



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

Renato Garcia Sanches de Souza

CRIMINOLOGIA CRÍTICA E PATRIMÔNIO:
A DESCRIMINALIZAÇÃO DO FURTO PELA PERSPECTIVA DO DIREITO
PENAL MÍNIMO

Brasília

2017

Renato Garcia Sanches de Souza

**CRIMINOLOGIA CRÍTICA E PATRIMÔNIO:
A DESCRIMINALIZAÇÃO DO FURTO PELA PERSPECTIVA DO DIREITO
PENAL MÍNIMO**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade de Brasília como requisito para obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Evandro Piza Duarte
Coorientadora: Mestranda Isabella Miranda da Silva

Brasília

2017

Renato Garcia Sanches de Souza

**CRIMINOLOGIA CRÍTICA E PATRIMÔNIO:
A DESCRIMINALIZAÇÃO DO FURTO PELA PERSPECTIVA DO DIREITO
PENAL MÍNIMO**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao
Curso de Graduação em Direito da
Universidade de Brasília como requisito para
obtenção do título de bacharel em Direito.

O candidato foi considerado _____ pela banca examinadora.

Professor Doutor Evandro Piza Duarte
Orientador

Mestranda Isabella Miranda da Silva
Coorientadora

Mestranda Gisela Aguiar Wanderley
Membro

Mestrando João Victor Nery Fiocchi Rodrigues
Membro Suplente

Brasília, 13 de fevereiro de 2017

RESUMO

O furto simples é uma conduta tipificada no artigo 155 do Código Penal, com pena cominada de um a quatro anos de reclusão. Apesar de essa pena ser relativamente baixa, quando se analisam os dados sobre aprisionamento, localizados no Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN, percebe-se que esse delito é o quinto dentre os responsáveis por maior índice de encarceramento no Brasil. Para entender essa falta de correspondência entre a legislação penal e sua aplicação prática, o presente trabalho se propôs a analisar a realidade operacional do sistema penal brasileiro, pelo viés criminológico crítico. A percepção de que o sistema atual é irracional, seletivo e orientado à institucionalização do racismo e da desigualdade de classe e aplica penas inefetivas induz a substituição do atual modelo por um que seja compatível com os direitos humanos. A partir da ideia de que a pena é um instrumento ineficaz para a resolução dos conflitos que nascem da ofensa patrimonial, chega-se à conclusão de que o furto simples não deveria ser uma conduta tão relevante ao direito penal. Assim, se propõe a adoção do direito penal mínimo como alternativa viável ao exercício punitivo desproporcional. Por tais motivos, com base na aplicação extensiva do princípio da insignificância, se propõe a descriminalização do furto simples.

Conceitos chave: Direito penal, furto, criminologia crítica, direito penal mínimo, insignificância, descriminalização.

ABSTRACT

Simple theft is a conduct typified in article 155 of the Brazilian Penal Code, for which the penalty imposed is one to four years imprisonment. Although this penalty is relatively low, by the analysis of the data about imprisonment located in the National Survey of Penitentiary Information - INFOPEN, it is perceived that this crime is the fifth among those responsible for the highest rate of incarceration in Brazil. In order to understand this lack of correspondence between the criminal law and its practical application, the present work has proposed to analyze the operational reality of the Brazilian penal system, from the perspective of critical criminology. The perception that the current system is irrational, selective and oriented towards the institutionalization of racism and class inequality induces the replacement of the current model with one that is compatible with human rights. The adoption of minimal criminal law as a viable alternative to the application of the current punitive system leads to the conclusion that simple theft is not a conduct relevant to criminal law, and also to the perception that the application of criminal penalty is an ineffective instrument for the resolution of the conflicts that arise from this kind of offense. For these reasons, from an extensive application of the principle of insignificance, this work proposes the decriminalization of simple theft.

Keywords: Criminal law, theft, critical criminology, minimal criminal law, principle of insignificance, decriminalization.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO 1 — O FURTO SIMPLES NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO	10
1.1 — A propriedade privada no direito brasileiro.....	10
1.2 — O furto no Código Penal.....	10
1.3 — Aspectos gerais doutrinários sobre o furto simples.....	11
1.4 — A pena no art. 155.....	14
1.5 — O princípio da insignificância.....	18
1.6 — Expectativas sobre o impacto do furto nas prisões.....	22
CAPÍTULO 2 — DESCONSTRUINDO O SISTEMA PENAL: A IRRACIONALIDADE QUE OCULTA O RACISMO, A DESIGUALDADE SOCIAL E A INEFETIVIDADE DA PENA	24
2.1 — Análise dos sistemas punitivos em suas manifestações empíricas.....	24
2.2 — Discrepância entre ser e dever ser.....	26
2.3 — A seletividade do sistema penal.....	31
2.3.1 — Seleção criminalizante.....	32
2.3.2 — Seleção vitimizante.....	37
2.3.3 — Seleção policizante.....	39
2.4 — O racismo operado pelo sistema penal brasileiro.....	40
2.5 — A criminalização de violação ao patrimônio para a manutenção da desigualdade objetiva entre indivíduos.....	45
2.6 — A pena como meio de resolução de conflitos.....	49
2.6.1 — Teorias legitimantes da pena.....	50
2.6.1.1 — Teoria de prevenção geral negativa.....	50
2.6.1.2 — Teoria de prevenção geral positiva.....	52
2.6.1.3 — Teoria de prevenção especial positiva.....	53
2.6.1.4 — Teoria de prevenção especial negativa.....	54
2.6.2 — A deslegitimação da pena pela perspectiva materialista/dialética.....	55
2.7 — O papel dos juristas frente ao direito penal.....	57

CAPÍTULO 3 — O MINIMALISMO PENAL E A DESCRIMINALIZAÇÃO DO FURTO.....	61
3.1 — O Direito Penal Mínimo como alternativa à máquina punitiva.....	61
3.2 — Princípio da insignificância e tutela penal patrimonial.....	66
3.3 — A descriminalização do furto simples.....	69
CONCLUSÃO.....	72
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	74

INTRODUÇÃO

O encarceramento no Brasil tem sido reconhecido como um dos problemas centrais da atuação do Estado vista sob a perspectiva de defesa dos direitos humanos. O país, que já tem, de acordo com dados do Institute for Criminal Policy Research – ICPS¹, a 4ª maior população carcerária do mundo (622.202 presas/os), tem seguido a tendência de prender cada vez mais pessoas — conforme relatado pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN (2014), a taxa de aprisionamento subiu 575% entre 1990 e 2014.

A partir da análise do INFOPEN, se percebe que a criminalização de ofensa patrimonial, localizada nos arts. 155 a 180 do Código Penal, é o grupo temático responsável pelo maior índice de criminalização (39,5%) na legislação punitiva. Nesse universo, chama atenção a criminalização decorrente da prática de furto simples, que, a despeito de ser considerado um crime de médio potencial ofensivo (pena de um a quatro anos de reclusão) e não contar com violência em sua execução, é o quinto delito responsável por maior encarceramento no país.

Dado este pano de fundo, o objetivo do presente trabalho é analisar a real operacionalidade do direito penal, que dá possibilidade de um crime com potencial ofensivo tão baixo como o do furto simples encarcerar tantas pessoas. Assim, se busca propor uma alternativa ao funcionamento da máquina punitiva que seja compatível com os direitos humanos e encare a lesão patrimonial sem uso de violência como insignificante ao poder punitivo.

Para isso, no primeiro capítulo, se apresentam os aspectos legais, jurisprudenciais e doutrinários mais relevantes relativos ao crime de furto simples. A partir dessa exposição, percebe-se a existência de uma lacuna entre lei penal e exercício do poder punitivo, à medida que a expectativa de encarceramento por tal delito tenderia a ser baixa e, mesmo assim, é um dos crimes responsáveis pelas maiores taxas de aprisionamento no Brasil.

Por tal motivo, no segundo capítulo, se procede à análise da real operacionalidade do sistema penal a partir do viés criminológico crítico. A comprovação da irracionalidade do discurso jurídico-penal possibilita a percepção de que o sistema penal é seletivo, com orientação racista, no geral, e de promoção de desigualdade objetiva entre indivíduos, na

¹ INSTITUTE FOR CRIMINAL POLICE RESEARCH – ICPR. Highest to Lowest - Prison Population Total. Disponível em: http://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total/trackback?field_region_taxonomy_tid=All. Acesso em 07 de fev, 2017.

criminalização da ofensa patrimonial. Além disso, percebe-se que a pena é um meio ineficiente para a resolução de controvérsias, à medida em que se enxerga que sua real aplicação além de ilegítima, tem fins excludentes no que toca à criminalização do patrimônio.

No último capítulo, se propõe a perspectiva minimalista do direito penal como alternativa ao funcionamento do aparato punitivo do Estado. Nesse contexto, a consideração dos princípios do Direito Penal Mínimo, em conjunto com a aplicação extensiva do princípio da insignificância possibilitam a defesa da descriminalização do furto, vista como a única forma de encarar essa conduta perante um sistema penal que respeite os princípios gerais de direitos humanos.

CAPITULO 1 — O FURTO SIMPLES NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

1.1 A propriedade privada no direito brasileiro

No ordenamento jurídico brasileiro, dentre os inúmeros bens jurídicos tutelados pelo Estado, o direito à propriedade se mostra como um dos cinco direitos elementares elencados no caput do artigo 5º da Constituição, quando pontua que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

Dessa forma, pode-se dizer que no Brasil, partindo do direito constitucional, a tutela do patrimônio é matéria relevante a praticamente todos os ramos do direito, ganhando destaque nos ramos civil, no qual são formulados os conceitos mais importantes sobre o instituto da propriedade e suas formas de transmissão, e penal, sendo este último, ao menos em tese, o responsável por garantir, por meio da coação do Estado, a inviolabilidade do patrimônio.

Especificamente no ramo penal, as condutas criminalizadas que atacam diretamente o direito à propriedade privada recebem a nomenclatura jurídica de “crimes contra o patrimônio” e estão elencadas no título II da parte especial do Código Penal, logo após os crimes contra a pessoa, indicados no título I.

Atentando-se para a ordem de disposição dos tipos estabelecidos na parte especial do código penal, que inicia com o homicídio como primeira conduta criminalizada pelo ordenamento, pontua Salvador Netto:

A ser possível imaginar uma racionalidade na parte especial, como repositório não aleatório de valores de certa comunidade, a ordem de disposição dos tipos estabelecidos deve permitir a extração de alguma hierarquização axiológica, capaz de reforçar a pessoa humana e, conseqüentemente, a sua vida, como bem jurídico mais importante e primeiro na proteção penal. (2014, p. 13)

Nesse sentido, por dedução lógica, se imagina que a inserção dos crimes contra o patrimônio logo no segundo título do Código Penal indica ser a propriedade privada o segundo bem jurídico ao qual o direito punitivo mais se atenta em tutelar.

1.2 O furto no Código Penal

Dentre as condutas elencadas como violadoras ao direito de propriedade, o furto é comumente considerado como o crime tradicional contra o patrimônio, tendo em vista que a conduta criminalizada não ofende qualquer bem jurídico que não este, operando de modo a induzir a posse ilegal do bem atacado (diferentemente do crime de dano, por exemplo).

O crime de furto é tipificado no art. 155 do Código Penal, o primeiro artigo a tratar dos crimes contra o patrimônio, que descreve inicialmente a conduta indicada como furto simples e, pouco mais à frente, a partir do § 4º, seus modos qualificados. Veja-se:

Furto

Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 1º - A pena aumenta-se de um terço, se o crime é praticado durante o repouso noturno.

§ 2º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa.

§ 3º - Equipara-se à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico.

Furto qualificado

§ 4º - A pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa, se o crime é cometido:

I - com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa;

II - com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza;

III - com emprego de chave falsa;

IV - mediante concurso de duas ou mais pessoas.

§ 5º - A pena é de reclusão de três a oito anos, se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior.

§ 6º - A pena é de reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos se a subtração for de semovente domesticável de produção, ainda que abatido ou dividido em partes no local da subtração.

A despeito da maioria das reflexões e proposições da presente trabalho serem válidas tanto para os tipos de furto qualificado quanto para o furto simples, o enfoque aqui dado será apenas em respeito ao segundo, ou seja, do *caput* até o § 3º, levando em consideração as limitações existentes para a confecção de um trabalho de conclusão de curso.

1.3 Aspectos gerais doutrinários sobre o furto simples

Na proposição “*subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel*”, atenta o autor Rogério Greco (2014) ser o núcleo do tipo penal o verbo *subtrair*, sendo que o especial fim de agir é apontado no trecho *para si ou para outrem* e o objeto do delito é *coisa alheia móvel*.

Assim sendo, diz-se que não há como haver furto caso a intenção do agente seja subtrair temporariamente a coisa alheia móvel. Nesses casos, comumente chamados pela

doutrina (GRECO, 2014) de *furto de uso*, defende o autor não haver relevância penal no acontecimento.

Da leitura do artigo, percebe-se também que o objeto do furto deve ser coisa alheia móvel. Nesse trecho, há duas considerações que devem ser levadas em conta na análise do delito.

Inicialmente, sobre o aspecto de ser *coisa alheia*, o que se pode inferir é que em hipótese alguma uma pessoa poderá furtar um objeto que é seu. Atualmente, a maioria dos autores, como aponta Salvador Netto (2014), defende que o tratamento penal a alguns crimes contra o patrimônio seja proteger não apenas o domínio do bem, mas também a posse – que é, no tipo de furto, o bem jurídico essencialmente protegido. No entanto, não existe a possibilidade do titular do bem cometer furto contra seu próprio objeto, mesmo que esteja sob posse de outro por determinação contratual. Ressalta-se, ainda, que a coisa que nunca teve dono, a coisa abandonada e as coisas de uso comum - como a água do oceano - não poderão ser objeto da conduta tipificada no art. 155.

Debruçando-se sobre o mesmo trecho, todavia com enfoque na *coisa móvel*, é importante esclarecer que, por mais que o tratamento patrimonial do direito penal importe a grande maioria dos conceitos cíveis que giram em torno da propriedade, o conceito de bem móvel se mostra como uma das exceções existentes na qual o conceito é ressignificado no código penal. Nesse sentido, o significado de coisa móvel usado pelo sistema penal, diferentemente do encontrado no código civil, se mostra como o sentido literal da expressão, ou seja, qualquer objeto passível de ser deslocado no espaço.

Ainda tratando sobre os possíveis objetos materiais protegidos pela tipificação do furto, mais algumas considerações devem ser feitas. É pacífico em toda a doutrina que o objeto dotado de valor econômico está incluído na proteção oferecida pelo art. 155 (GRECO, 2014). Porém, sobre os objetos que não têm valor econômico, mas apenas valor de uso, ou seja, importantes à vítima por natureza sentimental, há divergentes abordagens doutrinárias sobre a possibilidade de serem objeto de furto.

Rogério Greco (2014) aponta que, para parte da doutrina, são passíveis de serem furtados os objetos sem valor econômico. Todavia, parte dos autores, como Guilherme de Souza Nucci e Salvador Netto, entende que não cabe ao direito penal tutelar bens que sejam desprovidos de valor econômico, hipótese em que o direito civil seria suficiente para solucionar o conflito, na forma de pagamento de dano moral.

Sobre tal assunto, a perspectiva aqui defendida é que a segunda visão parece mais compatível com o direito vigente considerado em sua totalidade. Isso porque o princípio da intervenção mínima impõe ao Estado que reserve ao direito penal apenas as ofensas jurídicas de maior repercussão, quando as outras formas de proteção de tutela se mostrem ineficientes para a solução do conflito.

Assim sendo, ainda que se parta do pressuposto de que a tipificação do furto é compatível com tal princípio, não se pode falar que a proteção penal ao patrimônio deva se estender também aos bens sem valor econômico. Nesses casos, o que aqui se defende é que a ofensa a tais objetos, justamente por não lesarem a economia da vítima, têm no máximo o condão de acarretar dano moral – espécie de dano tutelada na responsabilidade civil.

O sujeito ativo do furto descrito no art. 155 pode ser qualquer pessoa, desde que não proprietária ou possuidora da coisa, diferentemente do art. 156, que prevê, essencialmente, a possibilidade de furto de bem comum entre o agente e demais proprietários.

Como já dito anteriormente, a doutrina majoritária defende que a proteção jurídica almejada pelo tipo em questão é a posse do bem. Disso se extrai que não apenas o proprietário poderá ser sujeito passivo do furto, como também o possuidor.

Sobre o momento de consumação do furto, também se dividem os autores em posicionamentos divergentes.

Parte deles, como Heleno Fragoso, Nelson Hungria e Salvador Netto, defende a chamada Teoria da Posse Pacífica (GRECO, 2014): de acordo com tal princípio interpretativo, o furto só estaria consumado quando o sujeito ativo alcança a posse pacífica da coisa, ainda que por pouco tempo, ou seja, quando a vítima ou terceiro não têm mais a capacidade de exercer o direito de legítima defesa contra o agente.

Em outro plano, autores como Damásio e Ney Moura Telles defendem a chamada Teoria da Inversão da Posse, aduzindo que o furto é consumado no momento exato em que o sujeito ativo detém a posse do objeto (GRECO, 2014).

Na jurisprudência brasileira, o posicionamento vencedor é o defendido pela segunda teoria: em setembro de 2016, a terceira sessão do Superior Tribunal de Justiça aprovou a súmula 582², tratando especificamente do crime de roubo, mas também aplicável ao furto, que determina a inversão da posse como momento de consumação do crime.

² Sum. 582 — Consuma-se o crime de roubo com a inversão da posse do bem mediante emprego de violência ou grave ameaça, ainda que por breve tempo e em seguida à perseguição imediata ao agente e recuperação da coisa roubada, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desviada.

A consequência prática de determinar que o crime é consumado logo após o agente pôr as mãos no bem almejado é que a tentativa de furto ou roubo, modalidade que recebe até dois terços de diminuição de pena, passa a ser quase impossível de ser caracterizada, motivo pelo qual diz-se que tal súmula age de forma a aumentar o encarceramento (qualitativo) nas modalidades de tais delitos, já que ela aumenta o tempo de encarceramento do réu.

No que toca o elemento subjetivo do furto, diz-se que tal crime só pode ser praticado com dolo, não existindo modalidade culposa para o delito no código penal.

A ação penal prevista para o crime é pública incondicionada, o que pode causar estranhamento, tendo em vista ser delito cometido apenas contra a propriedade privada, que é um direito disponível. Além disso, trata-se crime sem uso de violência ou coação. Entretanto, ainda que a vítima decida, após registrar o boletim de ocorrência, perdoar o autor do crime em troca de ressarcimento pelo dano, não poderá fazê-lo judicialmente, já que a iniciativa penal fica na mão do Ministério Público.

Por fim, antes de entrar na análise da pena cominada ao furto e nos parágrafos 1º e 2º, que também dizem respeito à sanção, deve-se mencionar que o §3º fora inserido no código para deixar explícito que todas as formas de energia serão consideradas bens móveis para configurar o crime.

Isto foi feito, como explica Rogério Greco, porque era muito comum a doutrina, principalmente estrangeira, excluir a possibilidade de qualquer forma de energia ser passível de ser objeto material do furto. Assim, na redação do código, preocupou-se em deixar explícito que a energia poderia ser considerada objeto material de furto, como explicita trecho do item 56³ da Exposição de Motivos à Parte Especial do Código Penal.

1.4 A pena no art. 155

Em qualquer análise criminológica de um tipo, a quantificação da pena é sempre um ponto essencial a ser considerado, tendo em vista que não apenas a duração, como também a modalidade da sanção diz muito sobre a possibilidade de o agente ir, de fato, para o cárcere.

³ 56. [...] Para afastar qualquer dúvida, e expressamente equiparada a coisa móvel e, conseqüentemente, reconhecida como possível objeto de furto a "energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico". Toda energia economicamente utilizável e suscetível de incidir no poder de disposição material e exclusiva de um indivíduo (como, por exemplo, a eletricidade, a radioatividade, a energia genética dos reprodutores etc.) pode ser incluída, mesmo do ponto de vista técnico, entre as coisas moveis, a cuja regulamentação jurídica, portanto, deve ficar sujeita.

No caso do furto simples, a pena cominada é mínima de um e máxima de quatro anos de reclusão mais multa.

Das modalidades das medidas de restrição de liberdade, a reclusão é a mais gravosa, por conta de admitir, diferentemente da detenção, o regime inicial fechado, ou seja, em estabelecimento prisional de segurança máxima ou média. A pena de detenção, que só admite o regime fechado excepcionalmente, deve ser cumprida em regime semi-aberto (colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar) ou aberto (casa de albergado ou estabelecimento adequado).

Nos termos do Código:

Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º - Considera-se: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

- a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;
- b) regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;
- c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

Assim, em termos práticos, à pessoa que comete furto simples e for condenada, ante a ausência de qualquer agravante ou causa de aumento ou diminuição de pena, será determinada a sanção de um ano de reclusão em regime aberto, conforme a regra do art. 33, § 2º:

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

- a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;
- b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;
- c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

A princípio, conforme a letra da lei, só seria condenado a regime mais gravoso que o aberto o agente reincidente, casos nos quais se determina: o regime semiaberto àqueles que têm a pena máxima fixada até o máximo legal, de quatro anos, e; o regime fechado, quando presentes causas de aumento da pena que façam a pena ultrapassar esse limite. Além disso, a

súmula 719/STF⁴ possibilita, em casos excepcionais, a condenação determinar o regime inicial mais gravoso nos casos nos quais o juiz considere que há motivação idônea para tanto. Também se consideram, jurisprudencialmente, as circunstâncias judiciais desfavoráveis como aptas à determinação de regime mais gravoso, ressaltando que o STF permite a consideração de múltiplas condenações anteriores como caracterizadoras tanto de reincidência como de maus antecedentes⁵

Conforme estabelecido no parágrafo primeiro do art. 155, será majorada pena, em um terço, se o acusado tiver cometido o crime de furto no horário da noite destinado ao descanso, ou seja, quando o bem estiver menos vigiado (como ensina Rogério Greco, caso não haja horário de descanso para fins de vigia do bem, como em um supermercado 24 horas, não se aplicará a causa de aumento).

Há ainda a possibilidade, inserida no § 2º, da pena ser substituída por detenção, diminuída em dois terços ou aplicada somente a multa penal, sendo que as duas primeiras previsões são cumulativas entre si. Nesses termos, quando o agente for réu primário e o bem for de menor valor econômico, fará jus a esses benefícios, caso chamado de furto privilegiado.

No furto privilegiado, como a lei não especifica o valor máximo do bem a ser considerado como de pequeno valor, a jurisprudência fixou o limite máximo de um salário mínimo do valor do objeto para que o réu seja apto a receber os benefícios do referido parágrafo.

Veja-se:

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. FURTO. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DE FURTO PRIVILEGIADO (ART. 155, § 2º, DO CÓDIGO PENAL): IMPOSSIBILIDADE. NÃO PREENCHIMENTO DO REQUISITO SEGUNDO O QUAL A COISA SUBTRAÍDA TEM DE SER DE PEQUENO VALOR.

1. Para o reconhecimento de furto privilegiado, o Código Penal exige como segundo requisito que a coisa objeto do furto seja de pequeno valor. Na espécie vertente, os bens subtraídos foram avaliados em R\$ 500,00, valor superior ao salário mínimo vigente à época do fato, R\$ 350,00 (Lei n.11.321/2006).

2. Recurso ao qual se nega provimento.

(HC 111138 MG, Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma, Rel. Min Carmen Lúcia, DJe 13/02/2012)

Cabe ainda ressaltar sobre essa modalidade de furto que a redação literal do código penal exige apenas a primariedade do réu, ou seja, que não tenha sido condenado (trânsito em

⁴ Sum. 719 — A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

⁵ “3. No caso, o paciente tem contra si diversos (e distintos) títulos condenatórios transitados em julgado. Donde não se falar em dupla valoração da mesma condenação (e, portanto, do mesmo fato) como maus antecedentes e como reincidência. Precedentes.” (HC 96.046, STF, Segunda Turma, Rel. Ayres Britto, DJe-084 de 02/05/2012).

julgado) por crime anterior ou que, mesmo com condenação passada, já haja transcorrido o chamado *período depurador* da condenação anterior, de cinco anos do cumprimento ou extinção da pena.

Ainda assim a jurisprudência brasileira vem exigindo pré-requisito mais rigoroso e, portanto, mais gravoso para o réu: deve ser tecnicamente primário e não ostentar maus antecedentes, ao menos para gozar integralmente dos benefícios elencados no § 2º do art. 155, como se verifica no seguinte julgado:

EMBARGOS INFRINGENTES. FURTO PRIVILEGIADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA DE RECLUSÃO PELA DE DETENÇÃO.

Apesar de ser tecnicamente primário, o réu evidencia tendência à prática delitiva. Assim, reconhecida a privilegiadora do artigo 155, § 2º, do Código Penal, a substituição da pena de reclusão pela de detenção é solução mais adequada ao caso dos autos. Embargos desacolhidos. Por maioria.

(Embargos Infringentes e de Nulidade Nº 70058095969, Quarto Grupo de Câmaras Criminais, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jucelana Lurdes Pereira dos Santos, Julgado em 28/03/2014)

É importante dizer que a pena de reclusão de 1 a 4 anos faz com que o furto não se encaixe na definição legal de crime com menor potencial ofensivo (até dois anos de prisão ou multa), o que inviabiliza a aplicação das medidas despenalizadoras da Lei nº 9.099/95, com exceção da suspensão condicional do processo, que é aplicável aos processos nos quais a pena mínima não seja superior a um ano. Assim, nos termos do art. 89, *caput*⁶, da referida legislação, caso o agente não esteja sendo processado ou tenha sido condenado por algum outro delito e não tenha cometido o furto no descanso noturno, poderá ter o processo suspenso por 2 a 4 anos caso cumpra as determinações apontadas no § 1º⁷ do mesmo artigo.

No que toca à possibilidade de penas restritivas de direito, o agente que comete furto pode ter a pena de prisão substituída pelas opções elencadas no art. 43⁸ do Código Penal. Essa possibilidade só será aplicada caso o agente satisfaça as condições previstas no art. 44 do código; no tocante ao crime de furto simples, importam não ser a pena superior a 4 anos, não ser o réu reincidente em crime doloso e aparentar ser cabível a medida alternativa ao réu em função de seus antecedentes, culpabilidade, conduta social e personalidade.

⁶ Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena.

⁷ § 1º I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; II - proibição de frequentar determinados lugares; III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz; e IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

⁸ Art. 43. As penas restritivas de direitos são: I - prestação pecuniária; II - perda de bens e valores; III - limitação de fim de semana; IV - prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; V - interdição temporária de direitos; VI - limitação de fim de semana.

Vistos estes aspectos sobre a pena, considera-se o furto simples um crime de médio potencial ofensivo (GRECO, 2014), já que tem pena mínima igual ou inferior a um ano, mas é julgado pela Justiça Comum, por ter pena máxima superior a dois anos.

Cabe, por fim, perceber, como pontua Salvador Netto, que a pena cominada ao furto diz muito sobre a gravidade atribuída ao tipo em comparação com outros crimes do código penal.

Nas palavras do autor:

Esse crime, na forma do *caput*, apresenta pena de reclusão de um a quatro anos, o que o torna igual ou mais grave se comparado aos delitos de autoaborto, aborto provocado por terceiro com consentimento da gestante, lesão corporal leve (inclusive quando praticada no contexto de violência doméstica - artigo 129, § 9º), abandono de incapaz, maus tratos, constrangimento ilegal, sequestro ou cárcere privado, dentre inúmeros outros. Importa perceber que os delitos propositadamente mencionados estão todos elencados no Título I, ou seja, são crimes contra a pessoa. Em tese, são responsáveis pela proteção de bem jurídico mais relevante do que o patrimônio. (2014, p.27)

Destaca ainda o autor que a pena indicada para o crime de furto é extremamente superior à relativa ao crime de dano (art. 163 do Código Penal), que tem pena mínima e máxima previstas de um a seis meses de detenção ou multa, diferença que “exige a reflexão se realmente ambas as modalidades delitivas estão a proteger, sob igual lógica, o mesmo bem jurídico, entendido como patrimônio ou, mais especificamente, a propriedade” (SALVADOR NETTO, 2014, p.28).

Ora, se a tutela do patrimônio fosse realmente destinada a proteger o patrimônio da vítima da mesma maneira em todos os tipos, não haveria sentido lógico em cominar ao furto uma pena maior do que ao dano, já que no segundo caso o agente impossibilita a vítima de reaver seu patrimônio de maneira permanente, ou, no mínimo, em condições normais de uso.

Por tal razão, é necessária a percepção de que o Código Penal não trata todos os crimes elencados em seu Título II sob a mesma lógica de punição, pois a simples tutela do patrimônio não é suficiente para explicar a imposição diferenciada de sanções previstas para os dois crimes em questão.

1.5 O princípio da insignificância

Em se falando de quaisquer modalidades de furto, o princípio da insignificância aparece como um vetor central de possibilidades para a não sujeição da pessoa que comete

crimes (em sentido formal) ao direito penal, o que se coaduna com o princípio da mínima intervenção ou da subsidiariedade do direito penal.

O chamado princípio da insignificância ou da criminalidade de bagatela deriva do Direito Romano, do brocardo “o pretor não cuida de coisas pequenas”⁹, mas foi inserido no direito penal na década de 70 do século passado pelo autor Claus Roxin. O seu conteúdo é uma forma de tentar afastar do Direito Penal as questões que podem ser vistas como insignificantes; no caso de crimes contra o patrimônio, quando o bem tutelado tiver valor ínfimo ao ponto de não ser relevante para este ramo do direito.

Para entender o funcionamento do princípio em questão, Rogério Greco (2014) esclarece que, no conceito analítico de crime, são essenciais os conceitos de fato típico, ilicitude e culpabilidade. A ilicitude diz respeito à comprovação de que o ato praticado é contra o ordenamento (existem ocasiões nas quais o fato é típico, mas há exceção permissiva na própria Lei penal que extirpa seu caráter ilícito), enquanto que a culpabilidade é o juízo de reprovação da conduta, que mensura a possibilidade concreta de um autor de um ato típico e ilícito ser passível de sofrer pena, quando se consideram sua imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta adversa.

Já no que toca o fato típico, sua configuração se subdivide nos elementos de conduta, resultado, nexos de causalidade e tipicidade. A conduta seria, conforme a teoria finalística, a ação ou omissão humana, consciente e voluntária, dirigida a um fim ilícito, sendo que o nexo de causalidade é a relação entre o ato praticado e o resultado obtido. A tipicidade do fato, em seu viés formal, é o enquadramento da conduta concreta do agente na norma penal descrita em abstrato.

Conforme explica o autor, é no elemento da tipicidade em que atuaria diretamente o princípio da insignificância. Contudo, seu conceito formal é insuficiente para explicar a aplicação de tal princípio.

Por tal motivo, o autor propõe que seria típico o ato que não apenas fosse antijurídico, como também materialmente típico, ou seja, se o dano causado é materialmente relevante ao direito penal.

A partir desta ideia, não seriam típicos os fatos que se enquadram na descrição formal do ilícito do código penal sem, contudo, ter tipicidade material. Dá-se o exemplo da pessoa que, ao dar ré no seu veículo sem a devida atenção, encosta em um pedestre e causa um arranhão em sua pele: o autor cometeu lesão corporal culposa, na forma do art. 303 do

⁹ *de minimis non curat praetor*

Código de Trânsito Brasileiro, porém o dano ínfimo à integridade da vítima descaracterizaria a tipicidade do ato.

Partindo desse raciocínio, porém na esfera patrimonial, pode-se dizer que é atípico o chamado crime de bagatela, no qual a conduta do agente é formalmente ilícita, mas representa dano desprezível à vítima em termos materiais: por exemplo, o sujeito que furta uma goma de mascar da padaria.

Assim sendo, diz-se que o princípio da insignificância tem relação direta com o princípio da proporcionalidade, à medida que não seria razoável utilizar a resposta penal para solucionar conflitos que giram em torno de bens com mínima expressividade econômica.

No direito brasileiro, apesar de a ausência de previsão legal, tal princípio é amplamente aplicado pela jurisprudência, que reconhece a necessidade do preenchimento de requisitos previamente estabelecidos nos julgados paradigmáticos sobre o tema.

No HC 84412, julgado pelo Supremo Tribunal, o princípio da insignificância (crime de bagatela) é explicado, bem como são condensados os referidos requisitos:

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGITIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL - CONSEQÜENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL - DELITO DE FURTO - CONDENAÇÃO IMPOSTA A JOVEM DESEMPREGADO, COM APENAS 19 ANOS DE IDADE - "RES FURTIVA" NO VALOR DE R\$ 25,00 (EQUIVALENTE A 9,61% DO SALÁRIO MÍNIMO ATUALMENTE EM VIGOR) - DOCTRINA - CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF - PEDIDO DEFERIDO. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL

- O princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: "DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR"

- O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social.

o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, ou seja, não considera o ato praticado como um crime, por isso, sua aplicação resulta na absolvição do réu e não apenas na diminuição e substituição da pena ou não sua aplicação. Para ser utilizado, faz-se necessária a presença de certos requisitos, tais como: (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada (exemplo: o furto de algo de baixo valor). Sua aplicação decorre no sentido de que o direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. (HC 84.412/SP, rel. Min. Celso de Mello, Segunda turma, DJ de 19/11/2004)

Por *mínima ofensividade da conduta do agente* aplicada aos crimes contra o patrimônio, é necessário olhar para o valor do bem atacado. Apesar de não existir, atualmente, um parâmetro para a consideração da insignificância do valor do bem amplamente aceito pela jurisprudência, cita-se, a título de exemplo, o julgado do STJ que resta caracterizada pela “subtração de bem móvel de valor equivalente a pouco mais de 23% do salário mínimo vigente no tempo do fato” (AgRg no HC 254.651-PE, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 12/3/2013, noticiado no informativo nº 516).

Contudo, além do valor do bem atacado, também há que se levar em conta, para este requisito, a presença de outros fatores que hajam de forma a caracterizar maior grau de periculosidade do ato, como o exemplo do caso julgado pelo STF que a configurou “não apenas em razão do valor do bem subtraído, mas principalmente em virtude do concurso de três pessoas para a prática do crime (o paciente e dois adolescentes). De acordo com a conclusão objetiva do caso concreto, não foi mínima a ofensividade da conduta do agente, sendo reprovável o comportamento do paciente.” (STF: HC 109.363/MG, rel. Min. Ayres Britto, 2.ª Turma, j. 11.10.2011, noticiado no Informativo 644)

Já no tocante à *nenhuma periculosidade da social da ação*, deve ser considerado o potencial de dano em concreto, no caso da absolvição por insignificância. Por esse aspecto, há de ser analisado o passado do acusado, já que reiteradas condutas formalmente típicas podem demonstrar maior grau de periculosidade, como pode se exemplificar pelo julgado também do Supremo Tribunal Federal no qual se considerou que “A habitualidade delitiva revela reprovabilidade suficiente a afastar a aplicação do princípio da insignificância (ressalva de entendimento da Relatora). Precedentes.” (HC 135.383/PR, rel. Min. Rosa Weber, Primeira turma, DJe de 22/09/2016)

No que diz respeito ao *grau de reprovabilidade da conduta*, se leva em conta a posição subjetiva do agente em relação à coletividade, caso em que o ato é considerado mais reprovável justamente por uma posição social ocupada pelo agente em determinado contexto.

Dá-se de exemplo o reiterado posicionamento jurídico no sentido de que a “alta reprovabilidade da conduta do militar que se aproveita do ambiente da caserna para subtrair aparelho celular de um colega de farda inviabilizam, na hipótese, a aplicação do princípio da bagatela” (HC 123.393/DF, Rel. Min. Rosa Weber. Primeira Turma, DJe de 03/09/2014).

Por fim, sobre o quesito de *inexpressividade da lesão jurídica provocada*, diz-se haver a necessidade de o prejuízo material efetivamente causado à vítima ser ínfimo. Por esse quesito, não restará caracterizada a insignificância quando o bem, a despeito de ser de baixíssimo valor, for essencial à vítima, como no caso em que “a bicicleta fora furtada de pessoa humilde e de poucas posses, que a utilizava para se deslocar ao seu local de trabalho, de modo a revelar que esse bem era relevante para a vítima, e cuja subtração repercutira expressivamente em seu patrimônio” (HC 94.765/RS, rel. Min. Ellen Gracie, 2.ª Turma, DJe de 30/03/2009).

Também não será inexpressiva a lesão que, embora cometida em razão de bem economicamente irrisório, venha a causar prejuízo maior do que o valor do objeto atacado, tendo como exemplo o feito em que “o valor da *res furtiva* é insignificante, um delito de bagatela (guarda-chuva e chave de roda), entretanto a vítima teve de desembolsar a quantia de R\$ 333,00 para recolocar o vidro quebrado, logo o valor total do prejuízo causado pelo paciente não é insignificante” (HC 96.003/MS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1.ª Turma, j. 02.06.2009, noticiado no Informativo 549).

Preenchidos cada um dos quatro requisitos, é imperativa a aplicação do princípio da insignificância, que implica no reconhecimento da atipicidade material do fato (tipicidade conglobante) por desproporcionalidade do fato motivador da ação à possível resposta do direito penal.

Recentemente, em 2015, o plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos HC’s 123734, 123533 e 123108, relativos a casos de furto, estabeleceu que a aplicação do princípio da insignificância deve ser analisada caso a caso. Esse posicionamento, inicialmente defendido pelo Min. Teori Zavascki, remonta à ideia de que a adoção indiscriminada do princípio da insignificância em casos de pequenos furtos, com qualificação ou reincidência, seria tornar a conduta penalmente lícita, de forma a dar abertura para práticas típicas da *justiça privada*. Por tais razões, pontuou o ministro que

“O Judiciário, que detém o monopólio da jurisdição, não pode, com sua inação, abrir espaço para que isso ocorra. É justamente para situações como essa que se deve prestigiar o papel do juiz da causa, a quem cabe avaliar, em cada caso concreto, a aplicação, em dosagem adequada, seja do disposto no art. 155, § 2º do

CP , seja da adequada aplicação do princípio constitucional da individualização da pena” (HC 123.108, STF, Plenário, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, Voto do Min. Teori Zavascki, DJ31 de 02/02/2016)

Finalmente, a título informativo, deve ser mencionado que, no novo projeto do Código Penal, o PLS nº 236, de 2012, se prevê a inclusão do princípio da insignificância na parte geral da lei penal, com a seguinte redação:

Art. 28 [...]

§1º Também não haverá fato criminoso quando cumulativamente se verificarem as seguintes condições:

- a) mínima ofensividade da conduta do agente;
- b) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento;
- c) inexpressividade da lesão jurídica provocada

1.6 Expectativas sobre o impacto do furto nas prisões

Considerados todos os aspectos teóricos e prático-jurídicos sobre o furto desenvolvidos nesse capítulo, se parte do entendimento de que o Código Penal destina mais poder punitivo do que seria necessário para tratar tal delito cometido contra o patrimônio e sem violência.

Ainda assim, na análise do crime por uma visão exclusivamente legalista, percebe-se que a pena de 1-4 anos de reclusão pode acarretar, em regra, a determinação de regime aberto. Em casos específicos, será possível a determinação do regime semiaberto, quando o autor for reincidente, e fechado, quando além de ser reincidente, sua pena ultrapasse o máximo legal.

A partir dessas constatações, considerando que o STF proíbe o cumprimento inicial da pena em regime mais gravoso do que o aplicável ao caso, é possível inferir que a expectativa do índice de encarceramento por furto simples tende a ser baixa, principalmente se considerado que há outros crimes aos quais se atribuem sanções muito mais gravosas no Código Penal.

Além disso, com a figura do furto privilegiado, bem como se considerada a aplicação do princípio da insignificância e mesmo a imposição de penas restritivas de direitos para substituir o encarceramento do autor, a tendência seria o número ficar ainda menor.

De maneira bem diferente do que a expectativa levantada pela breve reflexão aqui traçada, constata-se na base de dados coletados sobre o sistema prisional brasileiro pelo Ministério da Justiça em 2014, o Sistema Integrado de Informação Penitenciária – INFOPEN, que o furto simples é um dos crimes que mais encarceram pessoas no Brasil.

O documento mostra que, num universo de 245.821¹⁰ pessoas presas, 14.740 (cerca de 6%) se encontravam encarceradas em razão do cometimento de furto simples; valor que fica abaixo apenas dos casos dos crimes de tráfico de drogas (55.920), roubo qualificado (34.118), homicídio qualificado (18.119) e roubo simples (16.673).

Assim, a aparente contradição entre os aspectos legais do furto simples e os dados alarmantes sobre o aprisionamento das pessoas que são condenadas por esse tipo levanta o questionamento sobre a funcionalidade e a adequabilidade da pena atribuída ao delito, bem como sobre qual seria a real ideologia operacionalizada por trás de um sistema punitivo que mantém presas tantas pessoas por um ato, aparentemente, de menor ou médio potencial ofensivo.

Uma das possíveis explicações do furto simples ter índice tão alto de encarceramento está relacionado à grande quantidade de presos sem condenação nos cárceres brasileiros: o INFOPEN mostra que no caso de 41% das pessoas aprisionadas no país sequer houve condenação por algum crime (prisões temporárias e preventivas).

De qualquer forma, para entender profundamente os motivos da desproporcionalidade da punição cominada ao furto, bem como os alargados níveis de encarceramento derivados do delito, é necessária uma análise que não parta simplesmente da letra da Lei ou da análise de dados previamente estabelecidos.

Nesse sentido, a área de estudo do direito denominada de criminologia crítica se mostra como uma ferramenta útil ao entendimento da criminalização e do encarceramento derivados da prática do delito, pois se foca “na análise dos sistemas punitivos em suas manifestações empíricas, em sua organização e em suas funções reais.” (BARATTA, 2003, p. 3).

Dessa forma, utilizando a crítica criminológica como ponto de partida, apta a funcionar como lente interpretativa para a análise do texto legal e dos dados de encarceramento, dá-se o objetivo de entender os mecanismos específicos usados pelo sistema penal no combate a tal crime contra o patrimônio capazes de gerar essa aparente discrepância entre legalidade e empiria.

¹⁰ O número usado no INFOPEN para discriminar as pessoas presas em razão do tipo penal é muito inferior ao da população prisional brasileira, que era de 607.731 pessoas até a data, pelo fato de que grande parte dos presídios não repassou as informações necessárias para a aferição de tal variável.

CAPÍTULO 2 — DESCONSTRUINDO O SISTEMA PENAL: A IRRACIONALIDADE QUE OCULTA O RACISMO, A DESIGUALDADE SOCIAL E A INEFETIVIDADE DA PENA

2.1 Análise dos sistemas punitivos em suas manifestações empíricas

A real operacionalidade dos sistemas penais é apontada por Zaffaroni (2001) como o objeto sobre o qual se debruça a criminologia. Entretanto, os estudos criminológicos se iniciam numa perspectiva positivista, através da observação dos criminalizados. A criminologia nasce, no século XIX, como o estudo “das causas do crime e o desenvolvimento de remédios para combatê-lo” (FLAUZINA, 2006, p. 17).

Esse campo de estudo surge através da obra de autores italianos, como Cesare Lombroso e Enrico Ferri, que tinham o objetivo de descobrir as características detectáveis nas pessoas que manifestassem tendência a cometer crimes. Para isso, definiu-se como foco principal desse campo de estudo a pessoa do criminoso, procurando encontrar semelhanças (fossem fisiológicas, no caso de Lombroso, ou ainda sociais e psíquicas, como na teoria de Ferri) entre as pessoas criminalizadas a fim de se chegar a uma resposta de caráter objetivo que identificaria as anormalidades que levam as pessoas a delinquir.

Assim, a criminologia positivista estabeleceu um método tautológico de percepção da criminalidade, tendo em vista que estudava as características das pessoas na própria cadeia ou manicômio para legitimar suas prisões (ou seja, depois que haviam sido selecionadas pelo direito penal). Sua maior falha consistia em desconsiderar a hipótese de que tais características poderiam ser justamente a razão pela qual as pessoas se encontravam no cárcere, não os atos ilícitos que pudessem ter praticado.

Por isso, diz Isabella Miranda que este modelo de criminologia criou “uma visão estereotipada do criminoso, associada à clientela prisional e aos baixos estamentos sociais, consolidando um verdadeiro preconceito em termos de criminalidade” (2015, p. 27) que até hoje causa impacto na sociedade.

Criticando a perspectiva criminológica positivista, por volta dos anos 50 e 60 do século XX nasce uma forma de perceber a criminalidade. Desenvolvida principalmente no interior da Escola de Chicago, nasce a teoria do etiquetamento social (*labelling approach*), que inaugurou o chamado paradigma da reação social.

Como aponta Flauzina (2006, p. 18), a inovação da teoria do etiquetamento foi deixar de conceber as condutas criminalizadas como realidade ontológica pré-constituída. Assim, o cometimento de delito deixa de ser visto como desvio natural da personalidade do

agente, por se considerar que o desvio é justamente uma criação da sociedade - nas palavras da autora, mudança que *inverteu os sinais da equação* na análise criminológica.

Essa vertente criminológica defende que uma sociedade escolhe quais condutas não serão aceitas pela coletividade, que são definidas como desviantes. A partir daí, criminaliza o desvio, sendo que a aplicação das leis criminalizadoras se dá em consequência da reação social ao suposto crime cometido por determinadas pessoas, que acabam sendo qualificadas como marginais em razão desse processo.

Dessa forma, o *status* de criminoso funciona como uma etiqueta atribuída de maneira discricionária à pessoa alvo da reação social. Por tal motivo, é forçosa a percepção de que as características naturais das pessoas ou mesmo sua posição na pirâmide social não influenciariam, *a priori*, no que se poderia chamar de tendência à criminalidade. Isso porque a criminalização seria um fator externo ao sujeito ativo do crime: uma pessoa poderia cometer uma conduta que se encaixa exatamente na definição legal de crime, mas não seria criminalizada caso não houvesse uma reação social à prática do ato tido como desviante.

A partir de tal linha de raciocínio, Miranda (2015, p. 29-30) explica que, para tal teoria, a etiqueta de criminoso é distribuída apenas aos sujeitos considerados como desviantes e perigosos, situação na qual se reconhece e demarca a criminalidade enquanto característica de determinada pessoa. Esse processo ocorreria em duas etapas de controle social: no controle social informal ou difuso, exercido pelas igrejas, família, escola, mídia e etc. e no controle social formal institucionalizado, circunscrito nas leis penais, processuais penais, penitenciárias e outras agências do sistema penal.

Essa etiqueta seria extremamente importante na análise da criminalidade, por produzir resultados de ordem externa e interna aos sujeitos à reação social, que funcionariam de maneira complementar entre si. A partir dessa perspectiva, uma pessoa poderia ser criminalizada por apresentar características identificadas em massa como desviantes quando da prática de um ato e, ao mesmo tempo, poderia ser induzida a cometer crimes por já se existir uma expectativa social constante sobre o agente que é visto como perigoso (assume o papel que lhe é atribuído socialmente).

Apesar de representar essencial giro paradigmático no estudo da criminologia, a teoria do etiquetamento, pela visão aqui defendida, ainda não foi suficiente, por si só, para explicar a complexidade dos mecanismos operados pela criminalização nos sistemas penais.

Miranda (2015) aponta que a crítica direcionada à teoria do etiquetamento social se baseia no fato de que essa visão deixa de analisar o mérito das ações que são criminalizadas,

ou seja, não investiga os motivos pelos quais determinadas práticas são criminalizadas e outras não.

Nesse contexto surge a criminologia crítica, como uma nova forma de entender a criminalização, baseada em críticas a todas as teorias que a antecederam. Essa nova forma de conceber a criminalidade adota até certo ponto a teoria do etiquetamento, no que diz respeito ao reconhecimento da criminalização enquanto fenômeno social de rotulação de indivíduos, mas avança em suas análises, fortemente influenciadas pelo marxismo, ao considerar a dimensão do poder como essencial ao entendimento da realidade do sistema penal.

Assim, a criminologia crítica se consolida como a teoria que pretende explicar o etiquetamento das pessoas como criminosas num contexto em que o direito penal é usado para proteger determinados bens jurídicos, relevantes ao sistema econômico e social, da ação de pessoas que seriam perigosas ao próprio sistema, objetivando a “manutenção da escala vertical da sociedade, das relações sociais de desigualdade que são reproduzidas na construção social de criminalidade” (MIRANDA, 2015, p. 31).

2.2 Discrepância entre ser e dever ser

A partir da perspectiva da criminologia crítica, nasce a possibilidade de se tecer uma análise mais pormenorizada da arquitetura do direito penal. Falar em criminalização sem levar em conta a dimensão de poder é impossível, principalmente num país em que a população carcerária ultrapassa, como relatado no INFOPEN, o patamar de 600.000 pessoas.

A princípio, é necessário destacar que os dados relativos à real operacionalidade do sistema penal não podem ser explicados pela simples aplicação geral e abstrata da norma. Como se viu no caso do furto simples, a criminalização de um delito ao qual se comina pena moderada (em comparação com outros mais graves) pode produzir altíssimos níveis de encarceramento, o que demonstra uma lacuna entre lei penal e prática punitiva.

Sobre esse fenômeno, Eugênio Raúl Zaffaroni, na obra *Em busca das penas perdidas*, pontua que:

Na criminologia de nossos dias, tornou-se comum a descrição da operacionalidade real dos sistemas penais em termos que nada têm a ver com a forma pela qual os discursos jurídico-penais supõem que eles atuem. Em outros termos, a programação normativa baseia-se em uma “realidade” que não existe e o conjunto de órgãos que deveria levar a termo essa programação atua de forma completamente diferente.
(2001, p. 12)

Assim, a falta de correspondência do discurso jurídico-penal com a realidade que ele próprio cria implica no reconhecimento de sua falsidade. Conforme defende o autor, nos países da América Latina os sistemas penais, que deveriam se basear na dignidade da pessoa humana, não só por força constitucional e legal, mas também em virtude de compromissos assumidos em tratados internacionais sobre direitos humanos, são marcados por tamanha crueldade — dor e morte —, de tal maneira que não há possibilidade de se considerar esse discurso como verdadeiro.

Nesse contexto, percebe-se que a falsidade do discurso jurídico-penal é nítida e, portanto, não pode ser ignorada por quem se atente minimamente à realidade do poder punitivo. Conforme elabora Zaffaroni, “sempre se soube que o discurso penal latino-americano é falso” (2001, p.14), contudo o uso desse discurso feito de forma acrítica pela comunidade jurídica pode ser explicado por não existir, atualmente, outro que o substitua na tarefa de garantir o direito de algumas pessoas — a visão de que a permanência de tal racionalidade fajuta é obra de má fé implicaria numa visão maniqueísta, caindo num simplismo inapto a explicar a realidade punitiva.

A partir da comprovação da falta de correspondência entre lei penal e prática punitiva, somada com a descrença na capacidade de resposta penal do Estado e mesmo pela percepção da seletividade, reprodução de violência e corrupção institucionalizada que permeia o sistema, há quem defenda — inclusive dentre os setores progressistas — que se enfrente uma crise do penalismo contemporâneo. Porém, como explica o autor, não pode se dar outro significado a crise senão como o momento pelo qual a falsidade desse discurso se torna escancarada, já que tais características se apresentam como estruturais nesse sistema.

Para aprofundar o entendimento dos motivos pelos quais o discurso penal é falso, é necessária uma análise pormenorizada sobre os pontos de sustentação da juridicidade penal, quais sejam a legalidade e a legitimidade do sistema.

A legitimidade do sistema penal é outorgada pela suposta racionalidade empregada em sua elaboração, já que um saber voltado ao dever-ser necessita ser um meio efetivamente viável para que se alcance os resultados esperados. Nesses termos, Zaffaroni explica que essa racionalidade deve ser entendida como a soma entre a coerência interna do discurso jurídico-penal com o seu valor enquanto verdadeiramente aplicável à nova operatividade social.

A coerência interna do discurso jurídico-penal cai por terra, a princípio, com a percepção que ele próprio é contraditório em si. Tanto assim o é que a argumentação conclusiva comumente utilizada na América Latina para explicar a finalidade das normas,

baseada numa visão positivista da ciência, remete à “vontade do legislador”. Essa inaptidão de estabelecer um sentido de existir mais concreto às leis demonstra a incapacidade do discurso jurídico-penal se organizar de maneira coerente, já que legitima a Lei na própria Lei.

Além da falta de coerência interna, percebe-se também que esse discurso é problemático por não ser compatível com os direitos fundamentais da pessoa humana (o que o autor chama de *fundamentação antropológica básica*). Se é verdade que o direito serve às pessoas e não o contrário, ele deveria se basear na “consideração do homem como pessoa” (ZAFFARONI, 2001, pg. 17). Nesse sentido, a percepção de que os sistemas penais latino-americanos são marcados por dor e morte desqualificaria o discurso jurídico-penal enquanto compatível com o respeito aos princípios gerais de direitos humanos, motivo pelo qual se mostra incoerente também para com o direito como um todo.

Já no que toca à sua possibilidade de operacionalidade efetiva na sociedade contemporânea, é essencial a compreensão de que o dever-ser penal não é alcançável por não ser verdadeiro nem em um nível abstrato (adequação de meio a fim), quanto menos em nível concreto (adequação operativa ínfima conforme planificação). Em outros termos, o discurso jurídico-penal é falso porque parte de uma realidade inexistente que pretende se transformar em outra inalcançável pelos meios que propõe.

Nas palavras de Zaffaroni:

O discurso jurídico-penal não pode desdenter-se do “ser” e refugiar-se ou isolar-se no “dever-ser” porque para esse “dever ser” seja um “ser que ainda não o é” deve considerar o *vir-a-ser possível do ser*, pois, do contrário, converte-a em um *ser que jamais será*, isto é, num *embuste*. Portanto o discurso jurídico penal socialmente falso também é *perverso*: torce-se e retorce-se, tornando alucinado um exercício de poder que oculta ou perturba a percepção do verdadeiro exercício do poder.
(2001, p.19)

Dessa forma, sendo irracional o discurso que legitima o direito penal, não há como se sustentar que a legalidade do sistema é que daria legitimidade ao mesmo. A visão positivista que legitima o aparato punitivo do Estado apenas por estar cumprindo o que é estabelecido por lei se mostra, assim, como disfuncional, além de demonstrar a total incapacidade de fundamentar o poder em razões concretas, já que esse não pode ser visto como um fim em si próprio - o direito serve às pessoas, não o contrário.

Assim, a adoção da argumentação positivista de legitimação do direito em sua própria aplicação revela um grande esforço para dotar esse campo de completude lógica, o que não significa dizer que ele seja aplicável ou mesmo desejável frente à realidade social:

muito pelo contrário, Zaffaroni defende que esse tipo de discurso tende a criar uma ciência alienante.

Além do mais, explica o autor que não se pode afirmar sequer que as agências penais atuam conforme a legalidade, seja ela considerada em sentido material ou mesmo processual. Isso porque a real operacionalidade do sistema penal não aplica os dois princípios nos quais se divide a ideia de legalidade: o *princípio de legalidade penal*, que vincula o exercício do poder penal aos limites previamente estabelecidos para a punibilidade e; o *princípio da legalidade processual*, que determina que todo e qualquer ato praticado sob a jurisdição do Estado que se encaixe na definição de crime deverá ser processado e julgado.

Para Zaffaroni, é nítido que o sistema renuncia à legalidade quando deixa de fora da tutela penal uma infinidade de intervenções estatais que fazem uso do poder punitivo, como as institucionalizações manicomiais, a tutela dos menores e o assistencialismo para com as pessoas idosas. Essas funções são deixadas a cargo exclusivamente da administração pública propriamente dita (poder executivo) - fenômeno a que se dá o nome de *administrativização*:

A perversão do discurso jurídico-penal faz com que se recuse, com horror, qualquer vinculação dos menores (especialmente dos abandonados), dos doentes mentais, dos anciões e, inclusive, da prostituição com o discurso jurídico-penal, embora submetam-se todos esses grupos a institucionalizações, aprisionamentos e marcas estigmatizantes autorizadas ou prescritas pela própria lei que são, num todo, semelhantes - e, frequentemente, piores do que as abrangidas pelo discurso jurídico-penal. (ZAFFARONI, 2001, p.22)

Nesse contexto, o processo de administrativização funcionaria de forma a excluir do controle legal uma série de medidas que fazem uso do poder punitivo (sequestro, inspeção, controle, buscas, etc), deixando sob a tutela penal apenas uma parte ínfima desses casos, aquela estabelecida pelo poder legislativo como penalmente relevante.

A partir da compreensão desse processo, percebe-se que o direito penal abre mão da tutela judicial do “verdadeiro e real poder do sistema penal” (ZAFFARONI, 2001, p. 22), que é o poder configurador desse campo, destinado a exercer influência positiva (que induz o comportamento) sobre a sociedade. Nesse contexto, o poder repressor do Estado submetido à tutela jurídica funcionaria apenas como instrumento acessório a tal fim, representado seu verdadeiro limite.

O poder configurador, então, seria exercido apenas pelas agências executivas, como a polícia, os órgãos assistenciais, o conselho tutelar, etc., estando essa atuação majoritariamente fora dos crivos da análise legal.

Em se falando especificamente da seara patrimonial, percebe-se que a atuação de agentes encarregados de proteger a propriedade privada (não apenas policiais, como também seguranças particulares) permite a realização de vigilância, perseguição, revistas e uso de força física direcionadas às pessoas que são arbitrariamente consideradas como suspeitas, atos nos quais não se observa qualquer garantia penal limitadora da prática punitiva, já que são realizados rotineiramente e, em regra, fora do alcance jurisdicional.

Por tal razão, percebe-se que a lei penal sancionadora é usada como pretexto para que o Estado (ou mesmo alguns agentes privados), sem se submeter ao crivo limitador do direito, exerça vigilância disciplinar ostensiva sobre as cidadãs e cidadãos, caracteristicamente vertical e militarizada, seja nos locais públicos ou privados. Nesse processo, fica nítida a pretensão estatal de regular todas as condutas praticadas no cotidiano que estiverem ao seu alcance, já que à autoridade é garantida a legitimidade para intervir em todo e qualquer ato que suspeite gozar de ilegalidade, suspeição essa que, na prática, não necessita preencher quaisquer requisitos de ordem objetiva para restar caracterizada.

Para além do processo de administrativização, defende o autor que a própria atuação dentro do sistema penal formal não respeita os limites da legalidade, já que muitos atos que se enquadram no conceito de crime são ignorados pelas agências penais.

Ora, se são limitados os números de agentes do sistema penal, em especial o contingente policial, é impossível que sejam investigados, processados e julgados todos os delitos cometidos no território, sendo que muitos sequer serão conhecidos pelo poder público. Assim, na criminologia crítica, se chama de cifra oculta da criminalidade a imensa parte dos crimes que não chegam ao alcance das agências penais, sendo que Alessandro Baratta afirma serem seguramente mais de 90% dos delitos cometidos (FLAUZINA, 2006).

A partir da existência da cifra oculta na atuação punitiva, indaga-se qual seria, então, a forma pela qual seriam selecionados os crimes que vão parar no sistema judicial. A proposta de Zaffaroni é que:

Diante da absurda suposição - não desejada por ninguém - de criminalizar reiteradamente toda a população, torna-se óbvio que o sistema penal está *estruturalmente* montado para que a legalidade processual não opere e, sim, para que exerça seu poder com altíssimo grau de arbitrariedade seletiva dirigida, naturalmente, aos setores vulneráveis. Esta seleção é produto de um exercício de poder que se encontra igualmente em mãos dos órgãos executivos, de modo que também no sistema penal “formal” a incidência seletiva dos órgãos legislativo e judicial é mínima. (ZAFFARONI, 2001, p. 27)

Por tal razão, pode-se afirmar que a existência da cifra oculta do direito penal é o primeiro indício de que o sistema é extremamente seletivo e, se assim o é, estarão na mira do aparato punitivo apenas as pessoas com menos capacidade de se defender contra o Estado.

Por fim, no que tange a desobediência à legalidade pelo sistema penal, Zaffaroni ainda fala de um exercício de poder abertamente ilícito por parte das agências penais.

Como relatado pelo Informe Anual 2015/2016 da ONG Anistia Internacional¹¹, é alarmante a atuação policial no Brasil. Esse documento relata a prática exacerbada de homicídios policiais (raramente investigados), bem como a realização sistemática de tortura e maus tratos, seja dentro ou fora do presídio, por tais agentes (pgs. 82-84).

Além do mais, Zaffaroni cita a existência atividades extorsivas cometidas pelas agências penais, ligadas ao mercado ilícito (jogos de azar, prostituição, contrabando, tráfico de drogas, etc), que são praticamente indetectáveis por relatórios de organismos de direitos humanos — dada sua invisibilidade perante as instituições públicas —, apesar de serem amplamente conhecidas enquanto parte do sistema.

Por todas essas razões, o que aqui se defende é que a aparente contradição entre o discurso jurídico-penal e a sua real operacionalidade não é obra do acaso: o direito penal contemporâneo, não só enquanto lei e jurisprudência, mas também em seus aspectos “doutrinários”, se baseia em um saber completamente deslocado da realidade, de tal forma que mesmo suas bases de justificação, quais sejam a legalidade e a legitimidade do sistema, demonstram ser apenas uma narrativa muito bem construída no plano teórico (completude lógica), que, contudo, não encontra qualquer correspondência com a prática do poder punitivo.

A partir desse entendimento, percebe-se que a aparente contradição entre as disposições legais sobre a criminalização do furto simples, que comina pena relativamente baixa ao crime e, portanto, só deveria efetivamente prender pessoas em casos excepcionais, e o altíssimo número de encarceramento gerado em razão desse tipo se mostra não como exceção, mas como regra em um sistema no qual se opera um discurso completamente deslocado da realidade.

2.3 A seletividade do sistema penal

¹¹ ONG Anistia Internacional. “Informe Anual 2015/2016: O Estudo dos Direitos Humanos no Mundo”. Disponível em: https://anistia.org.br/wp-content/uploads/2016/02/Informe2016_Final_Web-1.pdf. Acesso em 06 de novembro de 2016.

Dada a percepção de que o discurso jurídico-penal é deslocado da realidade, começa-se a questionar até que ponto os princípios gerais que norteiam esse campo de saber seriam válidos quando se pensa na realidade operacional do direito penal.

2.3.1 Seleção criminalizante

Como se sabe, por mandamento constitucional, o princípio da igualdade perante a lei é um dos principais norteadores do Estado Democrático de Direito. Considerado esse princípio, reconhece-se enquanto ilegítima e ilegal toda atuação estatal que faz diferenciação entre os cidadãos.

No direito penal, o princípio da isonomia se materializaria, então, quando uma lei geral e abstrata é editada e sancionada, de forma que todos os cidadãos, sabendo que aquela conduta é anti-jurídica, devessem se abster de praticá-la e, caso não o fizessem, seriam condenados em juízo por desrespeito ao que se convencionou coletivamente.

Conforme explicam Nilo Batista e Eugenio Zaffaroni, se dá o nome de criminalização primária àquela construída de forma geral e abstrata. No caso do furto simples, por exemplo, a criminalização primária seria a edição da lei que atribui a pena de um a quatro anos de reclusão a toda pessoa que subtrai, para si ou para outrem, coisa alheia móvel.

Noutro plano, a criminalização secundária seria a aplicação da lei geral abstrata ao caso concreto, como na situação na qual o policial captura e encaminha à delegacia um sujeito preso em flagrante ao cometer um furto, a fim de que seja condenado por tal ato.

Ocorre que, como antes mencionado, no sistema penal existe uma *cifra oculta* gigantesca de casos que não chegam ao conhecimento do poder público, motivo pelo qual menos de 10% dos atos tipificados efetivamente praticados dentro do território nacional serão flagrados e, conseqüentemente, perseguidos pelo poder público. Assim, a criminalização secundária tem um alcance limitadíssimo, que dependerá de uma série de variáveis para realmente acontecer, o que viabiliza a afirmação no sentido de que no sistema penal “a impunidade é sempre a regra e a criminalização secundária, a exceção [...]” (Zaffaroni, pg. 45, 2011).

Dessa forma, sendo a criminalização secundária a exceção, começa-se a questionar sobre quais são os critérios usados pelas agências executivas para exercerem essa tarefa. A depender de quais sejam, a vulnerabilidade perante o poder punitivo do Estado será maior ou menor para determinados segmentos da sociedade.

Primeiramente, aponta-se que as agências executivas conseguem detectar com muito mais facilidade aqueles delitos que são cometidos de modo grosseiro e, portanto, facilmente perceptíveis, casos chamados pelos autores de *obra tosca da criminalidade*.

Como se sabe, nas sociedades contemporâneas se adquire conhecimento e se desenvolvem habilidades específicas a depender da posição social ocupada por cada pessoa, em virtude do acesso diferenciado à educação disponível às diferentes camadas da pirâmide social.

Assim, partindo do entendimento que a obra tosca da criminalidade será mais alvo de criminalização secundária, infere-se que serão justamente as pessoas da base da pirâmide as mais facilmente miradas pelo sistema penal, já que o menor acesso ao conhecimento impossibilita o cometimento de delitos de forma mais elaborada.

Por consequência, se os crimes mais facilmente detectáveis pelos agentes executivos são os cometidos pela população mais desprivilegiada no acesso à educação, no Brasil majoritariamente pobre e preta, os preconceitos de raça e classe começam a ser reforçados no interior do sistema penal, de forma que o aparelho do Estado se vira quase que exclusivamente para esses segmentos quando da criminalização secundária.

Sobre esse processo de criação de estereótipos, Zaffaroni e Batista apontam que “os atos mais grosseiros cometidos por pessoas sem acesso positivo à comunicação acabam sendo divulgados por esta como os *únicos delitos* e tais pessoas como os *únicos delinquentes*” (2011, p.46). Nesse contexto, o estereótipo criado no imaginário coletivo da figura do “delinquentes” abrangeria componentes não apenas étnicos e de classe social, como também de gênero e estéticos, já que essas características têm relação direta com a *desvalorização* das pessoas no plano comunicativo.

Esse estereótipo ou etiqueta de delinquentes se torna o principal critério seletivo da criminalização secundária. É a partir dessa percepção que se explica a relação traçada pelo biologismo criminológico entre a “feiura” das pessoas e sua tendência a cometer crimes: as características apontadas como causa do delito eram, em verdade, causa da criminalização. Essa etiqueta, em muitos casos, se tornaria realidade, quando a pessoa assumisse o papel vinculado ao estereótipo que lhe é atribuído socialmente.

A partir da compreensão dos processos de seletividade na criminalização secundária, Zaffaroni e Batista apontam que:

O poder punitivo criminaliza selecionando: **a)** as pessoas que, em regra, se enquadram nos estereótipos criminais e que, por isso, se tornam vulneráveis, por serem somente capazes de obras ilícitas toscas e por assumi-las

desempenhando papéis induzidos pelos valores negativos associados ao estereótipo (*criminalização conforme ao estereótipo*); **b**) com muito menos frequência, as pessoas que, sem se enquadrarem no estereótipo, tenham atuado com brutalidade tão singular que se tornaram vulneráveis (autores de homicídios intrafamiliares, de roubos neuróticos etc.) (*criminalização por comportamento grotesco ou trágico*); **c**) alguém que, de modo muito excepcional, ao encontrar-se em uma posição que o tornara praticamente invulnerável ao poder punitivo, levou a pior parte em uma luta de poder hegemônico e sofreu por isso uma ruptura na vulnerabilidade (*criminalização devida à falta de cobertura*). (2011, p. 49)

Nessa perspectiva, se constata a existência de uma espécie de filtro de criminalização secundária dentro do sistema penal, funcionando de modo em que a grande maioria das pessoas condenadas ao cárcere serão advindas das camadas mais vulnerabilizadas pelo sistema, sendo que os poucos casos nos quais esse padrão não é seguido funcionam como exceção que confirma a regra do poder punitivo.

Porém, não se deve pensar que a seletividade do sistema se encontra apenas na etapa de criminalização secundária; a própria edição das leis penais já se mostra seletiva. “A criminalidade típica dos agrupamentos mais vulneráveis é gravemente apenada, a despeito de produzir efeitos, em termos de coletividade, menores do que muitos crimes típicos das elites” (ZAFFARONI e BATISTA, 2006, p. 25).

No que diz respeito à defesa da propriedade, tal afirmação é facilmente passível de demonstração. No ordenamento brasileiro, existem muitas formas de agressão ao patrimônio, sendo que apenas algumas delas são criminalizadas e, quando o são, recebem tratamento penal diferentes entre si.

A título de exemplo, cita-se que o tratamento penal direcionado aos crimes contra a ordem tributária — que também versam sobre lesão patrimonial — é significativamente diverso daquele dado aos *crimes contra o patrimônio* propriamente ditos.

Como se abordou anteriormente, por disposição do Código Penal, o furto é perseguido através de ação penal pública incondicionada. Após instaurado o processo, apenas não será aplicada a sanção cominada para o delito quando se comete furto contra bem de valor ínfimo (princípio da insignificância). Ou seja, após furtar o bem, não há nada que o agente criminalizado possa fazer para se livrar da punibilidade por seu ato.

De modo muito diferente funciona o tratamento dos crimes contra a ordem tributária praticados por particulares, indicado nos arts. 1^o¹² e 2^o¹³ da Lei nº 8.137/90.

¹² Art. 1^o Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: (Vide Lei nº 9.964, de 10.4.2000)
I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

Assim como o furto, são crimes cometidos sem uso de violência e contra o patrimônio. Se diferem, porém, na figura do sujeito passivo do crime: são cometidos em desfavor do ente público, que, ao menos em tese, deveria ser mais protegido do que o privado, já que o princípio da supremacia do interesse público rege toda a atuação do Estado.

Contudo, a diferença gritante no tratamento entre tais crimes e furto é que, nas hipóteses em que o agente pratica crime contra a ordem tributária, existe a possibilidade de extinção da punibilidade pelo pagamento do débito tributário. Essa compensação não tem limitação de valor e pode ser realizada a qualquer momento (antes ou depois da denúncia), na forma cristalizada pelo art. 9º, § 2º, da Lei 10.684/2003¹⁴ e confirmada no julgamento da ação penal 516/DF pelo Supremo Tribunal Federal.

Além disso, nos crimes contra a ordem tributária, o valor fixado como limite para a aplicação do princípio da insignificância é infinitamente maior ao aceitável para o furto: conforme se verifica em precedente do STF, “o princípio da insignificância deve ser aplicado no delito de descaminho quando o valor sonegado for inferior ao montante mínimo de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) legalmente previsto no art. 20 da Lei nº 10.522/02, com a redação dada pela Lei nº 11.033/04” (HC 100.369, STF, Primeira Turma, Rel. Min, Ayres Britto, DJ-e 116 de 25/05/2010).

II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;

IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;

V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.

Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso

¹³ Art. 2º Constitui crime da mesma natureza:

I - fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo;

II - deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos;

III - exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida de imposto ou de contribuição como incentivo fiscal;

IV - deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento;

V - utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública.

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

¹⁴ § 2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios.

O comparativo entre os dois casos deixa evidente que não há justificativa racional para que os dois crimes recebam tratamento tão diferenciado. Sem dúvida alguma, o empresário que sonega milhões de reais dos cofres públicos, privando a sociedade de recursos a serem potencialmente investidos em políticas sociais ou programas econômicos, lesa mais a coletividade do que o agente que furta um objeto pessoal de alguém. Apesar disso, o primeiro não sofrerá qualquer consequência penal caso venha a pagar o que *furtou* do Estado, enquanto que o segundo não conta com qualquer mecanismo legal de reparação à vítima caso queira se eximir da pena.

Linhas de raciocínio semelhante pode ser usada para pensar os casos de lesão patrimonial por descumprimento de contrato. Como aponta Salvador Netto (2014), o inadimplente de um contrato pode causar severos prejuízos à outra parte, mas não correrá risco de ser preso, já que esse tipo de lesão não é criminalizado.

Tanto na hipótese do crime contra a ordem tributária como no inadimplemento contratual, é necessário perceber que ambas as modalidades de lesão pressupõem um poder aquisitivo mínimo por parte dos seus praticantes — só é passível de cometer sonegação quem tem dinheiro suficiente para ser obrigado a pagar impostos, assim como só firma contrato o sujeito com o mínimo de poder aquisitivo para tanto. Em sentido contrário, os *crimes contra o patrimônio* propriamente ditos (o que inclui o furto simples) podem ser cometidos por qualquer pessoa, independente de suas posses e bens.

A partir desses apontamentos, é possível afirmar que a criminalização primária de agressões patrimoniais trata

[...] na realidade, menos da tutela do patrimônio em si e mais da defesa das formas corretas e privadas de transmissão de bens, impedindo que os não proprietários se coloquem contra os proprietários, com a finalidade de subtraírem os poderes factuais sobre bens vulneráveis. Sob esse prisma, as descrições de comportamentos surgem no ordenamento jurídico com atributos de *imparcialidade*, isto é, estabelecendo normativamente que qualquer cidadão que as realizar estará sancionado com as penas cominadas. Porém, essa igualdade potencial de cometimento do delito, destacadamente nas modalidades contra o patrimônio, não sobrevive à análise da realidade, eis que aí se percebe que a forma de criminalização, pela sua própria construção intrínseca, é muito mais cometida pelo sujeito economicamente desfavorecido, o qual rompe as regras do jogo econômico para a obtenção de suas satisfações materiais. (SALVADOR NETTO, 2014, p. 157)

Assim, reforça-se mais uma vez a existência da seletividade no sistema penal, que já se inicia na criminalização primária, sendo nítido que a fixação de pena não leva em conta a gravidade do crime, mas acaba, em verdade, punindo mais quem já é sistematicamente vulnerabilizado pela criminalização secundária.

No caso brasileiro, as mencionadas teses da seletividade são corroboradas pelos dados coletados no INFOPEN (2014).

Conforme se atesta no documento, os presídios têm sobrerrepresentação de pessoas negras: enquanto que a porcentagem de negros e negras na sociedade brasileira era de 51% em 2014, esses representavam 67% da população carcerária.

Já em relação à escolaridade dos detentos, se atestou sobre a população prisional que: 6% eram analfabetos; 9% eram alfabetizados sem curso regular; 53 % tinham ensino fundamental incompleto; 12% completaram o ensino fundamental; 11% iniciaram o ensino médio; 7% concluíram o ensino médio; 1% iniciou o ensino superior; e 1% concluiu o ensino superior. Esses dados apontam a existência não apenas da seletividade do sistema penal em função da classe, mas reforçam a ideia de que as agências executivas costumam a mirar mais a chamada obra tosca da criminalidade.

2.3.2 Seleção vitimizante

Assim como se pode falar em criminalização primária, se fala em vitimização primária: dentre os inúmeros conflitos existentes na sociedade, há alguns que se destacam pela falta de capacidade dos agentes políticos de resolvê-los sem uso da força, hipótese na qual se criminaliza a conduta, a princípio para proteger a vítima por meio do poder punitivo. A vitimização secundária seria quando, a partir daí, a pessoa é lesada pela prática de crime.

O destaque que aqui deve ser dado é que, por conta da falta de acesso à indústria de segurança, que surge para suprir a carência do Estado na tarefa de salvaguardar seus cidadãos, também são muito mais vulneráveis à vitimização secundária as pessoas pobres, já que a falta de recursos impossibilita o consumo pleno dos bens produzidos nessa indústria - fenômeno chamado de *privatização da justiça* por Zaffaroni e Batista (2011).

Enquanto que as pessoas ricas e de classe média alta têm muitas formas de se defender de crimes, seja colocando câmeras de segurança, contratando porteiros, instalando cercas elétricas, etc. em seus ambientes domésticos, quem é pobre tende a ficar apenas à mercê da proteção do Estado.

Nesse contexto, afirmam os autores que, sabendo que as agências policiais não terão os recursos necessários para proteger todas as pessoas, as áreas urbanas menos favorecidas pela especulação imobiliária tendem a receber menos policiamento de rotina, tornando as pessoas que nela residem mais sujeitas à vitimização secundária.

Para além do fator de classe, há de se falar que a vitimização secundária funciona de modo a vulnerabilizar mais ainda as pessoas que se encontram em posição de poder desfavorecida em relação às outras. Nesse sentido, percebe-se que:

a) As mulheres são criminalizadas em menor número que os homens, porém são vitimizadas em medida igual e superior. Em geral, a distribuição da seleção criminalizante as beneficia, mas a seleção vitimizante as prejudica. b) os homens jovens são os preferidos para a criminalização, mas a vitimização violenta é distribuída entre eles, os adolescentes, as crianças e os velhos; os dois primeiros grupos por causa de sua maior exposição a situações de risco, e os dois últimos devido à sua indefensão física. c) os grupos migrantes latino-americanos são, em geral, *indocumentados* (imigrantes ilegais), condição à qual costuma somar-se a de *precaristas* (ocupantes a título precário de prédios alheios), resultando uma situação de ilegalidade que os priva de acesso à justiça [...] d) A marginalidade e a repressão à qual são submetidas as prostitutas, seus clientes, as minorias sexuais, os dependentes de drogas (incluindo, naturalmente, os alcoólicos), os doentes mentais, os meninos de rua, os velhos sem família, e ainda a incúria generalizada das agências executivas em relação à sua segurança (fenômeno que se racionaliza como *desvalorização da vítima*), aumentam enormemente seu risco de vitimização. e) Nos delitos não-violentos contra a propriedade, o pequeno poupador é aquele que sempre leva a pior quanto aos riscos de vitimização, pois carece os recursos técnicos e jurídicos e das informações que dispõem os operadores de capitais de maior vulto. (ZAFFARONI; BATISTA, 2011, p. 55-56)

Na seara dos crimes contra o patrimônio, o processo de vitimização secundária gera alguns efeitos consideráveis para o enrijecimento da criminalização desse tipo de delito.

Como aponta Salvador Netto, a vítima do crime patrimonial sente diretamente o dano que lhe é causado. Por tal motivo, sua vitimização gera não apenas uma sensação de insegurança, como também um sentimento de profunda injustiça. Nesse contexto, “a pena [...] transforma-se em *mecanismo de ajuda e superação por parte da vítima em relação ao trauma gerado pelo delito.*” (2014, p. 172).

Se considerado que a seletividade também atua na vitimização, é necessário perceber que esses sentimentos de insegurança e injustiça se fazem muito mais intensos nas populações vulnerabilizadas pelo sistema, já que além de serem vitimadas com mais frequência, sentirão o dano em seu patrimônio de maneira muito mais expressiva – o furto de um celular, por exemplo, pode não representar dano considerável a uma pessoa de classe média, mas com certeza será expressivo para uma pessoa que ganha pouco mais de um salário mínimo.

Por tal motivo, percebe-se que as consequências da vitimização dão legitimidade ao que Salvador Netto chama do modelo de *segurança social* do sistema criminal, no qual a ressocialização deixa de ser o fim da punição para dar lugar à exclusão do criminalizado. Por conta da seletividade na vitimização, a ideia de que os criminalizados devem ser combatidos e excluídos pela sociedade ganha adesão nas próprias camadas vulnerabilizadas pela

seletividade na criminalização, já que ambos esses processos são direcionados aos mesmos grupos populacionais.

Assim, ainda que a adoção do modelo de *segurança social* gere mais vulnerabilidade aos grupos populacionais sistematicamente criminalizados pelo sistema penal, sua legitimidade acaba sendo corroborada por eles próprios, por conta de serem também os mais vitimados pelos delitos.

2.3.3 Seleção policizante

No Brasil, para além da vítima e do autor, pode-se dizer que é o agente da polícia militar a terceira figura envolvida diretamente na linha de frente do direito penal. Responsáveis por fazerem policiamento das ruas, autuar e encaminhar os suspeitos da prática de crime para a delegacia, são os policiais militares os agentes do Estado que lidam direta e primeiramente com a criminalização, tanto no que diz respeito às vítimas, como em relação aos criminalizados.

Zaffaroni e Batista afirmam que nos países latino-americanos, é comum que o recrutamento de agentes policiais seja feito majoritariamente nas mesmas camadas sociais em que se encontram as pessoas mais vulneráveis ao sistema penal.

Essa tese é reforçada quando se estuda o caso brasileiro: em estudo realizado por Carlos Nobre sobre a PM/RJ, relatado na obra *O Negro na Polícia Militar: cor, crime e carreira no Estado do Rio de Janeiro* (2010), revelou-se que mais de 60% dos agentes da corporação eram negros (66% se considerados apenas os praças), o que fazia com que a instituição se mostrasse como a mais receptiva para pessoas dessa etnia dentro do poder público do estado do Rio de Janeiro.

Além disso, como demonstrado tanto por Carlos Nobre quanto por Jaime P. Ramalho Neto, em sua obra *Farda & 'cor': um estudo racial nas patentes da polícia militar da Bahia* (2012), no Brasil a porcentagem de pessoas negras na polícia diminui à medida em que se sobe o nível na carreira; ou seja, quanto mais longe da linha de frente do sistema, menos negros há na corporação.

Essa realidade se torna problemática quando se considera que a prática policial, responsável pelo processo de criminalização secundária, necessita da incorporação de preconceitos que satisfaçam os critérios seletivos do sistema.

Dessa forma, a função policial acaba por reforçar o estereótipo da criminalidade na mente de pessoas pertencentes aos mesmos grupos populacionais dos estereotipados. Por isso,

percebe-se que o papel dos policiais militares na sociedade tende a afastá-los de seus grupos de pertencimento.

Para além disso, afirmam os autores que a classe média também não encontra identificação ou confiança na figura desses agentes públicos, podendo se falar que “O estereótipo policial acha-se tão carregado de racismo, preconceitos de classe social e outros tão deploráveis quanto aqueles que compõem o estereótipo criminal” (ZAFFARONI e BATISTA, 2011, p.57).

Dessa forma, o que se percebe é que os três mecanismos de seletividade penal, relativos aos criminalizados, às vítimas e aos policiais, são direcionados aos mesmos grupos populacionais: aqueles que se encontram na base da pirâmide social.

2.4 O racismo operado pelo sistema penal brasileiro

A partir da percepção de que o direito penal é uma falácia argumentativa, que funciona de maneira seletiva e orientada à vulnerabilização das pessoas na base da pirâmide social, se questiona qual seria então a real ideologia que opera por trás da máquina punitiva do Estado.

Ana Luiza Pinheiro Flauzina, em sua obra “*Corpo Negro caído no Chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro*”, atenta para a necessidade de analisar a história das instituições penais no Brasil a fim de entender quais seriam os reais fundamentos por trás do direito penal no país.

Assim, a partir dos de três principais períodos históricos do sistema penal brasileiro propostos por Zaffaroni e Batista, reconstrói a história das instituições penais dentro da divisão entre sistemas colonial-mercantilista, imperial-escravista e republicano-positivista.

No sistema colonial-mercantilista, que teria acontecido no Brasil entre o período de 1500 até 1822, o contexto era de um país recém fundado para ser colônia de Portugal, com presença muito forte da Igreja Católica, no qual se traziam pessoas escravizadas da África para servirem como mão de obra à atividade colonial. Além das pessoas africanas, as indígenas menos *rebeldes* que se convertiam à fé católica eram escravizadas tais quais as primeiras.

Nessa época, a legislação penal vigente, consubstanciada, principalmente, nas Ordenações Filipinas, não era muito seguida; como a organização do sistema produtivo era centrada no sistema escravista, o controle penal acabava sendo exercido majoritariamente de maneira privada, na forma que os donos das propriedades produtivas o quisessem.

Sobre esse período, a autora afirma ser necessário se atentar para duas dimensões da atuação do sistema penal. A primeira diz respeito ao controle dos corpos escravizados, materializado na barbaridade extrema (tortura, mutilação, etc) empregada a fim de disciplinar a mão-de-obra colonialista. A outra diz respeito à criação, no plano simbólico, de um aparato penal que pudesse internalizar, por seus efeitos positivos na sociedade, um sentimento de inferioridade da população negra, a fim de garantir o funcionamento do sistema colonial no território.

Posteriormente, inaugura-se o sistema imperial-escravista, marcado pela declaração de independência no Brasil, que não funcionou para rever o pacto colonial, mas sim para “evitar as rupturas, sedimentar as continuidades e dar o sinal definitivo de que ao projeto do controle somar-se-ia o do extermínio” (FLAUZINA, 2006, p. 53).

Assim sendo, nessa época o Estado foi usado como instrumento para evitar por quanto tempo fosse possível a abolição da escravatura - função na qual fora muito bem sucedido, já que o Brasil foi o último país na América Latina a abolir a escravidão.

Nesse contexto, o direito penal, materializado no Código Criminal do Império, de 1830, era o único campo do direito que enxergava as pessoas escravizadas enquanto pessoa (nos outros eram consideradas bens). Ainda assim, não oferecia a quem era escravizado as mesmas garantias possuídas por quem não o era, como, por exemplo, a de abolição de penas cruéis.

Ainda nesse período se deu o início da migração do direito penal para o ambiente público, de maneira mais institucionalizada. Esse deslocamento de competência se explica por uma demanda da elite branca, que começou a se sentir ameaçada por uma possível revolta dos escravizados que pudesse abalar o *status quo*. Isso se deu em razão de que a população escravizada era gigantesca – no Rio de Janeiro, em 1849, existiam 110 mil escravos numa população de 266 mil pessoas (FLAUZINA, 2006) – e sua possibilidade de se insurgir contra a ordem vigente começou a ser considerada como um sério problema pelos beneficiários da economia escravista.

Destaca-se, porém, que a publicização do penalismo não significou, de modo algum, a substituição das metodologias de controle utilizadas anteriormente na esfera privada contra os escravizados. Se antes o controle dos seus corpos era realizado pelos senhores de escravos, agora seria o Estado o responsável por desempenhar esse papel, sem grande mudança, contudo, na crueldade que era utilizada na aplicação das penas aos escravizados.

Dessa forma, o direito penal funcionou em conjunto com outros ramos do direito para limitar a liberdade das pessoas escravizadas: negavam-se ou limitavam-se sistematicamente, por meio das leis ou mesmo da constituição, seu direito de ir e vir, de manifestar cultos de origem africana, de titularizar imóveis, etc.

No fim do sistema imperial-escravista, dois fenômenos simultâneos devem ser percebidos. Ao mesmo tempo em que se editavam leis que pareciam afrouxar a escravidão, como no exemplo da Lei do Ventre Livre, mas o que faziam em realidade eram viabilizar o seu prolongamento no tempo, o Estado brasileiro lançou políticas de incentivo à imigração de pessoas europeias, para virem trabalhar como mão de obra assalariada, garantindo-lhes propriedades e infra-estrutura básica para viverem no país.

Nesse contexto, a autora defende que ocorreu no Brasil uma política de embranquecimento da população, ressaltando que de 1871 a 1920 ingressaram 3.400.000 europeus no país, número que “representa praticamente o número de escravizados que foram trazidos para o Brasil durante os três séculos e meio de tráfico transatlântico” (FLAUZINA, 2006, p. 81).

Um fator importante para a implementação dessa política veio a ser a guerra do Paraguai, que causou inúmeras mortes de pessoas negras. De acordo com Duarte (*apud* FLAUZINA, 2006) a guerra foi responsável por diminuir em 60% a população negra nos 15 anos subsequentes ao conflito.

A implementação da política de embranquecimento é explicada pela autora como proveniente da ideia adotada pela elite branca de que o atraso do Brasil em relação aos países centrais seria devido à presença maciça de pessoas negras no país. A partir dessa visão, o que se defendia era que o país só se tornaria um país desenvolvido quando se desse cabo da população negra que vivia no território nacional.

Assim sendo, o recrutamento de europeus para assumirem os postos de trabalho assalariado que, de outra forma, poderiam ter sido assumido pelos ex-escravizados, ao lado do genocídio em massa da população negra realizado na guerra do Paraguai demarcam a mudança do sistema penal, de seu inicial projeto de segregação, para o objetivo de garantir o extermínio da população negra. Quando se considera que a abolição da escravatura se deu num contexto no qual os ex-escravizados não poderiam competir com os imigrantes por trabalho assalariado ou por terras do governo, percebe-se que essa medida significou o fim de sua moradia, assim como sua provisão de alimentos, antes mantida por razão de seu trabalho forçado.

Nessa linha temporal, surge, então, o sistema republicano-positivista, que teve seu início marcado não somente pela abolição da escravatura, como também pela destruição de todos os registros históricos e arquivos relacionados ao comércio de escravos. Esse último acontecimento, determinado pela Circular nº 29, de 13 de maio de 1891, é elencado pela autora enquanto tentativa de “apagamento dos vestígios do passado colonial que os republicanos, principalmente após a República Velha, iriam assumir” (FLAUZINA, 2006, p. 67).

Para o melhor entendimento do sistema penal desse contexto, a autora propõe sua divisão em dois períodos, quais sejam um período pós-abolição imediato e outro, derivado dos acontecimentos da década de 30, com a promulgação do Código Penal de 1940, que vige até hoje no Brasil.

No início do sistema republicano-positivista, a ideia que começa a ser construída no interior da sociedade - não só mais no círculo das elites - é que os imigrantes, com seu trabalho assalariado, seriam a representação da ordem e progresso brasileiro. Em sentido contrário, os libertos (ex-escravizados), aos quais o Estado não ofereceu qualquer perspectiva de vida após a abolição, seriam vistos como vagabundos e representariam a desordem e o retrocesso.

No direito penal, reflexo disso foi o nítido controle dos corpos negros que começou a ser exercido. A criminalização da vagabundagem (crime inafiançável), por exemplo, reduziu a praticamente zero as possibilidades de vida dos libertos, que seriam presos apenas por estarem no espaço público (vagabundo era quem não exercia trabalho remunerado). Uma política criminal que, por isso, controlava diretamente os corpos dos libertos, de forma a “*cercear sua movimentação espacial, evitar as associações, estirpar as possibilidades de qualquer ensaio de reação coletiva*” (FLAUZINA, 2006, p. 71).

Noutro plano, era substancialmente distinto o funcionamento das leis penais dessa época que atacavam majoritariamente os brancos do proletariado. Essas eram apenas relativas à não adaptação ao modelo capitalista industrial, como no exemplo da punição de greves e interdição em sindicatos, mas nunca funcionavam de modo a exercer um controle total sobre suas vidas como no caso dos libertos.

Por tais motivos, pode-se dizer que esse primeiro período do sistema republicano-positivista consolidou uma espécie de segregação no tratamento penal a partir do critério racial. Se de um lado, branco, visava estabilizar e acomodar a vida proletária por meio do poder punitivo, de outro, negro, tinha o fim de manter a hegemonia racial que regia o país,

impossibilitando os meios de reação dos ex-escravizados que não foram abarcados pelas políticas sociais capitalistas.

No segundo período do sistema republicano-positivista, inicia-se a adoção do *mito da democracia racial*: é criada uma ideologia nacional de que o Brasil seria o país da miscigenação, no qual não existiriam diferenças entre brancos, pretos e mestiços, pois todos teriam sangue de raças diferentes.

Outro marco desse período, ocorrido no plano do direito e fortemente influenciado pelo juspositivismo, foi a inauguração do Estado Social de Direito no Brasil, garantindo direitos trabalhistas, previdenciários e, no campo penal, inaugurando o Código de 1940, compatível com os novos direitos sociais instaurados e baseado na noção de igualdade formal de todos os cidadãos.

Porém, se no positivismo jurídico podia se falar de isonomia, na criminologia positivista continuava-se com o discurso extremamente racializado, herdeiro das teorias de Lombroso e Ferri. Assim, enquanto no plano da criminalização primária o racismo foi abandonado (ao menos em primeira análise), a criminalização secundária continuou funcionando a serviço da hierarquia social, sendo os policiais os responsáveis por manter o controle dos corpos negros, nos mesmos moldes em que ocorria na República Velha.

Nesse contexto, a autora defende que esse casamento entre o positivismo jurídico e a criminologia positivista representou o golpe final no projeto de hierarquização racial no Brasil. Ao mesmo tempo em que se deu cabo aos traços explicitamente racistas da legislação vigente no país, a operatividade do sistema penal, por meio da criminalização secundária, continuou funcionando a serviço da elite branca para controlar as possibilidades de vivência das pessoas negras, herdeiras do estigma colonial-escravista reproduzido pela criminologia.

Como essa invisibilização do racismo no plano legal foi acompanhada pela disseminação na sociedade do mito da democracia racial, se tornou extremamente difícil criticar o racismo institucionalizado que regia o funcionamento da sociedade.

É a partir dessa percepção histórica que a autora apresenta seu argumento central: no Brasil, o funcionamento do direito penal se dá em virtude de um projeto de extermínio do povo negro do país. Essa orientação é herdada de uma tradição racista que se desenvolveu nos períodos colonial e imperial e foi consolidada no período republicano, a partir da ideia forjada em favor da branquitude de que seria a população negra a raiz dos males do Brasil. Nesse projeto, a instauração da igualdade formal na legislação, que desapareceu com os resquícios explícitos de racismo na institucionalidade, foi a melhor maneira de manter os privilégios

brancos ao mesmo tempo em que impossibilitou a mobilização da população negra contra um racismo velado, sustentado pelo mito da democracia racial no Brasil

Assim, a autora defende que a atitude extremamente violenta e anti-humanitária das agências policiais no Brasil não se dá por acaso, já que o *modus operandi* policial é derivado dos meios punitivos privados essencialmente desenhados para o controle dos corpos dos escravizados. Nesse sentido, as práticas reiteradas de extermínio e tortura policial aliadas à realidade prisional, que conta com cárceres superlotados, funcionando como calabouços de pessoas criminalizadas sem quaisquer direitos garantidos, seriam a materialização do projeto genocida presente nas raízes do Estado brasileiro.

Quando se olha para os dados sociais que levam em conta a raça no Brasil, a argumentação da autora se mostra completamente compatível com o panorama atual do país. De acordo com o “*Índice de Vulnerabilidade Juvenil à Violência e Desigualdade Racial 2014*”, um jovem negro tem duas vezes e meia mais chance de morrer que um jovem branco.

Já na pesquisa “*Homicídios e Juventude no Brasil*” aponta-se que, dentre os 52.198 mortos por homicídios em 2011 no Brasil, 27.471 eram jovens, dos quais 71,44% negros (pretos e pardos) e 93,03% do sexo masculino.

Considerando que o recrutamento dos policiais também se dá nos segmentos sociais de população predominantemente negra, os altíssimos índices de mortalidade policial no Brasil também corroboram a tese do genocídio. Conforme atestado pelo 10º Anuário Brasileiro de Segurança Pública, entre 2009 e 2015, policiais brasileiros morreram 113% mais em serviço do que os policiais dos Estados Unidos (393 mortes).

Por fim, sobre a tese do direito penal estar baseado em um projeto genocida, ressalta-se que:

Ao indicar o racismo como fonte estrutural da organização e prática de nosso sistema penal, acentuando a vulnerabilidade do segmento negro frente a esse empreendimento, não estamos negligenciando o fato de que esse aparato atinja outros setores, dos “subversivos” da ditadura, à massa branca empobrecida da contemporaneidade, que atinge proporções cada vez maiores frente à volatilidade do capital. Ao contrário, vem justamente no reconhecimento dessa realidade mais ampla o respaldo mais contundente que vimos sustentando. A forma como nosso sistema penal incide sobre os corpos está condicionada pela corporalidade negra, na negação de sua humanidade. Esse é o fator central de sua dinâmica. Disciplinado na violência do extermínio de uma massa subhumana é esse o trato que o aparato policial está preparado a dar a quem for direcionado. Em outras palavras, o racismo deu o tom e os limites à violência empreendida pelo sistema penal e este a carrega consigo na direção de toda a clientela a que se dirige. O que estamos querendo salientar é que para além da discricionariedade que diferencia do tratamento entre negros e brancos pelo

aparato policial e as demais agências de criminalização, é o racismo que controla seu potencial de intervenção física. Daí toda sua agressividade. (FLAUZINA, 2006, p. 82)

2.5 A criminalização de violação ao patrimônio para a manutenção da desigualdade objetiva entre indivíduos

Para além da percepção de que o racismo é historicamente estruturante da atuação do sistema penal brasileiro, se faz, ainda, necessário delinear algumas peculiaridades da motivação por trás da criminalização de delitos patrimoniais.

Inicialmente, é importante perceber que os crimes contra o patrimônio (arts. 155-180 do CP) são responsáveis pelo encarceramento de cerca de 39,5% de toda a população prisional, conforme relatado no INFOPEN (2014). Esse número faz com que a criminalização de delitos patrimoniais seja, de longe, responsável pela maior taxa de encarceramento dentre os grupos temáticos do Código Penal: cerca de 16% se dá em virtude crimes contra a pessoa, 5,2% de crimes contra a dignidade sexual, 2,1% de crimes contra a paz pública, 0,9% de crimes contra a fé pública, 0,4% de crimes praticados por particular contra a Administração Pública e de 0,1% crimes contra a administração pública¹⁵.

Assim, percebe-se que o sistema penal destina a maior parte dos seus esforços para a tutela do patrimônio, de forma a ultrapassar a quantidade de poder punitivo direcionado à proteção de bens mais essenciais à dignidade humana (como aqueles tutelados pelos crimes contra a pessoa ou contra a dignidade sexual). Para se compreender o motivo pelo qual isso acontece, faz-se necessário analisar de maneira mais profunda o conceito de propriedade que norteia o funcionamento dos Estados de Direito contemporâneos, já que é a partir dele que são criadas as leis penais destinadas à tutela patrimonial.

Salvador Netto afirma que o conceito de propriedade, concebido em sua dimensão política, tem conteúdo determinado pelo contexto político-social em que uma sociedade se encontra no momento, sendo seu aspecto jurídico apenas um reflexo desse conceito nas normas. "A propriedade jamais será mera regra técnica, mas um verdadeiro impasse ou problema das relações entre homens e coisas, da fricção entre mundo dos sujeitos e mundo dos fenômenos" (2014, p. 141-142).

De acordo com o autor, o entendimento atual sobre o direito de propriedade remete aos séculos XVI e XVII, quando emergiu na ciência o paradigma racionalista. No plano

¹⁵ Aproximadamente 35,32% do aprisionamento no Brasil se dá em virtude de crimes tipificados em legislação específica, sendo que nesse grupo se destacam a legislação de drogas (27%) e o estatuto do desarmamento (7,2%).

político-filosófico, as teorias contratualistas, sobretudo as de Tomas Hobbes e John Locke, inauguraram o pensamento que define a sociedade enquanto organização de indivíduos livres que contratam entre si, de forma a proteger a propriedade e facilitar as relações de troca.

A construção contratualista parte de dois pilares centrais:

[...] destaca-se a concepção de que o indivíduo é proprietário de sua própria pessoa e de sua capacidade, não sendo em nada devedor da sociedade. Com isso, a liberdade apresenta-se em seu sentido mais perfeito pela absoluta falta de dependência que todo indivíduo possui das vontades alheias. Tais liberdades, ao seu turno, podem ser limitadas por relações que o indivíduo celebra voluntariamente com outros. Em termos gerais, a sociedade consiste nestas relações de troca entre os proprietários. Assim nascem os dois pilares centrais do individualismo moderno, de um lado o direito de propriedade, de outro o contrato, inserindo a vida humana definitivamente numa esfera econômico-jurídica na qual o pressuposto é a racionalidade e a individualidade do agir.

É a partir desse raciocínio que se inaugura o que Salvador Netto chama de *individualismo possessivo*: se o homem é proprietário do próprio corpo, também o é de sua força de trabalho e, conseqüentemente, do fruto do seu trabalho. Se o limite da sua acumulação antes era o do desperdício dos bens materiais, a invenção do dinheiro permitiu o indivíduo a ter propriedades de forma ilimitada (o excedente na produção vira lucro e não descarte).

A partir desse conceito, toda a estrutura da sociedade é repensada. Nesse contexto, o núcleo da organização social passa a ser a família monogâmica e patriarcal, que teria como centro a figura do pai, que acumula riquezas para deixar como herança aos filhos. Por tal razão, a fidelidade feminina assumiria papel essencial na construção desse modelo de família, já que a identificação dos filhos herdeiros, portadores do sangue paterno, dependeria da exclusividade sexual da esposa para com o marido.

Como pontua Netto, há muitas sociedades nas quais não existia qualquer instituto semelhante à propriedade privada. Noutras, existia apenas de forma parcial, quando se considerava o fruto do trabalho como posse da pessoa, mas nunca a terra na qual se plantou ou criou o gado. No Brasil, por exemplo, nas sociedades indígenas da época da chegada dos europeus, não existia modalidade delitativa atentatória à propriedade, tendo em vista que a propriedade — as lavouras e sua produção — era coletiva e orientada à comunidade como um todo (SALVADOR NETTO, 2014).

Tendo isso em vista, se percebe que a instituição moderna do individualismo possessivo foi uma mudança paradigmática na filosofia política da época. Sua inovação foi justificar racionalmente a existência do direito de um indivíduo possuir bens única e

exclusivamente para si mesmo, ideia que seria o pilar central de um novo modelo de civilização a ser construído a partir dali: a sociedade capitalista.

A partir daí, o individualismo possessivo é cristalizado enquanto a única forma legítima e *natural* de se interpretar a relação entre pessoas e bens. Por consequência, todos os institutos jurídicos que giram em torno da propriedade, assim como as leis penais criminalizadoras direcionadas à tutela do patrimônio derivadas desse paradigma passam a ser encaradas como normas meramente técnicas de organização das relações patrimoniais.

Partindo dessas constatações, o que aqui se propõe é que o excesso de punitivismo na criminalização patrimonial é consequência da necessidade intrínseca do sistema político-econômico atual de proteger a propriedade privada.

É por isso que a criminalização primária da lesão patrimonial é orientada à proteção das formas tradicionais de transmissão do patrimônio. Certamente o indivíduo que lesiona o patrimônio de outrem por meio de inadimplemento contratual não representa ameaça grave ao sistema — portanto, não é criminalizado —, já que sua própria submissão ao contrato é sinal de incorporação dos valores capitalistas. Em sentido oposto, o indivíduo que furta um bem se mostra como uma ameaça gravíssima ao sistema, por colocar em xeque a noção de mérito da conquista individual da propriedade.

No caso da diferença entre furto e dano previamente apresentada, esse raciocínio também pode ser levado em conta. Diferentemente do caso do furto, a pessoa que comete dano, apesar de causar lesão patrimonial à vítima, não subverte os meios de transmissão de propriedade, ou seja, não enriquece por meios proibidos pelo capitalismo.

Assim sendo, percebe-se que a criminalização de ataque patrimonial não trata de tutelar o domínio de uma pessoa sobre uma coisa. Na verdade

O vínculo aparente entre pessoas e coisas descobre-se como *relação social*. Sgubbi, com clareza, relata que a verdade por detrás dos crimes contra o patrimônio está na defesa da propriedade como relação social, como relações materiais de produção, como fator da '*dependência e da desigualdade objetiva entre indivíduos*'. Trata-se não de uma tutela universal, imemorial, mas de uma defesa penal de um instituto específico em determinado momento histórico, qual seja, o das relações econômico-sociais capitalistas. (Salvador Netto, 2014, p. 153)

Por essas razões, se considera que a criminalização patrimonial serve, em última instância, à proteção dos proprietários contra os não-proprietários. Essa proteção visibiliza a desigualdade imposta pelo capitalismo, na medida em que a acumulação ilimitada de riquezas — que tendem a ser transmitidas por consanguíneos de geração a geração — cria um panorama social no qual poucos acumulam muitos bens e, por isso, necessitam de coerção por

meio da força aos que não se submetam às normas de transmissão de riquezas dos moldes desse sistema político-econômico.

A percepção da desigualdade de renda e riquezas no Brasil é condizente com essa perspectiva. De acordo com relatório elaborado pela Secretaria de Política Econômica do Ministério da Fazenda, em 2016¹⁶, se constata que 8,4% da população se apropria de 59,4% de toda a riqueza do país. Ampliando o foco nesse setor economicamente privilegiado, percebe-se que o 1% mais rico da população acumula 14% da renda e 15% de toda a riqueza auferidas na Declaração do Imposto sobre a Renda de Pessoa Física – DIRPF.

2.6 A pena como meio de resolução de conflitos

Até aqui, na análise da real operatividade de sistema penal, se abordou o deslocamento do discurso jurídico penal para com a realidade, que acaba por mascarar a seletividade do sistema, orientada aos criminalizados, às vítimas e aos policiais. Como explicação para esses mecanismos de desigualdade, se elencou que o racismo é historicamente estruturante na atuação penal brasileira, o que se materializa na demanda da elite branca, herdada de uma tradição colonial escravista, pela subalternização da população negra no Brasil, o que acaba por legitimar seu genocídio. Além disso, detectou-se que, especificamente na criminalização patrimonial, a defesa da desigualdade objetiva entre indivíduos operada pelo sistema de produção capitalista se mostra também como uma das razões de ser do sistema penal.

Por fim, cabe o exame de um dos conceitos mais importantes do direito penal, que é justamente o meio pelo qual esse campo do saber pretende alcançar seus fins: a pena.

Na teoria geral do direito penal se defende que o poder punitivo é a última alternativa a ser usada pelo Estado para lidar com os conflitos que nascem no seio da sociedade, pensamento esse que se deriva do princípio da intervenção mínima. Esse princípio impõe que somente quando nenhuma outra resposta do direito, quais sejam as pertencentes aos modelos *reparador*, *conciliador*, *corretivo* e *terapêutico* (ZAFFARONI; BATISTA, 2011), é vista como capaz de solucionar determinado problema, parte-se para a alternativa oferecida pelo modelo punitivo, que é fazer uso do monopólio da violência estatal para coibir determinadas atitudes tidas como crime pela lei penal.

¹⁶ BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria de Política Econômica — SPE. “Relatório da Distribuição Pessoal da Renda e da Riqueza da População Brasileira”. 2016. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/centrais-de-conteudos/publicacoes/transparencia-fiscal/distribuicao-renda-e-riqueza/relatorio-distribuicao-da-renda-2016-05-09.pdf>. Acesso em: 03/02/2017.

Zaffaroni e Batista apontam que o modelo punitivo é o mais ineficiente para a resolução de conflitos sociais. Isso porque, diferentemente dos outros modelos, não oferece qualquer forma de conciliação ou reparação entre a vítima e o ofensor, funcionando de forma a suspender o conflito no tempo até que este caia no esquecimento. Se antes da criação da pena o conflito estava sob a égide da relação entre ofensor e ofendido, a partir da penalização ocorre o confisco da contenda por parte do Estado, que busca resolvê-lo conforme a fórmula legal, excluindo a vítima total ou parcialmente (nos casos de ação ou representação privada) da busca por sua solução.

Ainda assim, várias são as teorias que pretendem legitimar a pena, o que é exposto a seguir. Em contraposição, os autores trazem teorias que deslegitimam a pena, que serão abordadas no tópico seguinte.

2.6.1 Teorias legitimantes da pena

Uma das preocupações dos discursos jurídico-penais é estabelecer justificativas que possam explicar o uso da pena pelo direito. As chamadas teorias legitimantes da pena têm a função de determinar a finalidade da pena e, dessa forma, legitimar o *modus operandi* penal como apto a ser utilizado por um Estado de direito que se pretende monopolista da violência no território.

Existem duas principais correntes que legitimam a existência da pena: uma delas, manifestada nas chamadas teorias da prevenção geral, defende que o valor da criminalização está em seu efeito sobre as pessoas que não delinquiram. Em sentido contrário, as teorias da prevenção especial se baseiam na ideia de que a pena deve gerar resultado justamente nas pessoas que cometem crimes.

A partir desse espectro, Zaffaroni e Batista apontam os campos teóricos principais que abrangem as teorias de legitimação da pena, quais sejam as da prevenção geral negativa, as da prevenção geral positiva, as da prevenção especial negativa e as da prevenção especial positiva - todas a serem criticadas a partir dos dados das ciências sociais, bem como sob suas consequências políticas para o Estado de Direito.

Ressalta-se que, na prática, dificilmente se adota apenas uma dessas teorias puras, já que o discurso jurídico-penal costuma atribuir mais de uma função à pena, se valendo da combinação de quaisquer modelos para legitimar o uso da pena.

2.6.1.1 Teoria de prevenção geral negativa

Segundo a teoria de prevenção geral negativa, a pena teria a função de dissuadir as pessoas que não delinquiram, por meio do medo de serem punidas. Dessa forma, os autores apontam que essa teoria parte de uma perspectiva utilitarista, já que para ela só o que importa é o impacto final preventivo na sociedade, que justificaria o mal infligido pelo Estado ao autor do delito.

Percebe-se que esse modelo é compatível com a seletividade do sistema:

A partir da *realidade social*, pode-se observar que a criminalização pretensamente exemplarizante que esse discurso persegue, pelo menos quanto ao grosso da delinquência criminalizada, isto é, quanto aos *delitos com finalidade lucrativa*, seguiria a regra seletiva da estrutura punitiva: recairia sempre sobre os vulneráveis. Portanto, o argumento dissuasório estaria destinado a cumprir-se sempre sobre algumas pessoas vulneráveis e estar sempre referido aos delitos que elas costumam cometer. (ZAFFARONI; BATISTA, 2011, p. 117)

Porém, não se pode defender sequer que a penalização funcione para dissuadir a prática de tais *delitos com finalidade lucrativa*. Isto porque a seletividade na criminalização secundária funciona de forma a punir apenas a *obra tosca da criminalidade*, ou seja, a execução inábil de uma conduta tipificada. Assim, o viés exemplificativo da pena teria o condão não de impedir a prática delitiva, mas de incentivar o sujeito que delinque a aperfeiçoar seus métodos de execução do crime, a fim de diminuir sua chance de ser preso.

Quando se pensa no efeito geral preventivo relativo aos crimes que não se enquadram no *grosso da delinquência criminalizada* (com finalidade lucrativa), percebe-se que menor ainda é o papel dissuasor da pena. Conforme explicam Zaffaroni e Batista, a pena não oferece desincentivo à prática de: crimes de colarinho branco, já que, nesses casos, é mínima a chance de criminalização; crimes cometidos por *fanáticos* (“terrorismo”), porque, em regra, o autor tem plena convicção dos motivos que o levam a praticar o ato; crimes com lucro em montantes mais consideráveis, como os das empresas criminosas, tendo em vista que o risco de criminalização é justamente o fator que agrega valor à prática criminalizada; crimes nos quais não se faz maior reflexão sobre as possíveis consequências do ato, como na maioria dos homicídios dolosos e; por fim, de crimes com motivações patológicas (semi-imputáveis).

No plano político e teórico, menos justificável ainda a teoria da prevenção geral negativa. Como a plena prevenção dos delitos nunca é atingida, essa teoria legitima sempre a imposição de penas mais graves, independentemente de seu impacto real de dissuasão na sociedade. Assim, o Estado perderia sua função de ser garantidor de direitos,

passando a se tornar um carrasco que, em nome da ordem, aplica duras penas a todos que não se curvaram ao medo das sanções indicadas na lei.

Para além disso, percebe-se que a prevenção geral negativa pressupõe a ontologia do ser humano da mesma maneira que a economia o faz: como um ser racional que toma suas decisões baseadas na ideia de custo benefício. Em se falando de atitudes antissociais criminalizadas, tal pressuposto não pode ser adotado, já que “a racionalidade humana é exercida na razão inversa do delito praticado” (ZAFFARONI; BATISTA, 2011, p.120).

Por fim, no que toca a essa teoria, é necessário se atentar para sua abertura à institucionalização da desigualdade:

Devido ao enorme colapso ético que esse utilitarismo significa, os partidários do discurso de dissuasão tratam de limitar a medida da pena de um modo diferente do que assinalaria a própria lógica da dissuasão: para isto pedem emprestado a retribuição do direito privado. Assim sendo, incidem numa contradição sem escapatória: se a retribuição não chega a dissuadir, a pena não cumprirá tal função; para cumprí-la em todos os casos deve superar esse limite, ou, então, deve distinguir entre a parte sadia da população (que se intimida com a pena retributiva) e a dos malvados que requerem uma prevenção especial ilimitada, que desemboca em algum sistema pluralista, com penas limitadas para os primeiros e penas ilimitadas, rebatizadas com o nome de medidas, para os segundos. Isto pressupõe uma classificação dos seres humanos entre aqueles que são plenamente pessoas e aqueles que não o são o o são apenas parcialmente. (ZAFFARONI; BATISTA, 2011, p. 120)

2.6.1.2 Teoria de prevenção geral positiva

A teoria de prevenção geral positiva, que ganha forças a partir da constatação de ineficiência da prevenção negativa na sociedade, parte da ideia de que a função da pena não seria de dissuadir pelo medo, mas sim pela valoração da conduta como negativa no plano social simbólico. Nesse plano, a pena funcionaria como um mal infligido ao autor não pela crença de que se resolveria o conflito, mas como uma resposta comunicativa da sociedade, que gera consenso, de forma a reafirmar o respeito às leis como essencial à vida em coletividade.

Essa teoria encontra mais resposta na realidade. Isto pois a busca da renormativização da opinião pública por meio da aplicação da pena a um agente que pratica uma atitude socialmente reprovável só exige um efeito consensual na população. Desta forma, a não criminalização de crimes de colarinho branco é compatível com a função de prevenção positiva da pena, à medida que a prática desses delitos não quebra o consenso sobre a necessidade das leis, justamente por não serem vistos como crimes pela maioria das pessoas.

Partindo dessa concepção, percebe-se que a teoria da prevenção positiva da pena busca a penalização de um bode expiatório a fim de reafirmar os valores sociais sobre a conduta, de forma que as pessoas que deixaram de cometer delitos se sintam recompensadas.

No plano social, essa teoria funciona de modo a fortalecer o poder de quem mais o detém na sociedade, pois o consenso sobre a necessidade das leis funcionaria de forma a fortalecer o sistema da maneira que está, ou seja, seletivo e desigual. Assim, os agentes políticos e os agentes comunicacionais, que se beneficiam do status quo, são induzidos a continuar reiterando o falso discurso jurídico-penal, motivo pelo qual “o direito penal converte-se numa mensagem meramente difusora de ideologias falsas.” (ZAFFARONI; BATISTA, 2011, p. 123).

No plano político, infere-se que tal teoria converte a dor do apenado em valor comunicativo, de forma que o único bem juridicamente protegido pelo direito penal é o sistema em si, esvaziado de sentido - o delito não é uma lesão a um bem jurídico determinado, mas à confiabilidade do sistema. Por tal motivo, a criminalização apenas da *obra tosca da criminalidade* serve muito bem a esse modelo, já que só se criminaliza para se renormatizar o sistema por meio do consenso.

Desta forma, percebe-se que a teoria de legitimação da pena por meio da prevenção geral positiva é problemática justamente por defender um uso tautológico do sistema penal, que só funciona para reafirmar o próprio sistema. Assim, a normatividade penal adquire valor supremo e imutável perante a sociedade, remetendo à ideia hobbesiana de que o Estado Leviatã (poderoso e implacável) seria melhor que o caos que o antecede, materializado na guerra de todos contra todos.

2.6.1.3 Teoria de prevenção especial positiva

Dentre as teorias legitimantes do poder punitivo, fala-se, ainda, na teoria que atribui à pena a função de prevenção especial positiva, baseada na ideia de que a sanção penal teria a responsabilidade de melhorar o infrator por meio das *ideologias re*: ressocialização, repersonalização, reeducação e reinserção na sociedade. É a teoria adotada pela Lei de Execução Penal, que estabelece, em seu art. 1º, que “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

Sob o ponto de vista dos dados sociais, essa teoria se torna insustentável, pois:

“[...] está comprovado que a criminalização secundária deteriora o criminalizado e mais ainda o prisionizado. Conhece-se o processo interativo e a fixação de papéis que induz desempenhos de acordo com o estereótipo e o efeito reprodutor da maior parte da criminalização. Sabe-se que a prisão compartilha as características das instituições totais ou de sequestro e a literatura aponta unanimemente seu efeito deteriorante, irreversível a longo prazo. Não se ignora seu efeito regressivo, ao condicionar o adulto a controles próprios da etapa infantil ou adolescente eximindo-o das responsabilidades inerentes à sua idade criminológica. É insustentável a pretensão de melhorar mediante um poder que impõe a assunção de papéis conflitivos e que os fixa através de uma instituição deteriorante, na qual durante prolongado tempo toda a respectiva população é treinada reciprocamente em meio ao contínuo reclamo desses papéis. Eis uma impossibilidade estrutural não solucionada pelo leque de *ideologias re*: ressocialização reeducação, reinserção, repersonalização, reindividualização, reincorporação. Estas ideologias encontram-se tão deslegitimadas, frente aos dados da ciência social, que utilizam como argumento em seu favor a necessidade de serem sustentadas apenas para que não se caia num retribucionismo irracional, que legitime a conversão dos cárceres em campos de concentração.” (Zaffaroni e Batista, 2011, p. 125-126)

Para além disso, critica-se essa teoria ainda no plano político, já que o suposto caráter positivo da pena esconderia completamente sua natureza dolorosa sobre o condenado, que tem sua liberdade privada e fica completamente à mercê do Estado.

Defende-se ainda que esse modelo parte de uma visão extremamente paternalista do ente público, que teria o dever de consertar a personalidade do cidadão, se tornando, assim, um juiz da moral do indivíduo que comete crime. Nessa hipótese, a tutela penal é usada como justificativa para a negação do direito à auto-determinação da pessoa, única e exclusivamente por ter cometido um ato criminalizado.

2.6.1.4 – Teoria de prevenção geral negativa

Por fim, rebate-se ainda a função de prevenção especial negativa, que defende ser a pena um modo de neutralizar a pessoa inferior (por cometer atitudes antissociais), ou seja, afastá-la do convívio social.

A partir desse ponto de vista, que faz uso de um modelo organicista da sociedade, o Estado tem o dever de separar os indivíduos inferiores visando o bem do corpo social; isto é, a pena representa um mal ao criminalizado, mas um bem à coletividade. Dessa forma, não opera de forma a motivar ou desmotivar a ação do sujeito, mas apenas impossibilita-o, por meio de barreira física (prisão) ou mesmo da morte, de agir conforme deseja.

Essa perspectiva é completamente inaceitável a partir do ponto de vista dos direitos humanos, “já que fere o conceito de pessoa [...], cuja autonomia ética lhe permite orientar-se

conforme o sentido” (ZAFFARONI; BATISTA, 2011, p. 128), na forma dos art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos¹⁷ e art. 1º da Convenção Americana de Direitos Humanos¹⁸.

Na verdade, essa proposta de *neutralização* da pessoa que pratica uma conduta criminalizada desloca o núcleo do direito penal do crime para o autor. Assim, o chamado *direito penal do autor* presume, também, a existência de uma moralidade superior, adotada pelo Estado, a partir da qual se julgariam inferiores as pessoas que cometem crimes (não o ato criminalizado em si), defendendo que a única solução para sua inferioridade é sua exclusão da sociedade.

Por tais motivos, também desconsidera-se essa teoria enquanto apta a legitimar o uso da pena.

2.6.2 A deslegitimação da pena pela perspectiva materialista/dialética

O nítido fracasso das teorias tradicionais de legitimarem o uso da pena levanta o questionamento sobre qual seria a verdadeira finalidade da aplicação da sanção penal. Afinal, se a pena não mais pode ser vista como apta a cumprir os fins que persegue, o constante crescimento da penalização no Brasil poderia ser enxergado como mera obra de irracionalidade da política criminal aqui adotada.

Nesse contexto, é necessário olhar para os fins ocultos da sanção penal, que são colocados em prática pela justiça criminal, mas, contudo, são ocultados pelo discurso jurídico-penal.

Juarez Cirino dos Santos explica que o discurso oficial do direito penal atribui à justiça criminal a função de “*proteção de bens jurídicos* nas sociedades contemporâneas: realidades ou potencialidades necessárias ou uteis para a existência e desenvolvimento individual e social do ser humano – por exemplo, a vida, a integridade e saúde corporais, a liberdade individual, o patrimônio, a sexualidade, etc.” (SANTOS, 2012, p. 2).

Por outro lado, existiriam funções latentes da pena, ocultadas pelo discurso oficial, que estariam sendo eficientemente alcançadas pela aplicação da sanção penal. De acordo com

¹⁷ Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.

¹⁸ 1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

o autor, os objetivos reais do direito penal só podem ser enxergados quando se parte de uma visão materialista da sociedade, considerada em seu antagonismo de classes e baseada num modelo de produção e circulação de bens materiais capitalista e desigual.

Neste sentido:

O Direito Penal e o Sistema de Justiça Criminal constituem, no contexto dessa formação econômico-social, o centro gravitacional do sistema de controle social: a pena criminal é o mais rigoroso instrumento de reação oficial contra as violações da ordem social, econômica e política institucionalizada, garantindo todos os sistemas e instituições particulares, bem como a existência e continuidade do próprio sistema social como um todo. (SANTOS, 2012, p. 4)

Ressalta-se que esta perspectiva do autor coloca a desigualdade de classes como o fator estruturante de todo o sistema penal, diferentemente do posicionamento aqui defendido, que considera o racismo como o elemento central na configuração do exercício do poder punitivo no país. Ainda assim, esse posicionamento é útil na medida em que a criminalização da ofensa patrimonial carrega em sua estrutura não apenas a institucionalização do racismo, como também a manutenção das desigualdades geradas pelo sistema político-econômico.

Feita essa ressalva, parte-se para a análise das funções latentes (reais) da pena apontadas pelo autor.

Quando se fala em função latente de prevenção geral da pena, pode-se dizer que a sanção penal age para afirmar a ideologia das classes dominantes. Isto porque o direito penal, na etapa de criminalização, se voltaria apenas a condutas que são sintomas de problemas maiores. Assim, o sistema penal, enquanto instrumento simbólico que projeta ideias na sociedade, seria efetivo em fomentar a ideia de que os delitos são os reais problemas da sociedade, de forma a esconder o contexto social responsável pelo nascimento do conflito.

Tomando o furto como exemplo, é nítido que a expropriação de um bem material de outra pessoa só faz sentido em uma sociedade desigual organizada em possuidores e não-possuidores, de tal forma que a falta de acesso a bens materiais pelos segundos faz com que a violação ao patrimônio dos primeiros se torne uma possibilidade de aquisição de patrimônio. Contudo, como o sistema penal criminaliza apenas a conduta e não se preocupa em oferecer respostas que atuem diretamente no problema da desigualdade, a revolta da sociedade se concentra na figura do furtador, não na organização desigual do sistema político-econômico.

Além disso, esse problema se agrava quando se considera a atuação seletiva da criminalização, já que a face simbólica de caráter reducionista do direito penal serviria como instrumento para legitimar o controle das pessoas que já são sistematicamente vulnerabilizadas pelo sistema. Nas palavras do autor:

A legitimação do Direito Penal é simbólica – criação de *símbolos* no imaginário popular – porque a penalização das situações problemáticas não significa a solução social do problema, mas *solução penal* para satisfação retórica da opinião pública; não obstante, possui efeito *instrumental* porque legitima o Direito Penal como propaganda *desigual* de controle social, agora revigorado para a repressão seletiva contra favelas e bairros pobres das periferias urbanas, especialmente contra a força de trabalho marginalizada do mercado, sem função na reprodução do capital – porque, pelo menos no nível *simbólico*, o Direito Penal seria *igual* para todos. (SANTOS, 2012, p. 262)

Em outro plano, quando se fala em função latente de prevenção especial da pena, é igualmente problemático o efeito da penalização. Conforme explica o autor, a proposta de *neutralização* do autor de um crime produz o efeito contrário ao declarado: produz maior reincidência; exerce influência negativo sobre a pessoa do indivíduo, de ordem externa e interna, em virtude de seu *etiquetamento* como delinquente e; rompe os laços familiares, afetivos e sociais do apenado, bem como de sua possibilidade de trabalho, desintegrando-o da sociedade.

Na verdade, como a seletividade do sistema só estaria voltada, por regra, à criminalização dos sujeitos que estão à margem das relações de capital e trabalho, essa face da pena se mostra como uma forma de controle social dos grupos populacionais considerados como subproduto do capitalismo.

O aprisionamento de tais pessoas, ao contrário de conter a violência, funcionaria de forma a gerar mais violência, porque

A prisão introduz o condenado em duplo processo de transformação pessoal, de *desculturação* pelo desaprendizado dos valores e normas de convivência social, e de *aculturação* pelo aprendizado de valores e normas de sobrevivência na prisão, *a violência* e a *corrupção* – ou seja, a prisão só ensina a viver na prisão. Em poucas palavras, a prisão *prisonaliza* o preso que, depois de aprender a viver na prisão, retorna para as mesmas condições sociais adversas que determinaram a criminalização anterior. (SANTOS, 2012, p. 258)

Por tais motivos, é necessário o reconhecimento da completa ineficiência da pena como meio de resolução de conflitos. Na verdade, quando se consideram suas funções latentes – ao menos no que toca a criminalização da ofensa patrimonial – se percebe que além de não resolver os conflitos, ela gera novos problemas à sociedade. Seu efeito de prevenção especial é responsável pelo fomento de mais condições sociais degradantes ao apenado, que retornará ao convívio social em situação pior do que se encontrava antes do encarceramento, enquanto que seu efeito de prevenção geral desloca a visibilidade de um problema social para

seu sintoma, de forma a legitimar um sistema que garante o funcionamento desigual do sistema político-econômico.

2.7 O papel dos juristas frente ao direito penal

Como se viu, o sistema penal, da forma em que se encontra hoje, se mostra como ilegítimo e desrespeitoso aos direitos humanos: seja por sua seletividade direcionada à institucionalização do racismo e, na seara patrimonial, ao fortalecimento um sistema político-econômico desigual, seja pela completa ineficácia da pena enquanto apta a alcançar objetivos compatíveis com a dignidade humana.

Frente a todos esses aspectos perversos do sistema aqui abordados, nasce o questionamento de qual seria o papel dos juristas para transformar essa realidade, principalmente se considerado que o saber penal é, hoje, o maior legitimador no plano filosófico-político do poder punitivo do Estado.

É certo que, hoje em dia, não são as agências jurídicas as únicas responsáveis pela continuação da operatividade do sistema penal. Como se percebe, as agências políticas (criminalização primária), as agências policiais (seletividade na criminalização secundária) e as agências penitenciárias (controle dos aprisionados) têm papel fundamental no giro da engrenagem punitiva, inclusive ultrapassando, em muito, os poderes dos juristas frente ao sistema.

Além de tais agências, citam-se ainda: as agências de comunicação social, responsáveis por difundirem a ideologia punitiva de forma acessível à maioria da população; as agências de reprodução ideológica (universidades), responsáveis por ditar as diretrizes técnicas do direito penal; e as agências internacionais, organismos especializados em matéria penal, tanto para regulação, cooperação e incentivo às trocas entres países (ZAFFARONI; BATISTA, 2011)

Assim, consideradas todas as agências que participam da construção e reprodução do sistema penal, se percebe que o poder dos juristas dentro do sistema, diferentemente do que defende grande parte dos autores de direito penal, é extremamente limitado.

Ora, se a real operatividade do sistema penal cria uma realidade genocida, excludente e seletiva, é papel do direito influenciar, até o limite de suas capacidades, a mudança da engrenagem punitiva. Ainda que as agências jurídicas não tenham poder suficiente para derrubar, por si só, o maquinário punitivista nos moldes em que está construído hoje, não há

como fugir da responsabilidade de atuar para que isso ocorra. Caso contrário, se estaria admitindo a impossibilidade do discurso jurídico de operar efetivamente na realidade, o que significa, em realidade, negar o direito.

Sobre o poder dos juristas na seara penal, Zaffaroni e Batista explicam que racionalização do discurso jurídico-penal, que só encontra coerência interna e não na realidade nem nos direitos humanos, funciona para legitimar o funcionamento da máquina punitiva. Porém, apontam o caráter paradoxal dessa atitude: legitimar o sistema penal da maneira em que é construído hoje resulta, invariavelmente, em perda de poder jurídico frente sua operacionalidade.

Sobre esse fenômeno, explicam os autores:

O paradoxo que implica construir um discurso legitimador de um enorme poder alheio e redutor do próprio é explicável *porque os segmentos jurídicos privilegiaram o exercício de seu poder através do discurso em detrimento do exercício direto do mesmo*. O poder do discurso - neste caso, do direito penal - é muito mais importante do que usualmente se reconhecia: todo poder gera um discurso e também - o que é fundamental - condiciona as pessoas para que só o conheçam através desse discurso e de acordo com o mesmo. Daí o fato de que o direito penal tenha criado seu mundo, pretendido conhecer a operatividade criminalizante segundo este seu mundo, e querido impedir o ingresso no discurso jurídico-penal de todo dado social que pudesse questioná-lo. Com isso exerce o poder que lhe confere proporcionar o discurso legitimador de todo o poder de direito das demais agências do sistema penal.

(ZAFFARONI; BATISTA, 2011, p. 72)

Esta opção de exercer o poder indiretamente, por domínio da linguagem, se torna um problema à medida que o discurso-penal não consegue explicar as contradições das sociedades contemporâneas. Por tal motivo, vem perdendo espaço para o discurso midiático, que é caracterizado pela irracionalidade e simplismo na perspectiva bélica (ZAFFARONI; BATISTA, 2011).

Desta forma, em se olhando única e exclusivamente pela perspectiva do poder, não há outra alternativa à comunidade jurídica senão deixar de alimentar a realidade virtual construída pela tradição penal e passar a conceber uma teoria ancorada no mundo real. Deverá, assim, admitir os limites do impacto das agências jurídicas na operatividade do sistema penal para, a partir daí, estabelecer meios de exercício direto de poder jurídico.

A partir dessa ideia, a proposta dos autores é que o direito penal assumira sua função inicial de ser o crivo limitador e redutor do exercício do poder punitivo.

Se é verdade que existe o Estado de Direito, também existe o que os autores chamam de *Estado de Polícia*, que se materializa com o exercício do poder arbitrário e anti-

democrático. Nesse contexto, o direito penal que assume o discurso limitador seria crucial na balança para o lado do Estado de Direito, se tornando um instrumento a favor da justiça social, ainda que isso significasse reconhecer suas limitações de poder perante as outras agências que compõem o sistema penal.

É a partir desse plano de fundo que pode se considerar o Direito Penal Mínimo como uma alternativa viável ao atual discurso jurídico-penal. Se o dever do direito penal é estabelecer limites ao exercício de poder punitivo, a perspectiva da “mínima intervenção penal como ideia-guia para uma política penal a curto e médio prazo” (BARATTA, 2003, p.3) se mostra como eficaz na tarefa de compatibilizar o poder punitivo com as garantias demandadas pelos direitos humanos.

Assim, o que irá se propor a seguir é a adoção do Direito Penal Mínimo como modelo a ser seguido na tarefa de humanizar o direito penal. A partir dessa perspectiva a criminalização de lesões patrimoniais poderá ser rediscutida, de forma possibilitar novas maneiras de se lidar com o furto no ordenamento jurídico.

CAPÍTULO 3 — O MINIMALISMO PENAL E A DESCRIMINALIZAÇÃO DO FURTO

3.1 O Direito Penal Mínimo como alternativa à máquina punitiva

No início do presente trabalho, após elencados os contornos legais e jurisprudenciais mais relevantes no que toca à criminalização do furto simples, foi apontada a existência de uma lacuna entre a legislação criminal e a prática punitiva. Isso porque se demonstrou que esse delito, que tem pena relativamente baixa em comparação com outros mais graves do código penal, tenderia a gerar baixo índice de aprisionamento; ao contrário, quando se consideram os dados de encarceramento levantados no INFOPEN, é o quinto dentre os crimes responsáveis por prender mais pessoas no Brasil.

Para a compreensão desse fenômeno, utilizou-se a perspectiva criminológica crítica como lente interpretativa da realidade do sistema penal. A partir daí, o que se pode perceber, a princípio, é que a lacuna entre lei penal e realidade do sistema é regra no direito penal: o discurso jurídico-penal, que dá legitimidade a todo aparato punitivo, é irracional, já que pretende transformar uma realidade inexistente em outra inalcançável.

A irracionalidade do discurso jurídico-penal é considerada a causa da incapacidade do direito penal de cumprir as promessas que faz. Nesse sentido, a promessa de igualdade perante a lei que rege o funcionamento do sistema se mostra como uma falácia: em realidade, a criminalização é seletiva, tanto no plano primário quanto no secundário, e tende a vulnerabilizar os grupos populacionais da base da pirâmide social. Além do mais, essa seletividade operacionalizada pelo sistema não ocorre somente no processo de criminalização, como também no de vitimização e de policização, o que implica no reconhecimento que todas as figuras elencadas na linha de frente do sistema serão provenientes dos grupos populacionais mais vulneráveis no sistema político-econômico.

Nesse contexto, se elencou que a real operacionalidade do sistema penal brasileiro é orientada à institucionalização do racismo no país. A construção do Brasil se deu nos moldes de uma economia colonial escravista, de tal modo que o decorrer do tempo não significou o abandono da ideologia racista, mas apenas sua transformação em modelos compatíveis com as instituições de cada tempo. Assim, a mutação do direito penal brasileiro foi direcionada à continuidade do controle dos corpos negros e incorporou a demanda, construída pela elite branca em momento específico da história do país, pelo genocídio da população negra. É por

isso que a realidade punitiva é marcada por *dor e morte*, já que os meios de atuação punitiva foram construídos com base em uma população enxergada como inferior (sub-humana).

Além disso, se atestou que a maior parte da criminalização no Brasil se dá em razão de delitos patrimoniais. Esse fato pode ser explicado pela necessidade intrínseca do capitalismo de proteger os meios tradicionais de transmissão de patrimônio, derivados do paradigma do *individualismo possessivo*, cristalizado pelas teorias político-sociais que deram base ao liberalismo e transformaram toda a organização da sociedade. Dessa forma, o aparato punitivo se faz essencial na manutenção das desigualdades produzidas pelo método de produção capitalista, já que a elevada concentração de renda por uma parcela ínfima da população só pode ser mantida por meio da incapacitação da maioria não-possuidora de se rebelar contra o sistema.

Por fim, no que toca à operacionalidade do sistema penal, se verificou que a pena é o modelo mais inefetivo de resolução de controvérsias. Na esfera penal, o Estado confisca o conflito suspendendo-o no tempo, excluindo a vítima da busca por sua solução e centraliza a resposta na punição do ofensor. Além do mais, nenhuma das teorias tradicionais de legitimação da pena subsistem se analisadas tanto pelo viés dos dados sociais da criminalização, como pela consequência política da adoção de cada um desses modelos. Em verdade, a perspectiva materialista/dialética deslegitima a pena, a partir da compreensão de que suas funções manifestas não são cumpridas, diferentemente das suas funções latentes, que funcionam, na criminalização patrimonial, para gerar mais desigualdade social

A partir desse pano de fundo, com Zaffaroni e Batista (2011) toma-se enquanto principal atribuição dos juristas frente ao direito penal a fixação de limites para o exercício do poder punitivo. Ainda que as agências jurídicas tenham poder limitado dentro do sistema penal, a adoção de um discurso jurídico-penal limitador é útil por dar legitimidade ao sistema na medida em que o compatibiliza com os princípios gerais de direitos humanos, de forma a vincular a atuação de todas as outras agências que fazem uso do poder punitivo.

A determinação de limites ao exercício do poder punitivo é uma tarefa urgente na reforma do sistema penal brasileiro. Se é verdade que a história das instituições penais no país demonstra um processo de expansão do maquinário punitivo — conforme relata o INFOPEN (2014), de 1990 a 2014 houve um aumento de 575% na população prisional —, entende-se que a falta de limites à criminalização é um dos motivos principais pela continuação do projeto racializado e desigual sedimentado nas bases do sistema.

Alessandro Baratta, na obra *Princípios do Direito Penal Mínimo para uma teoria dos direitos humanos como objeto e limite da lei penal* (2003) defende uma nova visão do direito penal baseada em uma dupla função do conceito de direitos humanos. A princípio, eles seriam importantes para a fixação de limites para a atuação penal; em segundo plano, atuariam na delimitação do objeto dessa área do direito, da qual se deixariam fora os bens passíveis de serem tutelados que, contudo, pudessem ser resguardados por outras formas de tutela jurídica.

A teoria do Direito Penal Mínimo nasce da ideia de que a pena, da forma que é utilizada pelos sistemas penais atuais, é um instrumento de violência institucional, já que está inserida em um sistema seletivo, ineficaz na resolução de conflitos e inadequado para alcançar os fins que propõe.

Nesse contexto, a proposta desse modelo teórico é uma elevação do princípio da *ultima ratio* penal às suas últimas consequências. A partir da dupla função dos direitos humanos, considera-se que “a intervenção penal caberia somente em conflitos muito graves, que comprometessem interesses gerais, e naqueles em que, sem tal intervenção, surgiria o risco de uma vingança privada ilimitada” (ZAFFARONI; BATISTA, 2011, p. 128).

A fim de dar norte à perspectiva minimalista, Baratta elenca a adoção de princípios de ordem interna e externa ao sistema penal. Dentre todos os princípios elencados pelo autor, aqui serão indicados apenas os mais relevantes ao recorte temático do presente trabalho.

Os princípios de ordem interna são relativos à “introdução e manutenção de figuras delitivas na lei” (BARATTA, 2003, p.5) e se dividem nos grupos de limitação formal, limitação funcional e limitação pessoal (ou da responsabilidade penal).

Dentre os princípios de limitação formal, inicialmente faz-se necessário elencar o *princípio da legalidade em sentido estrito* enquanto essencial ao funcionamento de um direito penal humanizado. Como se viu, o discurso jurídico-penal abre mão da legalidade em várias instâncias: seja em seu aspecto material, quando deixa de fora do controle jurisdicional uma série de atos que fazem uso do poder punitivo (*administrativização*); seja em seu aspecto processual, quando deixa de criminalizar a maioria dos crimes cometidos sob sua jurisdição (*cifra oculta*); seja no exercício de poder abertamente ilícito por parte das agências penais (principalmente policiais e carcerárias).

Por tais razões, a adoção de tal princípio teria como fim a submissão todo aparato punitivo ao controle da lei. Nesse sentido, seria definido como comportamento delitivo toda e qualquer atuação dentro do sistema penal que não respeitasse os limites estabelecidos pela legislação, como, por exemplo, o emprego de penas extralegais. Isso implicaria no

reconhecimento de responsabilidade penal, disciplinar, civil ou administrativa aos agentes que fazem uso de poder punitivo que atuem fora dos padrões de legalidade.

Derivado do *princípio da legalidade em sentido estrito*, nasce o *princípio do primado da lei penal substancial*, que visa estender as garantias penais aos indivíduos não só no processo penal, mas também na atuação da polícia e na execução da pena. Se é verdade que os meios de atuação da polícia (e dos agentes carcerários) é moldado a partir de instrumentos históricos de controle dos corpos negros, essa garantia se faz mais que necessária para compatibilizar o exercício do poder punitivo com os direitos humanos. Esse princípio teria o condão de combater a desumanização dos criminalizados na atuação das agências penais, agindo diretamente no enfrentamento da *dor e morte* atualmente causadas pelo sistema.

Já no que toca aos princípios de limitação funcional do sistema penal, a princípio se defende como necessária a adoção da aplicação do *princípio da proporcionalidade abstrata*. Seu conteúdo determina que somente as graves violações aos direitos humanos serão objetos de sanção penal, o que se mostra como essencial na tarefa de rever a criminalização da ofensa patrimonial. Num contexto em que os crimes patrimoniais são os responsáveis pela maior taxa de encarceramento dentre os grupos temáticos do código penal, a adoção de tal princípio funcionaria para, em alguns casos, adequar a pena ao real potencial ofensivo da conduta e, noutros, retirar da tutela penal a proteção de certas formas de ofensa patrimonial.

No mesmo sentido, se mostra também fundamental a aplicação do *princípio da subsidiariedade* do direito penal. Na seara patrimonial, o emprego desse princípio importaria na necessidade de deslocamento da tutela patrimonial sobre certas formas de conduta para outros campos do direito. Isto porque, de acordo com esse princípio, só permaneceriam no direito penal aqueles delitos nos quais não há outra resposta do direito suficiente para conter a ameaça aos direitos humanos manifestada na conduta do agente, o que exclui, de pronto, uma série de ofensas patrimoniais da tutela penal.

Ainda no grupo de limitação formal, se aponta o *princípio da proporcionalidade concreta (adequação ao custo social)*, muito caro à perspectiva minimalista. A partir dele, se diz que os custos sociais da pena

não podem ser simplesmente valorados do ponto de vista de um cálculo econômico de custos e benefícios, senão e sobretudo, do ponto de vista da incidência negativa que a pena pode ter sobre aquelas pessoas que constituem seu objeto, sobre suas famílias e sobre o ambiente social, e, mais em geral, sobre a própria sociedade. (BARATTA, 2003. P.9)

Como se atestou anteriormente, o impacto negativo da pena no Brasil é altíssimo. Graças ao modelo de *segurança social*, derivado da legitimação da pena por sua função especial negativa, a exclusão do criminalizado é vista como o único meio de combater os sentimentos de insegurança e injustiça gerados no interior da vítima. Além disso, o duplo efeito da etiqueta de *delinquente* tende a produzir resultados de ordem externa (estereotipização) e interna (assumir o papel vinculado ao estereótipo) no criminalizado.

Assim sendo, a transição para o direito penal mínimo deve considerar que os impactos negativos gerados pela criminalização podem ser diminuídos, mas não totalmente e nem instantaneamente. Por tal razão, a aplicação do princípio da proporcionalidade concreta determina que, mesmo nos casos nos quais se reconhece ser necessária a criminalização de um delito, devem ser introduzidos “critérios dirigidos a compensar e a limitar as desigualdades dos efeitos da pena nos condenados e em seu ambiente social, como, por exemplo, a suspensão condicional, a semiliberdade, a liberdade condicional e as medidas alternativas” (BARATTA, 2003, p. 10).

O último princípio de limitação formal a ser aqui elencado é o do *primado da vítima*, que reconhece ser injustificada a atuação penal para tutelar qualquer interesse geral que não os da vítima. Como se viu, parte da ineficiência da pena enquanto forma de resolução de conflitos resulta da exclusão quase que completa da pessoa ofendida pelo crime na busca pela solução da contenda.

Quando se considera que o maior interesse da vítima de delito exclusivamente patrimonial, como é o caso do furto, é a reparação do dano causado, a pena se mostra como um instrumento inútil à resolução do conflito. Nesse sentido, esse princípio dá lugar à substituição do direito punitivo pelo direito restitutivo, no qual a vítima venha a adquirir maiores prerrogativas dentro do processo, a fim de que a busca pela real solução da controvérsia possa ser negociada entre as partes.

Ainda no campo dos princípios intrassistemáticos do direito penal mínimo, fala-se nos princípios gerais de limitação pessoal. Dentre eles, o mais importante à análise aqui traçada é o *princípio da responsabilidade pelo fato*, que surge para dar ênfase exclusiva ao fato ofensivo ao invés de fomentar o direito penal do autor. Isto porque

Não é possível fazer derivar responsabilidade penal alguma das características pessoais do imputado subsumíveis em um tipo de autor, senão unicamente em um tipo de delito previsto pela lei e imputável a um ato voluntário, do qual o autor haja sido capaz de entender seu sentido social, e em caso de sujeitos que superem a idade mínima estabelecida pela lei. (BARATTA, 2003, p.13).

Essa perspectiva dá, inicialmente, a possibilidade do combate à criminalização seletiva que se apropria dos estereótipos do sujeito criminoso para excluí-lo da sociedade. Porém, para além disso, o impacto de se responsabilizar o fato, não o autor, implica consequências ainda maiores na criminalização da ofensa patrimonial.

Conforme abordado anteriormente, os altos índices de criminalização de certas formas de ofensa patrimonial se dão em razão da necessidade intrínseca do sistema político-econômico de proteger a propriedade privada. Nesse contexto, só são duramente criminalizadas as ofensas nas quais é nítida a intenção do autor de subverter os meios tradicionais de transmissão de patrimônio. Isto porque o autor dos delitos patrimoniais gravemente apenados, por colocar em xeque a noção de mérito da conquista individual da propriedade, passa a ser enxergado como ameaça às relações de produção capitalistas. Assim, os crimes contra o patrimônio refletem uma espécie de direito penal do autor no qual não se criminaliza um ato, mas, em verdade, o sujeito não proprietário que apresenta insubmissão aos valores capitalistas.

Por tal motivo, a consideração do princípio da *responsabilidade pelo fato* tem grande impacto em toda a criminalização das ofensas patrimoniais. A aplicação de tal princípio implica no reconhecimento da impossibilidade do sistema punitivo ser usado como instrumento para a criminalização de sujeitos que representam ameaça ao sistema político-econômico. Nesse sentido, reconhece-se como inadmissível para o direito penal mínimo o atual raciocínio incorporado pelo sistema penal para promover a criminalização primária da ofensa patrimonial.

Por fim, cabe a indicação dos princípios extrassistemáticos da mínima intervenção penal relevantes à presente análise.

Partindo do entendimento que criminalização à violação patrimonial tal qual está posta no direito penal brasileiro é incompatível com o direito penal mínimo, *o princípio da privatização dos conflitos* é uma ferramenta útil para a substituição parcial da “intervenção penal por meio de formas de direito restitutivo e acordos entre as partes no marco de instâncias públicas e comunitárias de reconciliação” (BARATTA, 2003, p.17).

Ao lado de tal princípio, elenca-se o da *preservação das garantias formais*, que determina que o deslocamento da competência penal para outros campos do direito deve ser acompanhado das garantias que o direito penal propicia ao acusado. Caso contrário, a reapropriação dos conflitos em outras espécies de tutela que não a penal poderia representar, em realidade, uma deterioração dos direitos do ofensor.

3.2 Princípio da insignificância e tutela penal patrimonial

A perspectiva do direito penal mínimo não só possibilita como induz a rediscussão do tratamento penal destinado à tutela patrimonial. O reconhecimento da incompatibilidade da atual criminalização primária da ofensa patrimonial com os princípios de direitos humanos implica na rediscussão tanto das atitudes a serem criminalizadas, como das eventuais penas desproporcionais que podem ser aplicadas a esta forma de delito.

Na tarefa de pensar novas formas de tutela penal do patrimônio, o princípio da insignificância pode ser elencado como um instrumento chave, inclusive por ter conteúdo muito similar ao da adequação social (*proporcionalidade concreta*).

Como se abordou anteriormente, a consideração da insignificância de uma conduta ao direito penal parte da noção de tipicidade conglobante, que consideraria não somente o conceito formal de crime como o impacto material do delito. Por tal motivo, sua aplicação implica no reconhecimento da irrelevância material do delito, o que, por sua vez, resulta na exclusão da tipicidade da conduta, desqualificando-a como crime.

Salvador Netto (2014), ao oferecer cinco propostas pontuais para a redução da criminalização primária por ofensa patrimonial e diminuição da pena imposta a esses casos sob o comando da norma secundária, elenca o princípio da insignificância enquanto possível ferramenta na rediscussão da tutela patrimonial penal.

Para o autor, podem resultar da aplicação da insignificância quatro efeitos sobre o enfrentamento penal do delito patrimonial: a apreciação do valor como circunstância judicial; o pequeno valor como causa de diminuição de pena; a insignificância como desnecessidade de pena ou; a insignificância como atipicidade.

No primeiro desses casos, tratam-se de condutas cometidas contra bem relevantes (não se configura o *pequeno valor* da ofensa) que, ainda assim, são passíveis da aplicação de um juízo de quantificação sobre o prejuízo ocasionado, de forma a causar impacto na aferição da pena. É por isso que se podem julgar dois atos que representam ofensa ao mesmo artigo do código penal e se atribuir pena maior a um do que a outro — por exemplo, o roubo de um computador deveria ser menos penalizado do que o de um automóvel —, já que o excessivo valor do dano implica no reconhecimento da maior *danosidade decorrente da ação delituosa praticada* (SALVADOR NETTO, 2014).

Já na hipótese do pequeno valor como causa de diminuição da pena, se reconhece que ofensas menores devem implicar em sanções menores (causa de diminuição da pena ou atenuante). Essa consequência da aplicação da insignificância é admitida pela própria legislação brasileira, como se viu na análise do § 2º¹⁹ do art. 155 do Código Penal. Para além da diminuição da pena em razão do pequeno valor, esse desdobramento da insignificância possibilita o estabelecimento de faixas distintas de valores para estabelecimento da pena, que será diretamente proporcional à gravidade da ofensa.

Na alternativa de considerar a insignificância como desnecessidade de pena, o pequeno valor da ofensa patrimonial ao lado de alguns requisitos de caráter objetivo — falta de habitualidade delitiva, extrema ingenuidade da vítima ou existência de *situações de sedução* proporcionadas pelo próprio ofendido — tem o condão de excluir a necessidade de aplicação da pena, ainda que se reconheça o ato enquanto ilícito (SALVADOR NETTO, 2014).

Por fim, apresenta-se a alternativa da insignificância significar a atipicidade do delito, já defendida anteriormente a partir da perspectiva do autor Rogério Greco.

Como se vê, a aplicação da insignificância leva em conta, em todas as possibilidades apontadas pelo autor, o valor do bem furtado; a materialidade do delito é considerada em seu viés concreto, na análise de cada caso.

Porém, a partir do mesmo raciocínio, é possível pensar na aplicação extensiva do princípio da insignificância, que considere a materialidade da conduta em abstrato. A partir desse raciocínio, o “valor” do dano seria medido com base na potencialidade lesiva da conduta (geral e abstrata).

Nesse contexto, se considerariam insignificantes ao direito penal todas aquelas ações nas quais não se reconhece o “valor” do ato como relevante ao direito penal. A aferição desse valor se daria a partir da noção minimalista do direito penal, de forma que seriam materialmente irrelevantes ao poder punitivo aquelas condutas nas quais não há ameaça a bens essenciais à dignidade humana. Isto porque esses casos não se enquadrariam no grupo de condutas muito graves que comprometem interesses gerais.

Todos esses possíveis desdobramentos do princípio da insignificância podem funcionar como parâmetro para a redefinição da criminalização da ofensa patrimonial. Considerando que, mesmo após a aplicação dos princípios do direito penal mínimo, existam certas formas de ofensa patrimonial adequadas à tutela penal, o valor do dano causado deve

¹⁹ § 2º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa.

ser sempre uma variável importante para definir a espécie e a quantidade de poder punitivo destinada à censura de certa conduta. Já nos casos em que a materialidade abstrata do delito é considerada insignificante ao direito penal, a opção pela descriminalização da conduta é a mais adequada com a visão minimalista do direito penal.

3.3 A descriminalização do furto simples

A partir de todo o arcabouço teórico aqui apresentado, é imperativo o reconhecimento da criminalização do furto simples, ao menos da maneira em que se encontra na legislação penal brasileira, enquanto incompatível com um direito penal fundado na perspectiva dos direitos humanos.

O furto é indicado como crime em um sistema penal completamente deslocado da realidade. É por isso que a pena de 1-4 anos de reclusão não consegue explicar o protagonismo desse delito no aprisionamento em massa que ocorre atualmente no Brasil.

Na verdade, a percepção de que o furto é o quinto dentre os crimes responsáveis pelos maiores índices de encarceramento tem algumas consequências políticas.

Inicialmente, considera-se que todas as pessoas encarceradas em razão do cometimento de furto passaram por um sistema seletivo de criminalização, desigual em relação à raça, no geral, e à classe social, em específico.

Além disso, percebe-se que a tipificação do furto condena à prisão milhares de pessoas unicamente por ofender o patrimônio de outras pessoas. Em razão dessa atitude minimamente lesiva, elas enfrentarão um processo de desumanização praticado pelo Estado nos cárceres, sendo submetidas a condições de vida degradantes e à violência institucional. Quando se consideram as funções latentes da pena, se percebe que além de não resolver o conflito patrimonial, ela ainda gera novos problemas à sociedade, principalmente se considerado que o aprisionado, após sair do cárcere, retornará ao convívio social em situação pior do que se encontrava antes do encarceramento.

No que toca ao uso da pena como meio de resolução para o furto, também não se pode considerar enquanto meio satisfatório de resolução desse conflito. Para além da percepção de que as teorias tradicionais legitimantes da pena não conseguem justificar a tutela penal da ofensa patrimonial manifestada no furto, é certo que essa solução exclui a vítima do processo, impossibilitando-a de perseguir a restituição do bem furtado.

Por essas razões, é necessário repensar a criminalização do furto a partir de um direito penal mínimo, que seja compatível com os princípios gerais de direitos humanos que vinculam a atuação de todo o direito.

Nessa tarefa, o *princípio da responsabilidade pelo fato* é empregado a fim de se dismantelar o direito penal do autor de que se deriva a criminalização primária do furto. Quando se criminalizam duramente apenas as violações ao patrimônio que promovem a inversão ilegal da posse do bem, não se está criminalizando fatos para tutelar o patrimônio, mas sim os autores que são enxergados como ameaça ao sistema político-econômico para proteger os meios capitalistas de transmissão de bens. Como a manutenção da desigualdade social não é uma demanda geral, mas sim específica de minorias econômicas dominantes, esse critério de criminalização mostra-se como incompatível com o funcionamento do sistema penal humanizado.

A partir daí, a aplicação dos princípios da *proporcionalidade abstrata*, assim como o da *subsidiariedade da lei penal* suscitam o questionamento sobre a necessidade do furto ser tipificado como crime. Isto é, se seria possível considerar esse ato como uma violação grave aos direitos humanos, bem como indicar a resposta penal como a forma adequada de resolução de tal conflito.

Para responder essa pergunta, faz-se necessária uma aplicação extensiva do *princípio da insignificância*. Se em todos os quatro possíveis desdobramentos da insignificância apontados por Salvador Netto (2014) o que se considera é o valor econômico da ofensa concreta do delito, dar um passo adiante na interpretação desse princípio significa se atentar para a materialidade da conduta em abstrato.

O furto simples é a prática pela qual um agente, sem destruição de obstáculo material, toma para si um objeto de outra pessoa. Assim, a pessoa que comete furto não põe em risco qualquer bem jurídico que não o patrimônio do ofendido. Além disso, a ausência de violação de obstáculo destinado à proteção do patrimônio implica no reconhecimento de que o valor da ofensa no furto simples tende a ser baixo.

Por tais razões, a elevação do princípio da proporcionalidade aplicado ao furto simples se desdobra na percepção de que o delito, em abstrato, é insignificante ao direito penal, já que uma conduta só poderá ser criminalizada quando representar uma grave violação aos direitos humanos que não puder ser objeto de tutela em outro ramo do direito.

Dessa forma, enxerga-se que o furto simples, ainda num contexto no qual se respeite a legalidade estrita e se estendam as garantias penais para todas as etapas do processo de criminalização, não é uma conduta passível de ser controlada pela tutela penal.

Nesse contexto, se apresentam dois princípios extrassistemáticos do direito penal mínimo, aptos a promover o deslocamento da tutela sobre os conflitos gerados por furto para outro ramo do direito.

O princípio da *privatização dos conflitos* aparece para dar possibilidade de se construir um modelo de reparação na tutela do patrimônio, no qual o ofensor será obrigado a restituir o ofendido (com eventuais perdas e danos) pelo esbulho patrimonial a que submeteu outra pessoa.

No caso de se atribuir a tutela sobre essa espécie de conflito para o direito civil, o furto poderia ser considerado como ato ilícito que enseja a responsabilidade civil extracontratual, na forma do art. 186²⁰ do Código Civil.

Caso se argumente que o direito civil é incapaz de solucionar tais contendas, em razão de que a falta de patrimônio de alguns agentes os impossibilitaria de reparar o dano, é ainda possível pensar no deslocamento da tutela para o direito administrativo. Caso assim o fosse, o Estado ainda continuaria sendo considerado responsável pela proteção do patrimônio, contudo a resolução do conflito se daria por meio da aplicação de sanção administrativa ao ofensor, baseada nos modelos reparador, conciliador, corretivo e terapêutico de resolução de controvérsias.

Em qualquer um dos casos, esse deslocamento de tutela deverá ser acompanhado das mesmas garantias oferecidas no processo penal (princípio da *preservação das garantias formais*). Caso contrário, se estaria abrindo margem para a criação de novos mecanismos seletivos de desigualdade a serem fomentados fora do maquinário punitivo.

²⁰ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

CONCLUSÃO

O furto simples, tipificado no art. 155 do Código Penal, é um crime que ataca exclusivamente o patrimônio e, portanto, não representa ameaça a outros bens jurídicos mais essenciais à dignidade humana. A pena cominada a tal delito, mínima de um e máxima de quatro anos, aparenta ser desproporcional ao potencial lesivo da conduta, mas ainda assim é menor do que a indicada para inúmeros outros crimes indicados na legislação penal.

Todavia, esse crime é o quinto na escala dos que mais encarceram no Brasil, o que indica que o patrimônio é um bem jurídico tão valorizado na esfera penal ao ponto de gerar mais aprisionamento do que inúmeros delitos que atentam contra a vida, a liberdade e a integridade física das pessoas.

O direito penal contemporâneo faz uso de uma racionalidade deslocada da realidade, motivo pelo qual promete uma série de garantias, sobretudo a da igualdade perante a lei, que não tem a capacidade de cumprir.

Na verdade, o *modus operandi* penal funciona de maneira seletiva, fazendo com que as pessoas mais vulneráveis ao sistema sejam de origem pobre e majoritariamente negra, o que é comprovado nos dados empíricos sobre encarceramento no país.

A seletividade estrutural do sistema penal funciona de forma a institucionalizar o racismo e se dá em razão da demanda da elite branca, herdada de uma tradição colonial escravista, do genocídio da população negra no Brasil.

Para além da institucionalização do racismo, especificamente nos casos dos crimes contra o patrimônio, se nota um esforço das elites de instrumentalizar o Estado para proteger o método de produção capitalista, cristalizando o individualismo possessório e, portanto, a desigualdade como única alternativa viável às relações patrimoniais.

Ademais, a pena se mostra como o meio de resolução de conflitos mais ineficiente dentre os outros propiciados pelo direito, já que suspende o conflito no tempo ao invés de buscar uma solução efetiva. Além de sua efetividade, também é colocada em xeque sua legitimidade; as quatro teorias tradicionais de legitimação da pena não subsistem frente a realidade das sociedades contemporâneas. A consideração das funções latentes da pena, aplicadas à criminalização da ofensa patrimonial, implica no reconhecimento de que os efeitos da penalização tendem a gerar mais problemas no seio da sociedade.

Nesse contexto, é urgente a substituição do aparato punitivo como está posto por um modelo que seja compatível com os princípios de direitos humanos. A proposta de um direito

penal mínimo, que funcione de forma a limitar a arbitrariedade do sistema, elevando o princípio penal da *ultima ratio* às últimas consequências, é uma alternativa viável na conciliação entre poder punitivo e dignidade humana.

A partir da lógica do direito penal mínimo, não há como se defender que o furto tenha relevância penal. A aplicação extensiva do princípio da insignificância demanda a percepção de que essa conduta não é materialmente relevante ao exercício do poder punitivo, justamente porque o furto simples, quando considerado em abstrato, não apresenta potencialidade lesiva suficiente para demandar a intervenção penal.

Nessa perspectiva, a descriminalização do furto é uma medida inexorável na tarefa de humanizar o direito penal. Essa opção política propicia a criação de meios mais efetivos de solução de controvérsias patrimoniais, que priorizem a compensação da pessoa lesada, não a punição do ofensor.

O deslocamento da tutela sobre os conflitos decorrentes da prática de furto deverá ser acompanhado das mesmas garantias atribuídas aos acusados na seara penal, a fim de que se inviabilize a criação de novos mecanismos seletivos fora do direito penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARATTA, Alessandro. **Princípios do direito penal mínimo. Para uma teoria dos direitos humanos como objeto e limite da lei penal.** Tradução de Francisco Bissoli Filho. Florianópolis, 2003.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional — DEPEN. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias — INFOPEN.** 2014. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em: 10 de set, 2016.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria de Política Econômica — SPE. **Relatório da Distribuição Pessoal da Renda e da Riqueza da População Brasileira.** 2016. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/centrais-de-conteudos/publicacoes/transparencia-fiscal/distribuicao-renda-e-riqueza/relatorio-distribuicao-da-renda-2016-05-09.pdf>. Acesso em: 03 de fev, 2017.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria-Geral da Presidência da República; Secretaria Nacional de Juventude. **Índice de vulnerabilidade juvenil à violência e à desigualdade racial.** 2014. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0023/002329/232972POR.pdf>. Acesso em: 10 de set, 2016.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria-Geral da Presidência da República; Secretaria Nacional de Juventude. **Homicídios e juventude no Brasil.** 2013. Disponível em: http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2013/mapa2013_homicidios_juventude.pdf. Acesso em: 15 de set, 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Glossário Jurídico.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=P&id=491>. Acesso em: 25 de out, 2016.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro.** Brasília, 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Cordenação de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília, 2006.

RAMALHO NETO, Jaime P. **Farda & “cor”**: um estudo racial nas patentes da polícia militar da Bahia. 2012. Disponível em:

http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0002-05912012000100003. Acesso em: 10 de nov, 2016.

MIRANDA, Isabella. **Em briga de marido e mulher ninguém “mete a colher”?** Uma análise das políticas criminais de violência doméstica sob a perspectiva da criminologia crítica e feminista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

NOBRE, Carlos. **O Negro na Polícia Militar: cor, crime e carreira no Estado do Rio de Janeiro**. Editora Multifoco. Rio de Janeiro, 2010.

ONG Human Rights Watch. **Relatório Mundial de 2016: Brasil**. 2016. Disponível em: <https://www.hrw.org/pt/world-report/2016/country-chapters/285573>. Acesso em 06/02/2017

ONG Anistia Internacional. **Informe Anual 2015/2016: O Estudo dos Direitos Humanos no Mundo**. 2016. Disponível em: https://anistia.org.br/wp-content/uploads/2016/02/Informe2016_Final_Web-1.pdf. Acesso em: 06 de novembro de 2016.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral - v. 1**. Niterói: Impetus, 2015

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte especial - v. 2**. Niterói: Impetus, 2015

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Direito Penal e propriedade privada: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio**. São Paulo: Atlas, 2014.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Manual de Direito Penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Conceito Editorial, 2012.

ZAFFARONI, Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Tradução: Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

ZAFFARONI, Raul/ BATISTA, Nilo/ALAGIA, Alejandro/SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2011