidade de um ato ilegal da autoridade pública, donde decorresse o fato típico.

A embriaguez voluntária e culposa de I. F. de V. tem essa conotação. Realmente, o apelante, embriagado, não saiu a dirigir veículo automotor, situação em que, se cometesse o crime previsível no momento anterior da sobriedade, responderia pela responsabilidade decorrente da "actio libera in causa", sem repúdio, pelo menos total, da mais moderna compreensão da culpabilidade. Pelo contrário, sua situação era de completa imprevisibilidade. O apelante não previu, quando de consciência livre, a violência contra sua pessoa, a qual tentou anular realizando a figura típica. Não previu e não era previsível, porque não se pode prever o ilícito dos outros e muito menos o ato ilegal.

O rigorismo da doutrina brasileira quanto ao problema da embriaguez vem sendo abrandado pelas construções pretorianas. Tratando de crime de ameaça, o já citado Tribunal de Alçada de São Paulo, com o prestígio de que hoje desfruta, entende, predominantemente, que

"não há crime de ameaça quando o fato é praticado pelo agente em estado de embriaguez".

Isso porque

"essa corrente, com fundamento na necessidade de ânimo calmo e refletido do agente, entende que a ameaça é incompatível com o estado de embriaguez. Tisnando o conhecimento e desligando o senso de responsabilidade, a ebridez torna irrelevantes as ameaças, pois o ébrio não revela intenção marcada ao proferi-las" (Justitia — Jurisprudência, p. 18/9).

A mesma orientação segue o Egrégio Tribunal paulista com relação ao crime de desacato:

"O estado de embriaguez despoja o agente da plena integridade de suas faculdades psíquicas, exonerando, por tal forma, a intenção certa de ofender, de desacatar, que é substrato do crime de desacato, e seu dolo específico" (Op. cit., p. 39).

Raciocinando com Nelson Hungria, temos que o art. 250 contém dois tipos de dolo: dolo de dano e dolo de perigo concreto. Todos os tratadistas entendem que para ajustar-se a conduta ao modelo é preciso que o agente tenha a consciência do perigo comum, pois a objetividade jurídica é a incolumidade pública.

No estado de exaltação de ânimo em que se encontrava, proveniente da intoxicação e da injustiça, é evidente que I. não teve a consciência clara do perigo comum, como também não percebeu que a sua própria integridade física estava ameaçada.

Por outro lado, não é justo seja apenado tão severamente um homem, por uma ação duvidosa na sua configuração legal, e provocada por ato ilícito da autoridade pública.

Por certo nem o Sr. A. K. B., que pediu o recolhimento do apelante, jamais imaginou que seu gesto resultasse no encarceramento do bêbedo importuno por 2 anos e 2 meses.

Nestas condições, concluindo que o objetivo único do apelante era fugir, que este não teve a consciência do perigo concreto e que sua prisão era ilegal, opino pelo provimento da apelação.

Porto Alegre, 8 de dezembro de 1975.

OBSERV.: Parecer acolhido pela 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em sessão de 18-12-1975.