

Opinião: Pichação sempre é crime de menor potencial ofensivo

O presente artigo trata de responder ao texto publicado na **ConJur**, no dia 28 de abril, intitulado “Pichação nem sempre é crime de menor potencial ofensivo”, redigido pelo promotor de Justiça Marcos Paulo de Souza Miranda, reconhecido pelo relevante trabalho que exerce na salvaguarda do patrimônio urbano, histórico e cultural do estado de Minas Gerais. Necessário frisar o caráter cordial e respeitoso que se quer aqui estabelecer, sempre recomendável aos debates ideários. Frise-se também que a respeitosa crítica aqui posta está compreendida no âmbito da questão relativa ao concurso formal de crimes.

No artigo veiculado, o promotor defende que “os operadores do Direito se valham dos instrumentais disponíveis em nosso arcabouço jurídico para o combate eficiente aos crimes de pichação e aos demais a eles associados”. O articulista advoga a possibilidade da configuração do crime de pichação do artigo 65 da Lei 9.605/98 em concurso material com o crime de dano previsto no artigo 163, inciso III do Código Penal. Ou seja, para um único ato de pichar, ter-se-ia, então, a prática dos dois delitos, sob o argumento de que o ato de pichar lesa dois bens jurídicos distintos: a propriedade e a hignez da paisagem urbana.

Embora o argumento do articulista encerre a questão com a eleição do bem jurídico como ponto preponderante para a imputação cumulada, e daí dizer que o ato de pichar atinge dois bens jurídicos a um só tempo (propriedade e hignez urbana), é necessário dizer que, para sua aplicação prática, pelo menos para que se compreenda o problema, *o resultado da ação descrita no tipo penal* deve vir antes da consideração do bem jurídico. Isso porque, se a ação do agente não atinge o resultado previsto no tipo, é dizer que o bem jurídico protegido não foi maculado.

O tipo penal do artigo 163, inciso III do CP exige como resultado da conduta criminosa que o objeto considerado patrimônio público seja danificado, inutilizado ou deteriorado, sem o qual é impossível falar na incidência desse tipo penal. Vale dizer: é imprescindível para a configuração do crime que, com determinada ação, o patrimônio público seja efetivamente danificado, inutilizado ou deteriorado. A assertiva simplista de que a pichação *sempre* danifica vai mais à indignação popular, mas não pode ser consideração levada ao Direito.

Por outro lado, o tipo previsto no artigo 65, parágrafo 1º da Lei 9.605/98 exige para a sua configuração o ato de pichar ou conspurcar monumento ou coisa tombada em virtude do seu valor artístico, arqueológico ou histórico. Com o próprio ato de pichar ou conspurcar o monumento urbano tem-se perfeito o tipo do artigo 65, e somente se comprovado dano, inutilização ou deterioração da coisa pichada é que podemos voltar a falar do crime de dano do Código Penal.

Assim, admite-se ser possível a configuração do crime de dano através do ato de pichar. Seria o caso de o agente, ao pichar determinada edificação ou monumento urbano, terminar por praticar dano, massivamente se, com o ato de pichar, reste comprovada a danificação, inutilização ou deterioração. Conquanto não se possa admitir que, casuisticamente, o intérprete da legislação penal, à guisa de elementos concretos que apontem para o efetivo resultado contido na norma, diga que pichar é sempre danificar. Por fim, para o tal caso de ocorrer dano através do ato de pichar, o crime de pichação estaria absorvido pelo crime de dano.

Para além do resultado contido na norma, que necessariamente deve ser atingido, há que se ter atenção para o fato de que a conduta de pichar foi destacada pelo legislador em tipo penal próprio, especial em relação à genérica conduta de *danificar*, *inutilizar* ou *deteriorar* determinado bem, ocorrendo aqui incidência necessária do crime do artigo 65 da Lei 9.605/98 quando a conduta do agente for simplesmente a de pichar ou conspurcar edificação ou monumento urbano, conforme especialidade do tipo penal.

Tem-se que, a levar em conta as balizas técnicas que devem orientar a prática do Direito e do processo penal, não há que se falar, quando verificada apenas a conduta de pichar (conforme colocado pelo articulista), na incidência de outros crimes, sendo qualquer outra imputação sobre o ato único de pichar além do crime do artigo 65 da Lei 9.605/98, *data venia*, abuso do direito de acusar.

A probidade do órgão acusatório no momento de formular a denúncia criminal passa necessariamente pela não utilização de interpretação ou técnicas outras que possibilitem a elasticidade da acusação. É que a lei penal deve ser absolutamente clara quando se coloca no plano abstrato e ainda mais clara e estreita quando se concretiza no processo.

Daí que chama a atenção a expressão utilizada no título do referido artigo: *nem sempre*. A expressão sugere a incidência casuística da lei e abre campo ao obscurantismo jurídico. Tratando-se da aplicação de norma penal, caberia então ao intérprete escolher quando determinado ato de pichar deve ser visto como crime de menor potencial ofensivo e quando não deve? Ou a ofensividade do delito de pichação é determinada pela própria lei?

Concessa venia, ao sugerir o casuísmo, a tese defendida, de saída, ultrapassa os limites impostos pela lei. Trata-se, pois, de dar ensejo ao voluntarismo, que ultimamente tem se “legitimado” na “voz das ruas” e no “sentimento popular”, como bem explica o professor Lenio Streck:

Resultado: Ignoram-se textos legais. Limites textuais nada valem. Pior: quando interessa, o texto é tudo; quando não interessa, o texto vale nada. Um dos discursos que mais está em voga é que o Supremo (e o Judiciário em geral) deve atender ao clamor das ruas (esquece-se que isso nada mais é do que repetir um velho dualismo metodológico do século XIX). Diz-se que se deve atender ao sentimento do povo, como se existisse um aparelho para medir o que o povo está sentindo. Um “povômetro”^[1].

Nossa respeitosa crítica é reforçada ainda pela atuação recente do próprio MP-MG em casos envolvendo o delito do artigo 65 da Lei 9.605/98 em patrimônios tombados da cidade de Belo Horizonte. Ao *escolher* com base em critérios que sequer são conhecidos, o órgão de acusação oscila quando o assunto é a

acusação acerca do crime de pichação.

No ano de 2015, instaurou-se ação penal decorrente de investigação policial em que se apurou a prática de pichação na Biblioteca Luis de Bessa, na capital mineira (tombada como patrimônio cultural pelo estado de Minas Gerais), em que o Ministério Público *escolheu* denunciar os acusados conforme o ponto de vista defendido pelo articulista: concurso formal dos crimes de pichação (artigo 65, da Lei 9.605/98), dano ambiental (artigo 62 da Lei 9.605/98) e dano (artigo 163 do Código Penal)[2]. Passado mais de um ano, em processo que apurou pichação na Igreja da Pampulha[3] (reconhecida como patrimônio da humanidade pela Unesco), os mesmos membros do Ministério Público optaram por denunciar apenas pelo delito de pichação (artigo 65, da Lei 9.605/98). Como explicar essa diferença de atuação? Pelo voluntarismo.

A primeira ação penal mencionada, em que o MP optou pela aplicação do concurso material dos crimes, é paradigmática para o debate travado pelo articulista. Isso porque, embora a condenação de primeira instância tenha se dado na forma posta pela acusação, ou seja, aplicando o concurso material, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em sede de apelação, desmontou tal tese. A sentença condenatória exarada pela 11ª Vara Criminal da Comarca de Belo Horizonte, adotando o ponto de vista do *parquet*, chegou a impor a absurda pena de 8 anos e 6 meses de reclusão, inicialmente em regime fechado, a um dos acusados condenados[4].

Adiante, a decisão foi devidamente reformada pela 4ª Câmara Criminal do TJ-MG, em acórdão que reconheceu a impossibilidade de aplicação do concurso formal entre o crime de pichação e o crime de dano, com a seguinte fundamentação:

Primeiramente, analisando os tipos penais dos delitos de dano, seja do Código Penal, seja da legislação específica, vê-se que os verbos igualmente são "destruir", que consiste em desfazer, desmanchar, demolir, exterminar, arruinar; "inutilizar", que significa tornar inútil, imprestável, estérreo, improdutivo; bem como "deteriorar", que é estragar, corromper, alterar, adulterar.

A conduta de pichar, por sua vez, significa escrever, fazer marcas, sinais, desenhar, rabiscar dizeres de qualquer espécie, mediante o emprego de tinta ou spray.

(...)

A conduta dos acusados, a meu ver, mais se adéqua ao delito de pichação, do que aos crimes de danos, porque com os escritos a tinta, eles não destruíram, não inutilizaram, nem deterioraram a Biblioteca Pública e as estátuas de bronze, que se mantiverem íntegras no dia seguinte, com a limpeza realizada pelos funcionários, com produtos próprios (fls. 21 e 550/550v)[5].

(...)

Ademais, ainda que se admita que a pichação realizada pelos acusados também tenha acarretado destruição, inutilização e/ou deterioração de bens públicos, a questão se resolve também pelo conflito aparente de normas. Tal ocorre quando a um mesmo fato podem ser aplicadas normas diferentes, da mesma ou de diversas leis penais, ou seja, quando há unidade de fato e pluralidade de normas que identificam o fato criminoso.

No caso em voga, a questão se resolve pelo princípio da especialidade, em que lei especial aplica-se em detrimento de lei geral, a impor, também por este fundamento, a condenação dos acusados tão-somente nas iras do art. 65, §1º, da Lei nº. 9.605/98.

O acórdão contém importante alerta feito pelo desembargador Júlio César Gutierrez, que calha ao debate aqui travado:

Estudando a fundo o tema, percebo que a legislação em tela é muito falha em vários aspectos, o que pode gerar desproporções e sentimento de impunidade. Vários doutrinadores apontam críticas à legislação, quanto à penalização aplicada, quanto aos tipos penais e etc.

(...)

Assim, vejo na denúncia do Ministério Público uma tentativa de "corrigir" as distorções da legislação aplicável, buscando a condenação dos réus em vários tipos penais, para que a pena seja compatível com a conduta degradante dos acusados, de puro vandalismo gratuito contra o ordenamento urbano, que gerou tanta repercussão perante a população e na mídia.

Todavia, não cabe a mim, como operador do direito, procurar "corrigir" as imperfeições da legislação, com condenações excessivas, gerando com isso imperfeições jurídicas.

Anote-se que os dois acórdãos em ações de Habeas Corpus apontados pelo articulista como “fruto do combate” travado pelo Ministério Público contra a prática de pichação em Belo Horizonte estão vinculados à ação penal acima descrita.

A fundamentação do acórdão tangencia ponto forte da atual preocupação com o voluntarismo judicial: se a legislação sobre determinado tema impõe aplicação de pena que gera o sentimento de impunidade, indignação da sociedade, clamor popular e tantos outros jargões extraídos das páginas de jornais, definitivamente não é papel do Ministério Público e muito menos do Poder Judiciário *emendar* aquilo que acredita estar incorreto.

O combate ao que quer que seja não pode ser feito à margem do processo legislativo, da tripartição dos Poderes e, o que é muito pior, à revelia da estabilidade e garantia jurídica do cidadão de não ser processado por aquilo que alguém acredita correto, mas, sim, pelo que manda a lei. A aplicação estrita do que manda a lei é garantia da sociedade.

Assim, como o artigo 65, parágrafo 1º da Lei 9.605/98 possui pena de 6 meses a 1 ano, trata-se de crime de menor potencial ofensivo, conforme preceitua o artigo 61 da Lei 9.099/95, não havendo concurso material de crimes, na forma do artigo 69 do Código Penal, pelo simples fato de pichar edificação ou

monumento urbano.

[1] <https://www.conjur.com.br/2018-abr-12/assim-aas-sugiro-jusvoa-juristas-voluntaristas-anonimos>

[2] TJ-MG. Processo 1169661-26.2015.8.13.0024

[3] TJ-MG. Processo 0740940-95.2016.8.13.0024

[4] Para mais informações sobre o assunto: <http://justificando.cartacapital.com.br/2016/12/05/lawfare-contra-os-pixadores-em-belo-horizonte-em-tres-atos>

[5] Processo Apelação Criminal 1.0024.15.116966-1/001, relator(a) des.(a) Júlio Cezar Guttierrez, Órgão Julgador / Câmara 4ª Câmara Criminal, Comarca de Origem Belo Horizonte, Data de Julgamento 20/9/2017.

Date Created

23/05/2018