



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS
Curso de bacharelado em Direito

LEONARDO DE ARAÚJO ALENCAR

**ALTERNATIVAS À CRIMINALIZAÇÃO OU À PENALIZAÇÃO DO CRIME DE
FURTO – À LUZ DE UMA ABORDAGEM CRÍTICA DO DIREITO PENAL**

BRASÍLIA
2019

LEONARDO DE ARAÚJO ALENCAR

**ALTERNATIVAS À CRIMINALIZAÇÃO OU À PENALIZAÇÃO DO CRIME DE
FURTO – À LUZ DE UMA ABORDAGEM CRÍTICA DO DIREITO PENAL**

Projeto Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. Gabriel Haddad
Teixeira

**BRASÍLIA
2019**

LEONARDO DE ARAÚJO ALENCAR

ALTERNATIVAS À CRIMINALIZAÇÃO OU À PENALIZAÇÃO DO CRIME DE FURTO – À LUZ DE UMA ABORDAGEM CRÍTICA DO DIREITO PENAL

Projeto Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. Gabriel Haddad Teixeira

Brasília, ____ de _____ de ____.

Banca Examinadora

Prof.(a) Dr.(a) Nome completo

Prof.(a) Dr.(a) Nome completo

AGRADECIMENTOS

Nesta longa jornada final que se materializa com grande esforço neste trabalho de conclusão de curso, tenho muito a agradecer.

Em primeiro lugar, agradeço a mulher mais importante da minha vida: minha mãe, Sônia Maria de Araújo. Pessoa que desde sempre cuidou de mim e dos meus sonhos e fez o impossível para estar presente em todos os momentos importantes da minha vida, mesmo tendo um emprego muito desgastante que tomava várias horas do dia e com um peso de sustentar uma casa, dois filhos e um marido. Não poderia eu deixar de citá-la como a fonte principal de todos os meus ideais mais humanos e sensíveis.

Em segundo lugar, não menos importante, agradeço imensamente ao meu irmão de sangue e alma, Jordan Araújo de Alencar, por não só estar presente ao longo de todos os dias da minha vida, mas também por ser o grande parceiro que a vida me reservou. Trata-se de uma pessoa muito importante para mim e que forma a tríade do meu núcleo familiar.

De forma geral, agradeço imensamente a todas as pessoas que já passaram ao longo desta jornada acadêmica e que deixaram de alguma forma suas marcas na minha vida. Agradeço a todos os professores e colegas de curso que fizeram de mim não só um futuro e bom jurista, mas uma pessoa que, compreendendo sempre os seus limites, não deixa de ser esforçar todos os dias para ir em busca do seu grande sonho: magistratura!

Deixo aqui o meu agradecimento especial e final ao meu orientador Gabriel Haddad que, ao longo de nossas orientações presenciais e virtuais, sempre se mostrou extremamente empenhado na realização deste trabalho e sempre se dispôs a adequar sua agenda para que as orientações se dessem da forma mais rápida possível.

RESUMO

A presente monografia tem o objetivo de analisar, sob uma diferente ótica, o instituto do furto simples, artigo 155 do Código Penal, jungido a importantes reflexões da Criminologia e dos institutos da criminalização. Nessa toada, as reflexões vão além de dissecar as teorias criadas em torno do delinquente e da delinquência. A análise busca alinhar alternativas relevantes no tratamento do indivíduo que incorre no tipo penal em comento. Não se trata de dar soluções cabais a um processo tão complexo como a criminalização social, contudo pretende-se eleger algumas alternativas de descriminalização e despenalização que possam dar uma resposta diferente do rigor da persecução penal que tem crescido nos ideais da sociedade brasileira. Com o auxílio da Criminologia Crítica e com a análise dos processos de furto simples do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, será possível transpor as fronteiras do campo teórico para materializar graves considerações sobre a política criminal atual e de suas consequências nefastas que se iniciam, frequentemente, com um processo penal constituído para esclarecer um furto de coisa alheia móvel. Assim, entendendo como funciona importantes diretrizes do pensamento criminológico bem como a aplicabilidade do tipo penal na estigmatização dos indivíduos percebe-se que este trabalho anda na contramão da política criminal atual, pois foi constituído por meio de uma crítica à dogmática do Direito Penal e dos falidos institutos dos fins da pena que somente viabilizam a reincidência e a gerência da miséria por meio do Direito Penal.

Palavras-Chave: Direito Penal. Furto simples. Criminologia Crítica. Descriminalização. Despenalização. Criminalização. Co-culpabilidade.

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS	4
RESUMO	5
INTRODUÇÃO	6
1 ESCORÇO HISTÓRICO E AS FUNÇÕES DA PENA	9
1.1 Criminologia Clássica	9
1.1.1 Cesare Beccaria	11
1.1.2 Ideologia da Defesa Social	12
1.2 Criminologia Positivista	14
1.2.1 A Escola Positivista italiana- Césare Lombroso, Enrico Ferri e Raffaele Garófalo	15
1.3 Labeling Approach- Etiquetamento social	20
1.4 Criminologia Crítica	23
1.5 As funções da pena	26
1.5.1 Teorias absolutas	26
1.5.2 A função de prevenção geral da pena	27
1.5.3 A função de prevenção especial da pena	30
2 ANÁLISE DE DADOS DO CRIME DE FURTO SIMPLES E DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO	32
2.1 Dados gerais da pesquisa de furto simples	34
2.2 Dados dos autores	36
2.3 Dados do processo	40
2.4 Dados da dosimetria da pena	47
3 MEDIDAS ALTERNATIVAS À CRIMINALIZAÇÃO OU À PENALIZAÇÃO DO FURTO SIMPLES	53
3.1 Análise doutrinária do furto simples	56
3.2 Dos maus antecedentes e reincidência no furto simples	58
3.3 Do princípio da insignificância	62
3.4 A descriminalização do furto simples e o Direito Penal Mínimo	64
3.5 A co-culpabilidade como alternativa à despenalização do furto simples	69
CONSIDERAÇÕES FINAIS	73
REFERÊNCIAS	75

INTRODUÇÃO

Esta monografia tem o propósito de refletir sobre a história e o processo da criminalização e as suas consequências no estudo concreto do furto simples nos processos do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Após essa análise de dados processuais e com o auxílio do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), será possível fazer graves observações em torno de uma possível descriminalização ou despenalização do furto simples

A importância deste trabalho gira em torno da necessidade de se fazer uma profunda reflexão sobre a atual política criminal brasileira e as teorias criminológicas que a corrobora. No intento de viabilizar essas ponderações, o furto simples tornou-se o centro desta pesquisa, por ser um crime desprovido de violência ou grave ameaça ao indivíduo e que se consuma somente com um prejuízo patrimonial para a vítima.

Ademais, como veremos ao longo da pesquisa, é um crime voltado aos marginalizados pelo sistema penal, trata-se de um tipo penal voltado aos miseráveis. Por isso a importância e a escolha deste tipo penal em específico. Além disso, é analisado em tom crítico a importância que o Estado emprega no momento da criminalização primária e secundária que envolve crimes contra o patrimônio.

Será possível entender com este trabalho que a atuação desigual maciça das instâncias de controle sobre determinados indivíduos apenas os marginalizam e os isolam do convívio da sociedade como uma parte indesejável dela dentro de uma visão maniqueísta de um cidadão “do bem” e um cidadão “do mal”.

Não se detendo nestes aspectos iniciais, a mais importante pergunta assenta-se no porquê de se criminalizar determinadas condutas; qual o móvel das instituições oficiais em tentar estancar comportamentos considerados ilícitos comumente praticados por uma classe social mais pobre e que, como veremos, parece fazer parte de um perigoso ciclo discriminatório e político gerido igualmente por uma outra específica classe social.

Neste viés, o primeiro capítulo deste estudo aborda as principais correntes criminológicas que foram criadas no intuito de solucionar seculares questionamentos sobre a delinquência, o delito e o delinquente. A Criminologia surge com um importante papel de entender os mecanismos do crime e o que constitui e contribui para o surgimento do criminoso e os meios de recuperá-lo.

A relevância desse primeiro capítulo está na necessidade de se refletir sobre o momento em que determinados pensamentos criminológicos surgiram e se os postulados, por exemplo, da Defesa Social e da Criminologia Positivista ainda não se perpetuam no pensamento dos sujeitos do processo penal e da sociedade. O intento não é somente de catalogar a história da Criminologia, mas de se criar um campo maior de elucubrações capaz de fazer uma crítica grave ao processo de criminalização, marginalização e estigmatização que o Direito Penal proporciona.

Não obstante os dizeres da doutrina e dos atores do processo penal de que a política criminal deve basear-se no Direito Penal Mínimo, cujo conceito superficial é o de que o Direito Penal apenas deve intervir quando completamente esgotados outros meios de se solucionar determinados problemas sociais, o que se tem na prática é a máxima utilização da instrumentação penal do Estado que recai desigualmente sobre a sociedade. Neste ponto insurge a Criminologia Crítica denunciando uma aparente igualdade formal de todos perante a lei que somente escamoteia grandes desigualdades entre determinadas classes sociais.

Existem outros mecanismos que o Estado pode se utilizar para que não tenha a atuação das instâncias de controle que terminam por gerenciar a miséria social. Para corroborar com essas afirmativas acima levantadas, o segundo capítulo desta monografia revela o estudo de mais de 70 processos de furto simples que já foram julgados em segunda instância no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT) dentro de um espectro temporal de 6 meses. Com a análise desses processos, foi possível levantar um conjunto de questões e, de uma certa forma, demonstrar no plano concreto toda a problemática que envolve o tema.

No terceiro capítulo, faz-se uma análise de todos os dados levantados no capítulo anterior além de se projetar possibilidades de uma descriminalização ou despenalização do furto simples seguindo diversos princípios de uma verdadeira política criminal de Direito Penal Mínimo e com fulcro no princípio da co-culpabilidade do Estado como forma de diminuição de pena.

O Direito Penal e a Criminologia durante muito tempo e até os dias de hoje podem ser vistos como instrumentos da ordem vigente agregadora dos privilégios que o sistema econômico capitalista pode lhes proporcionar. A proteção demasiada sobre o bem jurídico patrimônio é clara pelas penas respectivas. Uma breve comparação com os crimes que protegem o bem jurídico vida e integridade física da pessoa humana com o bem jurídico patrimônio já é possível vislumbrar isso.

A pesquisa se dará pela forma quantitativa e qualitativa por considerar a dinamização entre os aspectos objetivos e subjetivos que serão apresentados, quais sejam, as problemáticas, os dados processuais levantados e alternativas respectivamente. Para tanto, a pesquisa será caracterizada por ampla bibliografia sobre o assunto, com a utilização de literatura jurídico-filosófica, doutrinária e analítica da legislação penal e jurisprudencial.

Para o levantamento de dados foi utilizado o sítio do TJDFT na aba de jurisprudência avançada, pesquisando-se o termo de furto simples em determinado espaço-temporal. Foram pesquisados acórdãos das três turmas criminais que compõe o referido tribunal. Ademais, foi utilizado os dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, atualizadas até junho de 2016, realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional e Ministério da Justiça e Segurança Pública. Na pesquisa qualitativa foi utilizada a técnica de pesquisa de revisão bibliográfica.

Assim, o estudo será por alternativas penais e não penais de inclusão de uma minoria jurídica marginalizada e estereotipada pela sociedade. Não se trata, em um primeiro momento, de trazer soluções definitivas, dado que o tema, por si só, envolve um complicado contexto social vigente, mas de alternativas possíveis no âmbito criminal, civil e administrativo quando o indivíduo subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel.

1 ESCORÇO HISTÓRICO E AS FUNÇÕES DA PENA

Para os fins desta pesquisa, é importante percorrer a história da Criminologia, entender o seu processo de amadurecimento e o seu uso como instrumento de legitimação de poder, até chegar na intitulada Criminologia Crítica, já que esta dá a identificação ao trabalho. Com os recursos da Criminologia Crítica que se pretende criar uma ponderação na análise do tipo do furto no sistema criminal brasileiro e, assim, buscar propostas e alternativas na condução de novas perspectivas.

As Escolas Criminológicas não surgem como um movimento estanque no tempo e espaço. Os pensamentos criminológicos costumam ser recorrentes, não se encerram em lapsos temporais determinados e adequam-se com maior ou menor intensidade em certos quadros políticos e econômicos de um Estado. Por isso, a separação por Escolas Criminológicas é problemática, pois as ideologias da criminologia continuam latentes, variando apenas em sua intensidade¹.

1.1 Criminologia Clássica

A Escola Criminológica Clássica tem, dentro de seus postulados, o sentido liberalista, racionalista e humanista do Iluminismo, em um viés jusnaturalista e através de um método abstrato, dedutivo e formal².

Há de se destacar, pois, os três grandes pilares desta escola que são o homem como ser racional, igual e livre, a teoria do pacto social, advinda dos contratualistas, como base da sociedade civil e do poder punitivo do Estado. Desta feita, os clássicos interpretavam o delito como um fato individual e isolado, como mera infração à lei e, conseqüentemente, às cláusulas do “contrato social”. O determinante para a aplicação da pena é a simples contravenção a uma determinada norma legal ou social³.

A atenção do criminólogo, portanto, deve voltar-se ao fato delituoso e não ao agente que delinuiu. Não se busca, por meio de um método causal-explicativo, as causas do crime no delinquente, conforme faz a Escola positiva; o que se tem é a

¹ FERREIRA, Carolina Costa. **Discursos do sistema penal**: a seletividade no julgamento dos crimes de furto, roubo e peculato nos tribunais regionais federais do Brasil. 2010. 244 f., il. Dissertação (Mestrado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2010. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/handle/10482/7241>. Acesso em: 16 jun. 2018.

² MOLINA, Antonio García-Pablos; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 166.

³ MOLINA, Antonio García-Pablos; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 166.

ação livre e consciente de um determinado indivíduo que, de forma unilateral, quebra o pacto social, infringi-o e devendo receber, como contraestímulo, a incidência do poder punitivo do Estado⁴.

Cada indivíduo dentro do contrato social cedeu parte de sua liberdade e de sua força ao ente político estatal, encarregado de unir a força da coletividade para organizar, prevenir e reprimir todo atentado ao pacto. Se algum indivíduo furta, esse fato é considerado um atentado contra o pacto social, pois o patrimônio de alguém foi prejudicado às expensas de uma conduta individual; o Estado então, para manter a harmonia social, deve responder a este fato delituoso, mediante uma pena, sem buscar no delinquente qualquer fator bioantropológico, social ou psicológico que influenciou decisivamente para rompimento unilateral do contrato, isto é, um fator etiológico que explica a causa do crime.

O furto deve ser analisado somente como um fato delituoso e este fato carrega consigo as consequências penais. Além disso, deve-se aplicar uma pena proporcional ao furto praticado para que sirva como um freio às possíveis reincidências de ações contra o patrimônio. Portanto, sendo todos os homens iguais e livres, todos têm o dever de respeitar os regramentos sociais e todos podem, com a mesma liberdade, mesmo que por uma contravenção, cometerem crimes.

Entendendo o delito como mera abstração-jurídica, torna-se difícil estabelecer e oferecer ao ente político bases e informações necessárias para um planejamento de um programa político-criminal de prevenção e repressão ao crime, apesar da importância deste planejamento, dado o crescimento generalizado do crime⁵.

Este enfoque sobre o delito, analisando quando, por que e como castigamos o crime tem uma forte explicação histórica. A Criminologia Clássica enfrentou, à época, o contexto político rígido das monarquias absolutistas, que castigavam e convencionaram os delitos e os crimes conforme as vontades dos monarcas. Muito das penas se resumia a restabelecer a autoridade do rei que se fragilizava quando algum de seus súditos não obedecia suas ordenações. A preocupação, ademais, não era a de buscar as causas do crime, bem como quais as soluções para erradicá-lo, mas sim racionalizar e humanizar o próprio sistema legislativo, judiciário e

⁴ MOLINA, Antonio García-Pablos; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 166.

⁵ MOLINA, Antonio García-Pablos; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 166.

executivo. Assim, o sistema penal resumia-se a dar uma resposta à conduta criminosa com uma pena justa, proporcional e útil⁶.

1.1.1 *Cesare Beccaria*

Um dos grandes nomes da Criminologia Clássica é Beccaria que em 1764 escreve um tratado penal chamado “Dos delitos e das penas”. A importância de ressaltar este autor está que ele resume e expressa todo um movimento do pensamento filosófico e político do Iluminismo europeu⁷.

Beccaria cria uma teoria jurídica do delito e da pena, bem como do processo, dentro de um contexto liberal do estado de direito, baseada no utilitarismo, melhor desenvolvido por Bentham, no contrato social e na divisão dos poderes⁸.

Na visão de Baratta ⁹:

A base da justiça humana é, para Beccaria¹⁰, a utilidade comum; mas a ideia da utilidade comum emerge da necessidade de manter unidos os interesses particulares, superando a colisão e oposição entre eles, que caracteriza o hipotético estado de natureza. O contrato social está na base da autoridade do Estado e das leis; sua função, que deriva da necessidade de defender a coexistência dos interesses individualizados no estado civil, constitui também o limite lógico de todo legítimo sacrifício da liberdade individual mediante a ação do Estado e, em particular, do exercício do poder punitivo pelo próprio Estado.

Em seu referido livro, Beccaria sustenta diferentes penas para o “roubo sem violência”, que para o Código Penal brasileiro trata-se do furto, e para o “roubo com violência” cuja expressão faz referência ao tipo do roubo, que envolve violência ou grave ameaça¹¹.

⁶ MOLINA, Antonio García-Pablos; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 166.

⁷ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 33.

⁸ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 33.

⁹ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 33.

¹⁰Na próprias palavras de Beccaria,: “Foi, pois, a necessidade que constrangeu a ceder parte da própria liberdade; é certo que ninguém quer colocar senão a menor porção possível dela em depósito público, só o suficiente para induzir os demais a defende-lo. A soma destas mínimas porções possíveis forma o direito de punir; tudo o mais é abuso e não justiça, é fato e não direito. As penas que ultrapassam a necessidade de conservar o depósito da saúde pública são injustas por sua natureza; e tanto mais injustas são as penas quanto mais sagrada e inviolável é a segurança e maior a liberdade que o soberano dá a seus súditos.” (BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 43).

¹¹BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 83-84.

Diante do primeiro delito, o penalista italiano sustenta que, em tese, a melhor pena seria a pecuniária, cuja aplicação é justa dado que quem rouba um bem, deve-se ver despojado do seu. No entanto, ele complementa admitindo que o furto é produto da miséria e do desespero; é um crime cometido por determinada classe de homens infortunados, a quem o direito de propriedade só deixou a existência como único bem, então diante deste panorama torna-se inócua aplicação da pena pecuniária. À frente disso, Beccaria propõe contra o crime de furto a servidão temporária em favor da vítima, para fazer o desviante expiar o seu crime e o dano causado à violação do pacto social, através da sua força de trabalho¹².

Em sua obra, Beccaria bem desenvolve o princípio da legalidade, que limita as ações do magistrado (Poder Judiciário) cujas ações devem pautar-se pelo que descreve a lei e o Legislador que está limitado pela necessidade social¹³.

O dano social e a defesa social, por fim, constituem os principais elementos da teoria do delito e da pena. A pena de morte não deve existir, pois não há de se pensar que quando cedemos o mínimo de nossa liberdade para constituir o contrato social, poderíamos dispor também da nossa própria existência¹⁴.

1.1.2 Ideologia da Defesa Social

Como bem alerta Alessandro Baratta, a ideologia da defesa social é criada e desenvolvida por vários corifeus da Escola Clássica e, posteriormente, os seus postulados são absorvidos pela Criminologia Positivista. Verifica-se, portanto, que é uma ideologia comum a duas importantes escolas da Criminologia¹⁵.

A referida ideologia nasceu junto à ascensão da ordem burguesa no cenário político dos países europeus e traz consigo vários princípios legitimadores de seus postulados¹⁶.

Entre eles tem-se o princípio da legitimidade; este é o princípio idealizador do poder punitivo do ente soberano no contrato social. Na medida em que os

¹² BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 83-84.

¹³ ANITUA, Gabriel Ignácio. **Historias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan. p.160-164. 2008.

¹⁴ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 34.

¹⁵ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 34.

¹⁶ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 34.

contratantes cedem seu poder e liberdade para um único ente, este encontra-se legitimado a prevenir e a reprimir qualquer atentando ao pacto social, por meio das instâncias oficiais de controle, quais sejam a legislação, polícia, magistratura e o sistema penitenciário¹⁷.

Outrossim, tem-se o princípio do bem e do mal; este é o princípio fundante da defesa social, pois com o cometimento do delito, o delinquente torna-se um elemento negativo (o mal) e disfuncional na sociedade constituída (o bem) que sofre com suas ações e por isso o ente soberano deve promover ações para protegê-la¹⁸.

Tem-se, ademais, o princípio da culpabilidade; este princípio faz forte referência ao jusnaturalismo, pois tem como conceito a atitude interior contrária às normas e valores vigentes em uma sociedade independente de sanção do legislador¹⁹.

Igualmente, tem-se o princípio da finalidade ou da prevenção; este princípio está ligado às funções da pena, cuja ação não se circunscreve apenas em retribuir, mas também em prevenir o crime. Aquele era a função da pena para os clássicos, o de desmotivar o cometimento de novos crimes mediante uma pena abstratamente prevista pela lei e, por fim, no plano concreto, buscar a ressocialização do criminoso²⁰.

A lei penal deve ser aplicada a todos que a viole, sendo assim tem-se o princípio da igualdade, como expressão desta linearidade na aplicação da sanção penal²¹.

O princípio do interesse social e do delito natural faz alusão aos bens jurídicos fundamentais para a própria existência da sociedade. Assim, o núcleo dos tipos penais representa uma ofensa a esses bens jurídicos que devem ser tutelados²².

A importância de estudar esta ideologia, conforme os princípios acima expostos por Baratta, é que muitos de seus postulados não só influenciaram duas

¹⁷ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 42.

¹⁸ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 42.

¹⁹ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 42.

²⁰ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 42.

²¹ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 42.

²² BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 42.

das mais importantes escolas da Criminologia, como ainda estão presentes até os dias de hoje. Todos os princípios que legitimavam o uso da ideologia da defesa social, são os mesmos princípios que influenciam as ações das esferas de controle social no combate aos crimes.

O indivíduo que subtrai para si patrimônio alheio, sem violência ou grave ameaça, incorre nas penas do tipo do furto, e, por consequência, além de sofrer com a *persecutio criminis* do Estado, também é envolvido nos estigmas daquela ideologia. Outrossim, frente ao valor excessivo atribuído ao bem jurídico patrimônio, em decorrência lógica do sistema econômico capitalista, não só o Estado está legitimado a agir por meio de seu órgão de acusação (Ministério Público) como a sociedade e a demais instâncias de controle realizam o recenseamento do bem e do mal, isto é, enumeram os que devem receber as sanções abstratamente cominadas, sob um falso viés ressocializador e igualitário na aplicação penal.

1.2 Criminologia Positivista

A Criminologia muito se esforçou por estudar o delinquente, o delito e a delinquência em seus variados aspectos. Através do método causal-explicativo, tentou-se dar uma resposta a quem seria o delinquente, como seria o delinquente e o quantum de delinquência possuía um criminoso²³.

Marcando uma ruptura com a Escola Clássica, a Criminologia Positivista trouxe novas justificativas para o âmbito da Criminologia, não tendo mais como objeto de estudo a sociedade, Estado, leis e nem como eles afetavam os indivíduos, mas sim o comportamento singular e desviante que devia ter como base patológica/anormal no próprio indivíduo que incorreu no crime²⁴.

O método comum entre os positivistas era o empírico-indutivo ou indutivo-experimental, em contraponto à análise filosófico-metafísica dos clássicos^{25 26}.

²³ CASTRO, Lola Anyar de. **Criminologia da libertação**. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 41.

²⁴ ANITUA, Gabriel Ignácio. **Historias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 297.

²⁵ MOLINA, Antonio García-Pablos; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 176.

²⁶ Neste viés, sintetizam Antonio García-Pablos de Molina e Luiz Flávio Gomes, “Os postulados da Escola Positiva, em contraposição aos da Escola Clássica, podem ser sintetizados desta maneira: o delito é concebido como um fato real e histórico, natural, não como uma fictícia abstração jurídica; sua nocividade deriva não da mera contradição com a lei a que ele corresponde, senão das exigências da vida social, que é incompatível com certas agressões que põem em perigo suas

A base do positivismo são as leis naturais, que não tem, reitera-se, a sua origem em uma instância jusnatural ou metafísica, mas sim na ordem física ou social. O fato é a realidade. Os aspectos do crime são centrados e observados no delinquente, frente a uma análise objetiva e empírica das causas que o levaram a delinquir. Sendo assim, aquele que observa deve portar-se isentando-se de qualquer subjetivismo, bem como analisar os dados coletados e inter-relacioná-los. Como verdadeiros cientistas do crime, parte-se do que “é” para inferir, por indução, o que “será”, em um rígido determinismo²⁷.

Neste sentido, muito contribuiu a denominada *Scuola Positiva italiana*, dentre seus corifeus encontram-se Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Raffaele Garófalo.

1.2.1 A Escola Positivista italiana- Césare Lombroso, Enrico Ferri e Raffaele Garófalo

A Criminologia Positivista de Lombroso, inspirada no cientificismo e no positivismo naturalista, enfrentou o problema do crime individualizando “sinais” antropológicos da criminalidade no seu objeto de pesquisa – o homem delinquente – , por meio de uma análise clínica do indivíduo, em zonas rigidamente circunscritas como o cárcere e o manicômio judiciário²⁸.

Baseada nas características do indivíduo, seria possível, portanto, diferenciar os sujeitos “criminosos” dos indivíduos “normais”, apoiando-se sobre a negação do livre-arbítrio mediante um rígido determinismo²⁹.

Reforçando esse paradigma etiológico, que busca a causa e a origem das coisas, no capítulo: Força irresistível dos criminosos, confissões, alerta Lombroso para o determinismo daquele que delinque contra a propriedade³⁰:

bases; seu estudo e compressão são inseparáveis do exame do delinquente e da sua realidade social; interessa ao positivismo a etiologia do crime, isto é, a identificação das suas causas como fenômeno, e não simplesmente a sua gênese, pois o decisivo será combatê-lo em sua própria raiz, com eficácia e, sendo possível, com programas de prevenção realistas e científicos; a finalidade da lei penal não é restabelecer a ordem jurídica, senão combater o fenômeno social do crime, defender a sociedade; o positivismo concede prioridade ao estudo do delinquente, que está acima do exame do próprio fato, razão pela qual ganham particular significação os estudos tipológicos e a própria concepção do criminoso como subtipo humano, diferente dos demais cidadãos honestos, constituindo esta diversidade a própria explicação da conduta delitiva.” (MOLINA, Antonio García-Pablos; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 177.).
²⁷ MOLINA, Antonio García-Pablos; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 176.

²⁸ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 29-30.

²⁹ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 29-30.

Como tudo isso se encontra exatamente nos criminosos, já mostrei com as estatísticas na mão e com a observação de outros; e melhor teria podido, só recolhendo as confissões deles. Assim me disse um ladrão: “Nós temos o furto no sangue; se vejo uma agulha não posso fazer de menos de pegá-la, ainda que depois esteja disposto a restituí-la”. O gatuno Bruno me disse que tenho roubado desde os doze anos pela estrada, roubado no colégio, estava na impossibilidade de abster-se do furto, ainda que estivesse com o bolso cheio. Se não, era difícil dormir e à meia-noite é constrangido a roubar o primeiro objeto que lhe venha à mão. [...] Deham confessava a Lauvergne uma paixão irresistível pelo furto. Dizia: “Não mais roubar seria para mim como não mais viver. O furto é uma paixão que arde como o amor, e quando o sangue me sobe à cabeça e me vai aos dedos, creio que roubaria a mim mesmo, se pudesse”.

Para Lombroso³¹, os caracteres do homem criminoso reunia, entre outros, as mandíbulas volumosas, assimetria facial, orelhas desiguais, falta de barba nos homens, fisionomia viril nas mulheres, ângulo facial baixo³².

Neste viés, o cientista realizou inúmeras pesquisas em indivíduos nas diversas prisões e manicômios da Itália. Por exemplo, o seu modelo positivista mapeava sobretudo o aspecto fisiológico e antropológico de vários delinquentes, entre eles aquele acusado de furto e, a partir de rígidas análises “clínicas”, as características de um desviante comum estariam padronizadas e com isso se poderia prever futuros delinquentes que trariam inscritos no próprio corpo o gene dos delitos contra o patrimônio. Sendo assim, o próprio modelo estigmatizava determinados indivíduos, que, sem qualquer apoio em um livre-arbítrio, estariam fadados a cometer crimes contra o patrimônio e por isso deveriam estar reclusos ou existirem políticas-públicas de defesa da sociedade do “bem”, em um típico pensamento maniqueísta de divisão entre o bem e o mal.

Outro grande expoente das ideologias positivistas foi Enrico Ferri³³ (1856-1929), que expôs o positivismo em um viés mais socialista. Ainda na busca de

³⁰ LOMBROSO, Cesare. **O homem delinquente**. São Paulo: Ícone Editora, 2010. p. 220.

³¹ Conforme registram Antonio García-Pablos de Molina e Luiz Flávio Gomes, “ De acordo com o seu ponto de vista, o delinquente padece uma série de estigmas degenerativos comportamentais, psicológicos e sociais (fronte esquiva e baixa, grande desenvolvimento dos arcos supraciliares, assimetrias cranianas, fusão dos ossos atlas e occipital, grande desenvolvimento das maçãs do rosto, orelhas em forma de asa, tubérculo de Darwin, uso frequente de tatuagens, notável insensibilidade à dor, instabilidade afetiva, uso frequente de um determinado jargão, altos índices de reincidência etc. Em sua teoria da criminalidade Lombroso inter-relaciona o atavismo, a loucura moral e a epilepsia: o criminoso nato é um ser inferior, atávico, que não evolucionou, igual uma criança ou a um louco moral, que ainda necessita de uma abertura ao mundo dos valores; é um indivíduo que, ademais, sofre alguma forma de epilepsia, com suas correspondentes lesões cerebrais.” (MOLINA, Antonio García-Pablos; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 179.).

³² LOMBROSO, Cesare. **O homem delinquente**. São Paulo: Ícone Editora, 2010. p. 197.

critérios etiológicos para a criminalidade, Ferri sustentava que as ações humanas honestas ou desonestas, sociais ou anti-sociais, são um produto advindos de três elementos a serem considerados: fisiopsíquico, atmosfera física e social. O primeiro elemento é a constituição orgânica, psíquica, raça, idade, sexo do indivíduo. Já o segundo elemento está ligado ao clima, solo, estações. O terceiro faz referência à opinião pública, à densidade de população, à religião, ao alcoolismo, à educação, à justiça penal etc³⁴.

Percebe-se, desta feita, a preponderância do elemento sociológico nas contribuições de Ferri, ampliando os fatores da criminalidade para o âmbito externo do indivíduo, como o meio em que foi criado, onde recebeu educação e influências da religião. O fator causal-explicativo do crime sai do âmbito bioantropológico de Lombroso e agrega-se, com uma maior força, ao meio social do homem delinquente. É neste momento que o famoso orador desenvolve melhor a ideologia da defesa social, resgatada da Escola Clássica, e a conseqüente separação de classes, conforme registra Castro ³⁵:

Ao se apoderarem do empirismo da ciência da repressão, começou-se a delinear o que culminaria numa separação dramática da sociedade: mais que entre homens delinquentes e não delinquentes, entre classes delinquentes e classes não delinquentes.

O significado da pena para Ferri e para os positivistas em geral era de uma repressão necessária para defender o organismo social contra indivíduos perigosos, assim a pena serviria como um recurso que possui a finalidade de transformar essa personalidade malquista pela sociedade de bem³⁶.

Fugindo aos pensamentos da Escola Clássica e adequando-se ao modelo positivista, Ferri preconizava que o delito não poderia advir do livre-arbítrio, mas sim por um comportamento condicionado por causas subjacentes. Diante disto, a reação

³³ Esclarece Gabriel Ignacio Anitua, "Algumas dessas contribuições já foram vistas em Lombroso, mas Ferri seria, sem dúvida, o divulgador da versão mais conhecida e mais elaborada do positivismo. Naquilo que torna a atividade estereotípica, Ferri influiu decisivamente na classificação de delinquente que fez famosa a escola positivista: nato, louco, habitual, ocasional e passional. O primeiro é aquele que apresenta uma carga congênita e orgânica para com o delito, motivo pelo qual não pode ser ressocializado. Já o louco tem uma anomalia física psíquica, que também é moral e que o leva a delinquir adquirida, mas sem base orgânica. O ocasional cede diante da oportunidade de delinquir, mas se o meio não favorece ele não age assim. Finalmente, o passional tem facilidade para exaltar-se, mas no geral é como o ocasional." (ANITUA, Gabriel Ignacio. **Historias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 312).

³⁴ ANITUA, Gabriel Ignacio. **Historias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 312.

³⁵ CASTRO, Lola Anyar de. **Criminologia da libertação**. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 46.

³⁶ ANITUA, Gabriel Ignacio. **Historias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 311.

primaz da sociedade será pela legítima defesa pós-delito, ou por um caráter preventivo, pré-delito, isto é, a pena, em alguns casos, poderia ter o valor, em tese, de inclusão, através de um tratamento curativo e reeducador. Para isso, tudo dependeria do quantum de delinquência possuía o criminoso para então adequar o melhor tratamento, se possível. O tempo do tratamento, portanto, tenderia à pena sem termo, pois se condicionava ao esgotamento da criminalidade no indivíduo³⁷.

Neste diapasão, ao delinquente que furta, Ferri proporia não só uma análise antropológica para a causa da criminalidade, mas seria necessário ir além, e pesquisar a fundo o meio social em que aquele desviante viveu, a educação que recebeu, o clima atmosférico em que conviveu e, por fim, chegaria a uma conclusão etiológica dos fatores que condicionaram este delinquente a incorrer no tipo do furto.

O objeto de estudo dos positivistas era um indivíduo extremamente estereotipado; inicialmente descrevendo e conduzindo a explicação do crime nos escaninhos físicos daquelas pessoas já selecionados pelo sistema penal desigual, já afeitos à reação social. Posteriormente, a causa do delito não estava somente no aspecto físico do delinquente, mas também no seu meio social. A Criminologia Positivista, desta feita, teve como ação primordial a reprodução da ordem estabelecida. O criminoso tinha todas as características dos indivíduos de classes baixas e pobres³⁸.

Com isso, houve uma quebra de solidariedade entre as classes, toda a defesa social deveria ser conduzida contra a classe que “normativamente” ficou registrada como agressiva, perigosa e produtora de delinquentes. A consequência é a criminalização de uma classe social que deveria ser reprimida e marginalizada³⁹.

Por fim, outro grande difusor das ideias positivistas no seio da famosa *Scuola Positiva* foi Rafaella Garófalo (1852-1934), este autor construiu o conceito de delito natural, que estaria ligado aos sentimentos e valores jurídicos europeus. Em um viés determinado mais por um racismo idealista do que científico, ele afirmava que as sociedades que não se adequaram aos valores europeus poderiam ser

³⁷ ANITUA, Gabriel Ignacio. **Historias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 313.

³⁸ CASTRO, Lola Anyar de. **Criminologia da libertação**. Rio de Janeiro: Revan, 2008 p. 46.

³⁹ CASTRO, Lola Anyar de. **Criminologia da libertação**. Rio de Janeiro: Revan, 2008 p. 47.

consideradas sociedades degeneradas. Os dois sentimentos europeus básicos e naturais seriam descritos pelo autor como a “piedade” e “probidade”⁴⁰.

A piedade está ligada aos bens jurídicos vida e saúde, enquanto a probidade ou justiça se refere à propriedade. Àquele que carece de tais sentimentos, o delinquente natural ou inimigo natural, espontaneamente os afrontarão⁴¹.

Posto isso, percebe-se que Garófalo⁴² se preocupou muito mais com o conceito do delito do que em descrever o delinquente⁴³.

O ponto característico de sua teoria é a fundamentação do tipo e da conduta do criminoso em uma base eminentemente psíquica e moral. O criminoso é tratado com alguns dos estigmas antropológicos de Lombroso e sociais de Ferri, mas sobressalta o déficit moral dentro de sua esfera de personalidade, exatamente por não possuir os sentimentos acima transcritos, não se tratando, à primeira vista, de uma enfermidade mental⁴⁴.

Ao criminoso que furta, Garófalo proporia a deportação ou a expulsão da comunidade, já que aquele careceria do sentido de probidade ou justiça e por isso deveria ser excluído da sociedade para que não houvesse “contaminação”⁴⁵.

A pena de morte deveria ser imposta àqueles que atentam contra a piedade, isto é, contra a vida e a saúde de outrem. Esses são considerados irrecuperáveis e por isso a imposição da pena capital⁴⁶.

⁴⁰ ANITUA, Gabriel Ignácio. **Historias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 314.

⁴¹ ANITUA, Gabriel Ignácio. **Historias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 314.

⁴² Foi Garófalo que incutiu a noção de “periculosidade” dentro do positivismo, conforme registra Gabriel Ignácio Anitua, “Foi ele que introduziu a noção de “periculosidade”, tão cara ao positivismo. Ele é o seu verdadeiro “inventor”, pois o havia utilizado pela primeira vez em um artigo publicado em 1878. A periculosidade – temerité – seria definida como “perversidade constante e ativa”, mediante a qual recomendava que a pena não devia ser proporcional ao dano ocasionado, mas sim à dita periculosidade do sujeito. Ao unir critérios dos psiquiatras e médicos do século XIX com os que eram próprios da ciência jurídica, Garófalo conseguiu aumentar o aspecto repressivo de ambos. Por conseguinte, ele criticava o que chamava de benevolência – ou má atuação médica e judicial – para reprimir e separar os perigosos das pessoas probas e piedosas. Ele foi, pois, o defensor das mais terríveis ideias de inoculação como solução diante desses inimigos perigosos.” (ANITUA, Gabriel Ignácio. **Historias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 314).

⁴³ MOLINA, Antonio García-Pablos; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 181.

⁴⁴ MOLINA, Antonio García-Pablos; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 181.

⁴⁵ MOLINA, Antonio García-Pablos; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 315.

⁴⁶ MOLINA, Antonio García-Pablos; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 315.

Uma das falhas da Criminologia “empírica”, além de todo o racismo contido em seus postulados, foi o de estudar e pesquisar indivíduos que já estavam devidamente selecionados pelo sistema penal. Dentro do contexto explicativo-causal, tentou determinar uma causa à criminalidade, mas esqueceu que a seleção social e o processo de etiquetamento se iniciam fora do presídio, sendo este somente o ponto culminante ou término do ciclo àqueles selecionados pela sociedade como perigosos e anormais.

A importância desta Escola criminológica é sentida principalmente pelo lado histórico-político. Os iluministas, época da Escola Clássica, se limitaram a teorizar a pena, em todo o seu sentido abstrato e contratual, frente ao poder absolutista de antanho. Com o rompimento dos poderes absolutos do monarca, uma nova classe social avança por estabelecer-se, essa é a burguesia. O trabalho dos positivistas foi o de legitimar e fundamentar os valores dessa classe e, por conseguinte, estigmatizar todos os outros que não compartilhavam dos mesmos privilégios burgueses⁴⁷.

A partir disso, avalia Molina e Gomes ⁴⁸:

A teoria do contrato social e da função preventiva da pena não eram suficientes para fundamentar positivamente a nova ordem social burguesa industrial. Pelo contrário, o criticismo racionalista e metafísico dos iluminados poderia colocá-la em perigo. Era necessário, por isso, fortalecer a nascente ordem social, legitimá-la, protegê-la, e esse foi o projeto político do positivismo, que absolutizou e entronou, possivelmente não o poder, mas sim a ordem burguesa.

Percebe-se que as escolas criminológicas constituem poderosos instrumentos de legitimação do poder vigente e do controle social. A função legitimadora da ordem burguesa não é vista somente na Escola científica, mas também em alguns pontos nos clássicos, diante da ideologia da defesa social, que, como os críticos apontarão mais tarde, não passam de argumentos formais de ratificação do poder e da classe burguesa.

1.3 Labeling Approach- Etiquetamento social

No âmbito da sociologia criminal, diferentes escolas da Criminologia tentaram perfilhar, inspiradas na tendência do “labeling approach” ou rotulação, caminhos

⁴⁷ MOLINA, Antonio García-Pablos; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 175.

⁴⁸ MOLINA, Antonio García-Pablos; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 175.

outros para entender o problema do crime, qual seja a reação social. Por meio dela, verificou-se um processo de criminalização em que a reação social determinaria quais condutas se tornariam delitivas e criariam a delinquência. Esta forma de determinar a delinquência demonstra o nítido caráter seletista do sistema, pois alguns eram marcados ou rotulados como criminosos e outros não, determinadas condutas eram taxadas de perigosas e outras não. E por essa via de etiquetamento, ampliar-se-ia ainda mais o status delitivo no indivíduo selecionado como criminoso⁴⁹.

Ademais, deve-se analisar a ação constitutiva de estigmas das instâncias oficiais de controle que define e reage contra o comportamento criminoso, a iniciar pela constituição das normas abstratas até a ação concreta das instituições estatais como polícia, Ministério Público, juízes e instituições penitenciárias. Essa ação e reação das instituições de controle costuma criar o *status* ou o estigma da delinquência naqueles que são objetos da *persecutio criminis*⁵⁰.

Nas palavras de Baratta mudam-se os paradigmas⁵¹:

Os criminólogos tradicionais examinam problemas do tipo “quem é criminoso?”, “como se torna desviante?”, “em quais condições um condenado se torna reincidente?”, “com que meios se pode exercer controle sobre o criminoso?”. Ao contrário, os interacionistas, como em geral os autores que se inspiram no labeling approach, se perguntam: “quem é definido como desviante?”, “que efeito decorre desta definição sobre o indivíduo?”, “em que condições este indivíduo pode se tornar objeto de uma definição?” e, enfim, “quem define quem?”.

Com essas considerações, percebe-se que com a influência da fenomenologia e do interacionismo há um importante avanço nos estudos da criminalidade para além do delinquente, mas abarcando, também, o processo anterior de criminalização. Esse pensamento marca uma ruptura de laços com a Criminologia Positivista, pois muda-se quase que completamente o enfoque, o método e o objeto de estudos⁵².

A Criminologia da reação social parte dos fatos interpretados ou não como desviantes segundo a reação da própria sociedade. Diante de determinados fatos, a

⁴⁹ CASTRO, Lola Anyar de. **Criminologia da libertação**. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 41.

⁵⁰ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 86.

⁵¹ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 89-89.

⁵² ANITUA, Gabriel Ignácio. **Historias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 588.

sociedade reage negativamente ou de forma anormal a ela, construindo-se a criminalização daquele fato ou conduta ou reagindo de forma neutra⁵³.

Diante desta mudança de paradigmas, vários autores fizeram referência a esse processo de criminalização, entre eles encontra-se Frank Tannenbaum (1893-1969). Para este autor, a “dramatização do mau”, através da ação das instâncias de controle cria o processo de “rotulação” (tagging), que atribui características ao indivíduo e, por consequência, o expulsará a sociedade de “bem” e será recebido pelo grupo de indivíduos criminosos⁵⁴.

Neste sentido, a sociedade e o poder público dramatiza ou confere atenção demasiada aos crimes contra o patrimônio, até mesmo pela relevância social dada ao bem jurídico; assim, estabelece-se o padrão comum aos furtadores e aos que roubam e por meio dessas características ou estigma negativos constitui-se os rótulos; uma vez delinquindo e recebendo da sociedade os estigmas sociais advindos desta conduta, para sempre aquele indivíduo estará marcado como um criminoso, não restando para ele outras alternativas senão continuar em uma verdadeira “carreira criminosa”.

Outro autor importante no cenário do interacionismo foi Edwin Lemert (1912-1996), em seus estudos, ele criticava a separação entre criminosos e não criminosos. O foco deveria ser em torno do comportamento, separando-o em dois tipos: desvio primário e desvio secundário. O desvio primário seria a conduta referida pela lei penal cujas causas, sem fugir do pensamento tradicional, remontariam ao âmbito social, cultural e psicológica do acusado. Logo após incorrer na conduta descrita no tipo, a reação social diante do delito seria a parte mais importante de todo esse processo, pois com ela reagindo negativamente ao delito cumpre-se o primeiro passo para a imposição do estigma de desviado. O desvio secundário, por sua vez, seria a resposta à reação social, somente o ponto culminante de todo o processo estigmatizador^{55 56}.

⁵³ ANITUA, Gabriel Ignácio. **Historias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 588.

⁵⁴ ANITUA, Gabriel Ignácio. **Historias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 588.

⁵⁵ ANITUA, Gabriel Ignácio. **Historias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 590-591.

⁵⁶ Outro importante autor da Criminologia da reação social foi Howard Becker, comenta Gabriel Ignácio Anitua: “Becker também ia mais além quanto ao fato de não pressupor que o comportamento desviado afeta a sociedade em seu conjunto e pensar justamente em quem é aquele que tem o poder de impor uma etiqueta. Ele afirmaria que são os grupos sociais os que criam o desvio ao aplicar regras e colocar etiquetas de “estranhos” em algumas pessoas. Becker

Entre as críticas⁵⁷ apontadas ao modelo da reação social, tem-se a falta de importância que se torna o desvio primário dentro do processo de criminalização. A maior parte dos autores não exploram com tanta veemência o primeiro passo do processo estigmatizador, focando o objeto da pesquisa no desvio secundário, posterior à reação social. É no desvio primário, como apontam alguns, que se deve buscar os problemas estruturais e sociais ligados ao crime. Portanto, a teoria do etiquetamento não passaria do aspecto “micro” do problema criminal tendendo a esquecer o aspecto “macro” de outras questões ou variáveis que também influenciam ou constituem o comportamento desviante⁵⁸.

1.4 Criminologia Crítica

Com o advento destes novos estudos do controle e da reação social que procuravam enxergar, com diferentes métodos, a origem do delito, abriram-se então novos caminhos para a eclosão cada vez mais progressiva da criminologia radical/crítica ou também chamada de “nova criminologia”⁵⁹.

A criminologia crítica advém dos estudos de Karl Marx, é ele quem cria a Crítica ao descrever o sistema capitalista como produto da classe burguesa disposta a operar o sistema sob falsos ideais burgueses de liberdade e justiça quando por detrás existe uma essência desumana e antissocial na produção⁶⁰.

Em suas pesquisas, Marx se utiliza de um método chamado de materialismo histórico que consiste, em breve resumo, em estudar um fato social integrado com a história constituída e constituinte de determinada sociedade, segundo os aspectos históricos da luta de classes e os aspectos políticos e econômicos a envolvê-la.

afirmou contundentemente: “O desviado é uma pessoa a quem o etiquetamento foi aplicado com êxito; o comportamento desviado é um comportamento etiquetado como tal”. Por conseguinte, o comportamento desviado não existe ontologicamente, mas sim o desvio será um atributo imposto na reação social. Para ter sucesso no etiquetamento é necessário ter o poder de criar as normas de fazê-las entrar em ação no caso concreto”. (ANITUA, Gabriel Ignácio. **Historias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 592.).

⁵⁷ Entre as acentuadas críticas, alerta Lola Anyar de Castro: “Mas o impulso oficial da escola interacionista, que pôde recriar radicalmente a reflexão criminológica, fica a meio caminho quando retorna às origens de toda problemática delitiva, isto é, ao estudo do Estado, do poder e dos interesses, e estanca na análise, também causal-explicativa, da reincidência devida à rotulação. Ao mesmo tempo, ao estimular as pesquisas valorativas, contribui para a reforma do aparato do controle social formalizado, constituindo-se assim em um instrumento a mais de legitimação.” (CASTRO, Lola Anyar de. **Criminologia da libertação**. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 42).

⁵⁸ ANITUA, Gabriel Ignácio. **Historias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 599.

⁵⁹ CASTRO, Lola Anyar de. **Criminologia da libertação**. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 42.

⁶⁰ CASTRO, Lola Anyar de. **Criminologia da libertação**. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 58.

Desta forma será possível entender as contradições e a verdadeira aparência dos fenômenos sociais⁶¹.

Este método, também chamado de dialético, mostrará que as relações sociais e os próprios institutos do direito são influenciados pela histórica luta de classes entre burguesia que possui a propriedade dos meios de produção e o proletariado que detém a força de trabalho. As relações de produção e o modo de produção são resultados deste antagonismo de classe. Assim, entender um determinado fenômeno social isoladamente ou utilizar de métodos empíricos e científicos sem englobar este contexto que necessariamente a sociedade está incluída, é facultar a criação de teorias de ideologia, que possuem a função de ocultar a realidade sob falsos pretextos⁶².

Como acentua Castro ⁶³:

Enquanto Marx fazia crítica econômica, a teoria crítica faz crítica cultural. É a crítica da ideologia. É preciso combinar as duas. Um dos aspectos mais importantes da teoria crítica é o que explica o desenvolvimento sociocultural do homem como um processo de autorreflexão, que consiste no desmascaramento de “poderes opressores, cuja objetividade deriva unicamente do fato de ainda não terem sido descobertos” (Habermas). Ou seja, a função da teoria será a desmascarar todo tipo de legitimação ideológica, bem como exigir uma discussão racional de toda relação fática de poder. É, assim, por si mesma, um elemento catalizador do contorno social.

Para a criminologia crítica, a criminalidade deixa de ser vista como um aspecto ontológico e causal do indivíduo ou do seu meio, mas revela-se como um status atribuído a determinadas pessoas em razão de seus comportamentos estigmatizados. Esta seleção opera-se de duas formas: em um primeiro momento, seleciona-se os bens jurídicos protegidos pelo direito penal; num segundo momento, seleciona-se os indivíduos estigmatizados entre todos os outros indivíduos que também incorrem na norma penal incriminadora⁶⁴.

Segundo Baratta a criminalidade é um “bem negativo”, distribuído desigualmente conforme a hierarquia dos interesses fixada no sistema socioeconômico e conforme a desigualdade social entre os indivíduos, isto é, a criminalidade está distribuída em todas as classes, o ilícito todos os dias são é

⁶¹ CASTRO, Lola Anyar de. **Criminologia da libertação**. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 59.

⁶² CASTRO, Lola Anyar de. **Criminologia da libertação**. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 59.

⁶³ CASTRO, Lola Anyar de. **Criminologia da libertação**. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 61.

⁶⁴ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 161.

perpetrado, no entanto somente uma classe é selecionada para responder por seus atos.⁶⁵

Dessa maneira, percebe-se que o Estado e os institutos oficiais do Direito penal são instrumentos que a classe dominante utiliza para continuar a sobrepor-se aos interesses dissonantes. A seletividade social e penal é operada de acordo com os interesses que financiam o próprio sistema econômico.

Objetivar um estereótipo do delinquente em classes que comumente procuram subverter a ordem estabelecida, isto é, os privilégios estabelecidos em favor de alguns, é demonstrar que os interesses burgueses de fato foram institucionalizados nas letras constituídas pelo legislador, na sentença proferida pelo julgador e na ação executiva do administrador.

Enquanto que os princípios da ideologia da defesa social, ainda muito em voga, apontam para um direito penal que protege a todos os cidadãos de forma indistinta e vela por sua incidência igual para todos, a crítica contra argumentará em desfavor desses postulados⁶⁶.

A crítica expõe um direito penal que não defende a todos, e mesmo quando há ofensa a bens jurídicos relevantes, a aplicabilidade da sanção penal varia conforme as condições sociais e econômicas do acusado. Por consequência, a lei penal não é igual para todos, o status de criminoso é distribuído pelo sistema oficial de controle de forma desigual e, o mais grave, o status de desviante é atribuído não em decorrência à gravidade social da conduta perpetrada, dado que existem ações delitivas que afrontam bens jurídicos, em tese, mais importantes e que mesmo assim não sofrem com a *persucutio* do Direito penal⁶⁷.

Debruçar-se, portanto, sobre o estudo dos delitos patrimoniais, como o furto, é investigar os meandros de um direito penal desigual, perpassando por uma igualdade jurídico-formal que somente oculta as desigualdades materiais produtoras e reprodutoras dos estigmas sociais, ou, nos dizeres do professor Netto “a mesma

⁶⁵ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 161.

⁶⁶ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 162.

⁶⁷ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 162.

sociedade que origina a desigualdade torna-se, ao mesmo tempo, absolutamente intolerante em relação a ela”⁶⁸.

1.5 As funções da pena

O primeiro questionamento antes de se aplicar uma pena qualquer a um indivíduo que transgride as normas de uma sociedade é o porquê e qual a justificativa para a sua aplicação. Qual a finalidade esperada com a aplicação da sanção e, exposto estes motivos, se estes são válidos e se tem eficácia dentro de certos parâmetros e princípios sociais.

Toda pena deve ter uma função ou uma finalidade, seja ela apenas retribuir o injusto perpetrado, dissuadir toda a sociedade ou focar na recuperação por meio de ideologias de ressocialização do desviante. Assim, é imprescindível entender os motivos de existência das penas para então questioná-las e propor mudanças se necessárias por um viés crítico e racional do Direito penal e da Criminologia.

1.5.1 Teorias absolutas

As teorias absolutas fundamentam a aplicação da pena pela retribuição de um mal causado ou a sua compensação. Desprovida de qualquer caráter preventivo, a pena é aplicada àquele que causou algum mal social e por isso deve receber uma sanção como consequência de sua conduta ilegal. Essa retribuição do injusto através da pena se aproxima das exigências da justiça e diz respeito também à expiação do delito causado⁶⁹.

A pena para aquele que afronta o bem jurídico patrimônio, dependendo do caso concreto, deveria ser a mera retribuição do injusto causado ao proprietário do bem. Assim, a pena se justificaria pela perda do patrimônio do delinquente ou a conversão dos frutos de seu trabalho em favor da vítima do delito, dentro de certos parâmetros de proporcionalidade entre o injusto causado e a sua reparação e expiação.

⁶⁸ NETTO, Alamiro Velludo Salvador. **Direito Penal e propriedade privada**: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio. São Paulo: Atlas, 2014. p. 1.

⁶⁹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 442.

Na atualidade, o conceito jurídico de retribuição da pena traz consigo a ideia da proporcionalidade ao injusto culpável, segundo o princípio da justiça distributiva. Portanto, não se trata, ao menos no campo formal do direito, a um sentimento de vingança social, mas sim a um limitativo da sanção, pois frente ao delito perpetrado deve-se manejar a pena de acordo com a magnitude do injusto e da culpabilidade⁷⁰.

1.5.2 A função de prevenção geral da pena

A prevenção geral negativa faz alusão ao caráter utilitário da pena, pois pretende, com a imposição da sanção, dissuadir todos os outros indivíduos que pensam em delinquir. A medida da pena está na exata proporção da intimidação dissuasória, desprovida de qualquer consideração ética, embora a doutrina trabalhe em torno de certos limites impostos à imposição da pena⁷¹.

Dentro de uma lógica mecânico racional, entende-se o ser humano como capaz de, em suas ações, sopesar o custo-benefício e as consequências advindas de suas condutas sociais. Neste viés, a pena deve servir de exemplo suficiente para que o indivíduo não veja na conduta criminosa um custo-benefício superior do que o risco de imposição da sanção penal⁷².

No entanto, percebe-se que esta função exemplarizante da pena perde em sentido em razão da seletividade do sistema punitivo. A realidade social demonstra que a maior parte dos crimes faz referência aos delitos com finalidade lucrativa, que, de acordo com a seletividade penal, recai sempre sobre os vulneráveis. Assim, o elemento de dissuasão vai recair sobre as condutas criminosas que aqueles podem perpetrar dentro do sistema penal desigual⁷³.

Neste diapasão, analisam Zaffaroni e Nilo Batista ⁷⁴:

Uma criminalização que seleciona as obras toscas não exemplariza dissuadindo do delito, mas sim da inabilidade em sua execução: estimula o aperfeiçoamento criminal do delinquente ao estabelecer o maior nível de elaboração delituosa como regra de sobrevivência para quem delinque. Não tem efeito dissuasivo, mas propulsor de maior elaboração delituosa.

⁷⁰ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 444.

⁷¹ ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo. **Direito Penal brasileiro**- I. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 117.

⁷² ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo. **Direito Penal brasileiro**- I. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 117.

⁷³ ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo. **Direito Penal brasileiro**- I. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 117.

⁷⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo. **Direito Penal brasileiro**- I. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 117.

Em outras ocasiões, enquanto a seletividade evidencia os vulneráveis, também sobressaltam os invulneráveis à este efeito dissuasório, revelando a sua total ineficácia à frente de delitos do “colarinho branco”, terrorismo de estado, crimes com motivações patológicas (semi-imputáveis) ou situações em que não se pondera sobre a ameaça da pena, nos casos dos homicídios dolosos⁷⁵.

Nada obstante ser raro a existência da não delinquência em razão *per si* da criminalização secundária, a maior parte dos indivíduos não incorrem na pena por medo ou receio da sua imposição. Existe todo um bojo de consequência penais e não penais com aplicação da pena, um deles é a própria estigmatização social que a criminalização secundária, através da *persecutio criminis*, proporciona. Assim, verifica-se a existência de diversas variáveis éticas e não-jurídicas que influenciam negativamente no cometimento do crime, não tendo guarida o efeito da prevenção geral negativa⁷⁶.

No plano do furto, dificilmente algum indivíduo entende de forma dissuasória a possível aplicação da pena de um a cinco anos de reclusão, conforme prescreve o artigo 155 do Código Penal. Ademais, o próprio sistema penal escolhe quem deve ser criminalizado ou não. A criminalização secundária é, acima de tudo, política e satisfaz a conveniências de seus controladores. Quando se precisa mostrar a eficiência do sistema discriminatório, tem-se aqueles que recebem involuntariamente toda a carga da sanção criminal.

De forma prática e segundo a característica da retribuição da pena, a legitimação desta função penal faz com que as penas a serem aplicáveis ao caso concreto se tornem descomunais e desproporcionais, pois, segundo analisado, os delitos que devem ser impedidos através da pena exemplar, continuam a ocorrer, devendo ser cada vez mais agravado a imposição da pena como um reforço natural de sua existência; chega-se, portanto, à pena de morte para todos os delitos, por esgotamento de alternativas e, por conseguinte, esta teoria se aproxima bastante das teorias absolutas de retribuição penal⁷⁷.

Já a teoria da prevenção geral positiva da pena está ligada ao consenso social frente às instâncias de controle que impõe a pena e ao reforço da confiança

⁷⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo. **Direito Penal brasileiro**- I. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 117.

⁷⁶ ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo. **Direito Penal brasileiro**- I. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 118.

⁷⁷ ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo. **Direito Penal brasileiro**- I. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 118.

necessária à manutenção do equilíbrio do sistema penal. Trata-se, antes de tudo, da criminalização secundária impor com eficácia a neutralização do injusto perpetrado, não para fins de exemplificação, mas sim de dar créditos à atuação do sistema penal oficial. Desta forma, o sistema aplica a pena superando o injusto e dando publicidade neutralizante ao delito, reforçando suas instituições⁷⁸.

Diante do furto ou do roubo, delitos esses rechaçados pela sociedade, as instâncias de controle devem apurá-los e impor as sanções devidas, utilizando-se dos selecionados pelo sistema como bodes expiatórios para o ganho de créditos das instituições de repressão e o restabelecimento normativo. O uso do delinquente como mero instrumento institucional é uma das críticas feitas a esta função da pena.

No âmbito normativo a ser restabelecido, Luiz Regis Prado comenta os principais efeitos desta função ⁷⁹:

Em linhas gerais, três são os efeitos principais que se vislumbram dentro do âmbito de atuação de uma pena fundada na prevenção geral positiva: em primeiro lugar, o efeito de aprendizagem, que consiste na possibilidade de recordar ao sujeito as regras sociais básicas cuja transgressão já não é tolerada pelo Direito Penal; em segundo lugar, o efeito de confiança, que se consegue quando o cidadão vê que o Direito se impõe; e, por derradeiro, o efeito de pacificação social, que se produz quando uma infração normativa é resolvida através da intervenção estatal, restabelecendo a paz jurídica.

Seguindo as mesmas consequências da prevenção geral negativa, a positiva também desemboca em excesso de penas, dado que as sociedades são conflituosas, dificilmente se encontrará uma fórmula penal que concentre a coesão esperada pela função geral positiva da pena. O que se terá é a aplicação desmedida de várias penas em busca de consenso social ao sistema⁸⁰.

Outra importante crítica é o fator legitimador desta teoria. As instâncias de controle operam segundo características seletivas do sistema, conseqüentemente a sua ação novamente vai recair sobre determinada parcela da sociedade. Se os não criminalizados acreditarem nessa falsa ilusão de eficácia do sistema penal, naturalmente o direito penal revela-se como fonte difusora de ideologias falsas⁸¹.

⁷⁸ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 444.

⁷⁹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 445.

⁸⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo. **Direito Penal brasileiro**- I. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 122.

⁸¹ ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo. **Direito Penal brasileiro**- I. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 122.

Posto isso, percebe-se que a função idealizadora desta teoria, também é vista na função geral negativa da pena ou nas teorias absolutas, pois diante do delito, a pena sempre serve para, de alguma forma, restabelecer a ordenamento jurídico violado⁸².

1.6.4 A função de prevenção especial da pena

Enquanto a função geral é aplicada a todos os indivíduos “indistintamente”, a prevenção especial leva em consideração, em sua análise, a periculosidade do próprio delinquente, concretamente considerado, e as medidas para corrigi-lo. Esta função exerce o papel legitimador das ideologias *re* (ressocialização, reeducação, resinserção, repersonalização, reinividualização, reincorporação)⁸³.

No entanto, apesar de teoricamente a pena consistir em uma ressocialização do indivíduo, a realidade social difere muito do pretendido, com presídios superlotados, violações a diversos direitos dos presos e um sistema que viabiliza uma verdadeira carreira criminosa àqueles que sofrem com a privação de sua liberdade. Essa função torna-se inócua dentro do sistema penal brasileiro⁸⁴.

Ademais, como a função da pena é voltada ao autor do delito e à sua periculosidade, torna-se perigoso a imposição de penas indefinidas, já que a sua cessação está na razão direta da diminuição do quantum de periculosidade que envolve o delinquente, podendo ser adotado até mesmo um Direito penal do autor⁸⁵.

Portanto, no viés desta teoria a aplicação da pena serviria para reeducar novamente o delinquente para os moldes esperados pela sociedade vigente, de acordo com certos parâmetros escolhidos e reintegrá-lo após o cumprimento final da

⁸² PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 444.

⁸³ ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo. **Direito Penal brasileiro- I**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 122.

⁸⁴ Zaffaroni e Nilo Batista ressaltam as críticas: “ Os riscos de homicídio e suicídio em prisões são mais de dez vezes superiores aos da vida em liberdade, em meio a uma violenta realidade de motins, abusos sexuais, corrupção, carências médicas, alimentares e higiênicas, além de contaminações devido a infecções, algumas mortais, em quase 80% dos presos provisórios. Assim, a prisonização é feita para além da sentença, na forma de pena corporal e eventualmente de morte, o que leva ao paradoxo a impossibilidade estrutural da teoria. Quando uma instituição não cumpre sua função, por regra não deve ser empregada. Na realidade paradoxal do continente latino-americano, as penas não deveriam ser impostas se se mantivesse, coerentemente, a tese preventista especial positiva. A circunstância de que sequer seja mencionada tal possibilidade prova que a prevenção especial não passa de um elemento do discurso.” (ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo. **Direito Penal brasileiro- I**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 126.)

⁸⁵ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 444.

pena. Assim, a pena serve para melhorar o agente e corrigir a sua periculosidade através de uma estrutura penal eficiente e integradora.

Com o foco na defesa social, a função preventiva especial negativa da pena somente tem início quando as ideologias *re* não funcionam. Neste caso, o indivíduo que não pode ser ressocializado deve ser eliminado ou neutralizado para o bem da sociedade, como uma forma de expurgar um mal incorrigível⁸⁶.

Contudo, o sistema prisional e as penas impostas não foram feitas para funcionar de forma a reintegrar aquele que desviou. A função da prevenção especial negativa sempre será uma discussão, mesmo em Estados que não admitem a pena de morte ou prisão perpétua. Por isso sempre estará em voga a discussão sobre estes tipos de penas, pois dificilmente se admite correção àqueles incorrigíveis pelo sistema, quando perpetram crimes brutais ou são reincidentes.

⁸⁶ ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo. **Direito Penal brasileiro**- I. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 122.

2 ANÁLISE DE DADOS DO CRIME DE FURTO SIMPLES E DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

O objetivo deste capítulo é tentar entender a questão tema do trabalho a partir de uma observação de dados do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios em um lastro temporal de 01/01/2018 a 30/06/2018, completando seis meses de estudos dos acórdãos prolatados pelo referido tribunal sobre o furto simples.

Ademais, foi objeto da pesquisa o sistema penitenciário nacional, bem como o sistema penitenciário do Distrito Federal, para isso foi utilizado a principal fonte relacionado a este tema que é o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), atualizadas até junho de 2016, realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional e Ministério da Justiça e Segurança Pública.

Segundo o referido levantamento, a população prisional no Brasil, até a data da pesquisa, contava com 726.712 pessoas encarceradas. As vagas que dispunham as estruturas penitenciárias eram de 368.049, com isso tem-se um déficit de vagas de 358.663, uma taxa de ocupação de 197,4% e de aprisionamento de 352,6⁸⁷.

No Distrito Federal a população prisional era de 15.194, com uma taxa de aprisionamento de 510,3. As vagas no sistema prisional da capital do Brasil era de 7.229, com uma taxa de ocupação de 210,2%. O total de presos sem condenação era de 3.651 representando 24% dos presos⁸⁸. Registra o relatório⁸⁹:

Em Junho de 2016, a população prisional brasileira ultrapassou, pela primeira vez na história, a marca de 700 mil pessoas privadas de liberdade, o que representa um aumento da ordem de 707% em relação ao total registrado no início da década de 90, conforme gráfico 1. [...] Entre 2000 e 2016, a taxa de aprisionamento aumentou em 157% no Brasil. Em 2000 existiam 137 pessoas presas para cada grupo de 100 mil habitantes. Em Junho de 2016, eram 352,6 pessoas presas para cada 100 mil habitantes, conforme gráfico 3.

⁸⁷ BRASIL. Departamento penitenciário nacional. (org.). **Levantamento nacional de informações penitenciárias**. Brasília, 2017. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf. Acesso em: 04 jan. 2019.

⁸⁸ BRASIL. Departamento penitenciário nacional. (org.). **Levantamento nacional de informações penitenciárias**. Brasília, 2017. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf. Acesso em: 04 jan. 2019.

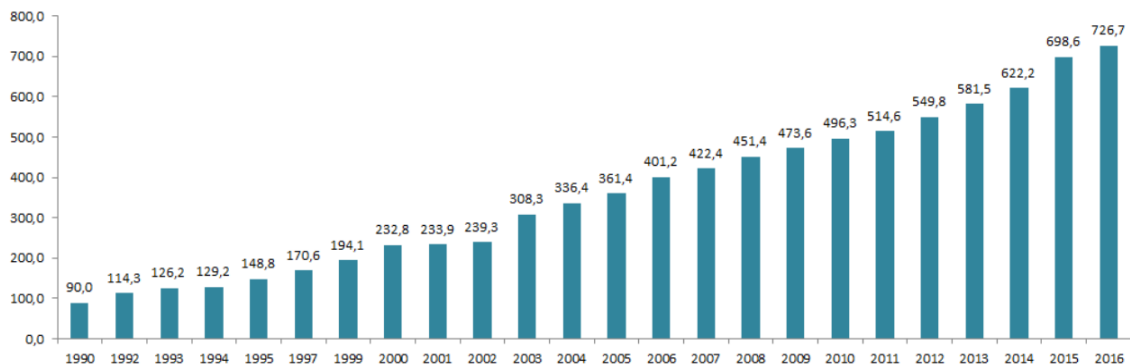
⁸⁹ BRASIL. Departamento penitenciário nacional. (org.). **Levantamento nacional de informações penitenciárias**. Brasília, 2017. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf. Acesso em: 04 jan. 2019.

No DF as pessoas privadas de liberdade por natureza da prisão e tipo de regime somam-se 24% com presos sem condenação, 43% sentenciados em regime fechado, 33% sentenciados em regime semiaberto, 0% sentenciados em regime aberto⁹⁰.

Analisando os tipos de estabelecimentos prisionais, 49% destes são reservados para o aprisionamento de presos provisórios, 24% das unidades são para cumprimento em regime fechado, 8% em regime semiaberto e 2% para regime aberto, as demais são divididas em unidades para cumprimento de medida de segurança, destinados à realização de exames gerais e criminológicos⁹¹.

A quantidade total de crimes consumados/tentados pelos quais homens e mulheres respondem é de 620.583, com 586.722 de crimes realizados por homens e 33.861 por mulheres. A maior quantidade de crimes consumados/tentados é contra o patrimônio, com 278.809 no total, abrangendo crimes como furto simples, furto qualificado, roubo simples, roubo qualificado, latrocínio, extorsão, extorsão mediante sequestro, apropriação indébita, apropriação indébita previdenciária, estelionato, receptação, receptação qualificada e outros⁹².

Gráfico 1. Evolução das pessoas privadas de liberdade entre 1990 e 2016¹²



Fonte: Ministério da Justiça. A partir de 2005, dados do Infopen.

⁹⁰ BRASIL. Departamento penitenciário nacional. (org.). **Levantamento nacional de informações penitenciárias**. Brasília, 2017. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf. Acesso em: 04 jan. 2019.

⁹¹ BRASIL. Departamento penitenciário nacional. (org.). **Levantamento nacional de informações penitenciárias**. Brasília, 2017. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf. Acesso em: 04 jan. 2019.

⁹² BRASIL. Departamento penitenciário nacional. (org.). **Levantamento nacional de informações penitenciárias**. Brasília, 2017. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf. Acesso em: 04 jan. 2019.

Dentre esses crimes listados, o furto simples representa o 3º crime mais frequentemente realizado no grupo de crimes contra o patrimônio, perdendo para o roubo qualificado com 102.068 crimes tentados/consumados e para o roubo simples com 52.236 do total. O número de presos que respondem pelo tipo penal do furto simples tentado/consumado e que aguardam julgamento ou já foram condenadas expressam-se num total de 37.155 pessoas, entre 35.674 homens e 1.481 mulheres⁹³.

Em distribuição por gênero dos crimes tentados/consumados por tipo penal em porcentagem, tem-se que 12% dos homens encarcerados respondem por furto e 26% por roubo, entre as mulheres esse número cai para 9% em crime de furto e 11% em roubo. Os crimes contra o patrimônio representam pelo menos 44% entre homens que aguardam o julgamento ou já foram condenados em crime patrimonial tentado ou consumado⁹⁴.

Por fim, registra-se os profissionais em atividade no sistema prisional brasileiro, compondo-se por servidores responsáveis pela atividade de custódia de pessoas (74%) somando 78.163 pessoas. Servidores que trabalham na área administrativa somam 8% com 8.900 pessoas. As categorias de saúde como médicos, enfermeiros, dentistas, ginecologistas, clínicos, psiquiatras e demais especialidades representam, juntas, 6% dos servidores do sistema penitenciário. Os advogados e assistentes sociais somam 1% e os profissionais da educação que compreendem os pedagogos e professores somam 3% do quadro de servidores ou 3.124 pessoas⁹⁵.

2.1 Dados gerais da pesquisa de furto simples

Feita essas observações do sistema penitenciário brasileiro, passa-se para a pesquisa realizada, foram avaliados 72 (setenta e dois) processos referentes ao tipo

⁹³ BRASIL. Departamento penitenciário nacional. (org.). **Levantamento nacional de informações penitenciárias**. Brasília, 2017. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf. Acesso em: 04 jan. 2019.

⁹⁴ BRASIL. Departamento penitenciário nacional. (org.). **Levantamento nacional de informações penitenciárias**. Brasília, 2017. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf. Acesso em: 04 jan. 2019.

⁹⁵ BRASIL. Departamento penitenciário nacional. (org.). **Levantamento nacional de informações penitenciárias**. Brasília, 2017. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf. Acesso em: 04 jan. 2019.

penal “furto simples” com conseqüente preenchimento dos respectivos formulários para a coleta de dados. O espectro temporal determinado foi da data de 01/01/2018 a 30/06/2018, representando um lastro de 6 meses completos de todos os recursos de furto simples identificados na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.

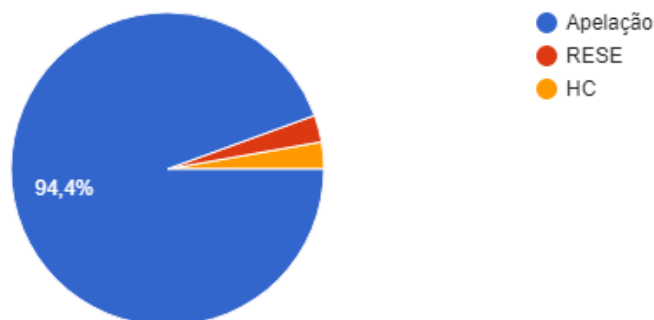
A palavra-chave “furto simples” devolveu vários recursos com esses termos, com muitos julgados somente do furto simples em si, bem como julgados referentes a teses de defesa, como por exemplo a desclassificação do furto qualificado para o simples, ou do roubo simples para furto simples. Diante disto, fez-se um novo filtro das ocorrências analisadas para separar somente os julgados que de fato o furto simples foi analisado em toda sua estrutura penal, como por exemplo o provimento da desclassificação do furto qualificado para o furto simples e as teses de defesa ou de acusação referentes ao mérito e dosimetria da pena do mencionado crime.

Entre os recursos analisados tem-se o recurso em sentido estrito (2,8%), habeas corpus (2,8%) e apelação (94,4%), sendo a maioria dos recursos representados por este último.

Gráfico 2- Recurso interposto.

Qual recurso interposto

72 respostas



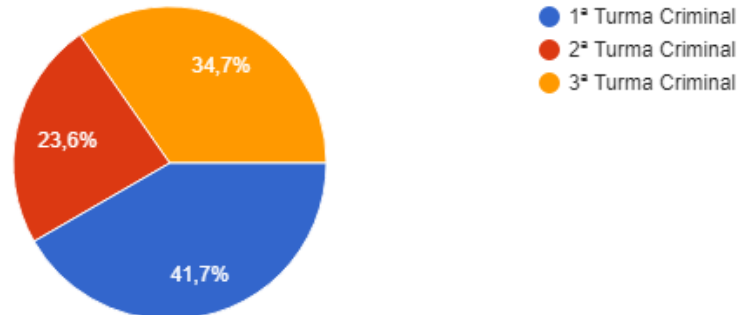
Fonte: Próprio autor

O TJDFDT possui 3 (três) turmas criminais, a 1ª turma analisou 30 (trinta) processos referentes a palavra-chave “furto simples”. Já a 2ª turma examinou 17 (dezessete) processos e, por fim, a 3ª turma apreciou e julgou 25 (vinte e cinco) processos, totalizando o número inicialmente levantados em parágrafos anteriores.

Gráfico 3- Processos analisados por turmas

Turma

72 respostas



Fonte: Próprio autor

O objetivo primaz deste capítulo é fazer o levantamento dos acórdãos de furto simples realizados pelo Tribunal de segunda instância do Distrito Federal e a partir dos dados concretos iniciar uma análise esmiunçada e crítica dos resultados em capítulo posterior.

Nos parágrafos seguintes, inicialmente será feito uma análise dos dados referentes aos autores dos crimes de furto simples, com o apoio do relatório do INFOPEN, posteriormente será feito a análise dos resultados dos processos e da dosimetria da pena, encerrando, assim, a perspectiva da análise dos formulários.

2.2 Dados dos autores

Nesta parte da pesquisa foram analisados todos os dados disponíveis dos acusados, que foram possíveis encontrar no site do TJDFT tanto na aba de pesquisa do processo em primeira instância quanto em segunda instância e em execução penal. Muitos dos dados foram recolhidos das “cartas de guia” que são enviadas ao juízo de execução para o cumprimento da pena após o trânsito em julgado da condenação e que possuem uma gama de informações do apenado, da pena e dados gerais do processo importantes para a execução da pena.

Entre os dados levantados, alguns serão aqui examinados para se buscar um recorte de classe que comumente impera nestes tipos penais responsáveis pela estigmatização das classes pobres que delinquem.

A escolaridade do autor do crime foi analisada seguindo as seguintes questões: ensino fundamental incompleto (41,8%), ensino fundamental completo

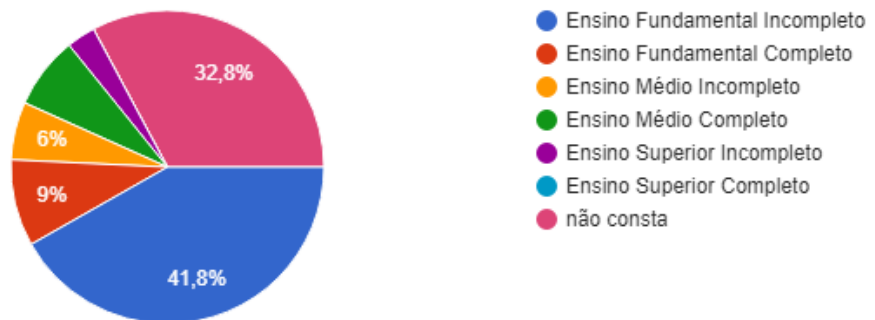
(9%), ensino médio incompleto (6%), ensino médio completo (7,5%), ensino superior incompleto (3%), ensino superior completo (0%) e “não consta” (32,8%). A questão “não consta” diz respeito a determinadas cartas de guias que não possuíam a informação da escolaridade do réu e por isso foram separadas nesta aba em específico.

Ademais, foram colhidos dados dos autores de 67 processos, pois os outros 5 processos dizem respeito às ações de habeas corpus e aos recursos em sentido estrito, que possuem natureza incidental e por isso não foram colhidos maiores informes dos autores por ausência da “carta de guia”.

Gráfico 4- Escolaridade dos acusados

Escolaridade

67 respostas



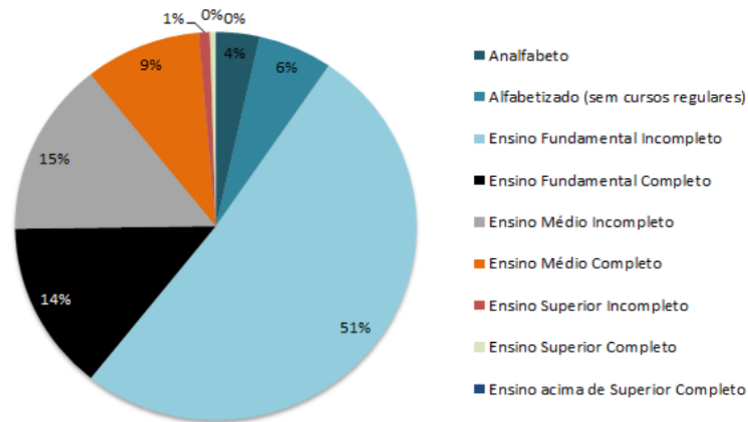
Fonte: Próprio autor

Com esses dados percebe-se que a maior parte dos acusados por furto simples são pessoas com um grau de instrução muito baixo, por não possuírem nem o ensino fundamental completo. Em razão desse baixo grau de escolaridade e diante do observado na parte de “profissão” dos autores dos crimes, pondera-se que muitos exercem algumas profissões que não costumam ser muito valorizadas no mercado de trabalho, já outras estão desempregadas, atualmente presas ou moram nas ruas.

No mesmo sentido está o relatório do INFOPEN no capítulo denominado: perfil da população prisional – escolaridade, os resultados corroboram com os analisados acima. Segue o gráfico em análise:

Gráfico 5. Escolaridade dos acusados

Gráfico 17. Escolaridade das pessoas privadas de liberdade no Brasil



Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho/2016.

Os analfabetos representam 4% da população carcerária, 6% são alfabetizados (sem cursos regulares), 51% possuem o ensino fundamental incompleto, 14% com ensino fundamental completo, 15% com ensino médio incompleto, 9% com ensino médio completo, 1% com ensino superior incompleto, 0% com ensino superior completo e ensino acima de superior completo⁹⁶.

Sabe-se que, conforme afirma a Lei de Execução Penal⁹⁷, o acesso ao sistema educacional é um direito e garantia do preso e deve ser oportunizado pelo Estado na forma de instrução escolar e profissional, objetivando a ressocialização daqueles que estão com sua liberdade privada. Neste viés, o relatório do INFOPEN, discriminou as atividades educacionais, em tese, oferecidas no sistema prisional, que compreendem: alfabetização, formação de ensino fundamental até ensino superior, cursos técnicos (acima de 800 horas de aula) e cursos de capacitação profissional e atividades complementares, ligadas a remição da pena, como estudo por meio de leitura e outras atividades⁹⁸.

⁹⁶ BRASIL. Departamento penitenciário nacional. (org.). **Levantamento nacional de informações penitenciárias**. Brasília, 2017. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf. Acesso em: 04 jan. 2019.

⁹⁷ BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm. Acesso em: 04 jan. 2019. Art. 17. A assistência educacional compreenderá a instrução escolar e a formação profissional do preso e do internado; Art. 18. O ensino de 1º grau será obrigatório, integrando-se no sistema escolar da Unidade Federativa.

⁹⁸ BRASIL. Departamento penitenciário nacional. (org.). **Levantamento nacional de informações penitenciárias**. Brasília, 2017. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf. Acesso em: 04 jan. 2019.

Segundo os dados do INFOPEN, 12% da população prisional nacional está envolvida em alguma atividade educacional relatadas acima. No Distrito Federal, 11% do total da população carcerária estão inseridas em atividades de ensino escolar e 0% inseridas em atividades complementares⁹⁹.

Ainda sobre o sistema educacional, registra o relatório que ¹⁰⁰:

Entre as pessoas que se encontram em algum tipo de atividade de ensino escolar dentro do sistema prisional, 50% estão em formação no nível do ensino fundamental, conforme tabela 26. Cabe ressaltar que o ensino fundamental é destacada na Lei de Execução Penal como nível educacional que deve, obrigatoriamente, ser oferecido no sistema prisional, sendo que a oferta dos demais níveis depende da demanda da população e da disponibilidade de professores e infraestrutura.

Transpondo a análise agora para a atividade laboral dos presos que cumprem pena no Brasil, tem-se que apenas 15% da população prisional nacional está envolvida em alguma atividade laboral, interna ou externa aos estabelecimentos penais. Desse número apresentado, 87% encontram-se em atividades laborais oferecidas dentro dos próprios estabelecimentos penais e apenas 13% laboram em atividades externas. O Distrito Federal possui 16% dos presos registrados em algum tipo de trabalho reconhecido pelo sistema penal¹⁰¹.

Quanto a remuneração pelas atividades laborais realizadas, 75% da população prisional não recebe remuneração ou recebe menos que $\frac{3}{4}$ do salário mínimo mensal, embora a LEP¹⁰² preveja que o trabalho do presidiário não deve ser inferior a $\frac{3}{4}$ do salário mínimo¹⁰³.

⁹⁹ BRASIL. Departamento penitenciário nacional. (org.). **Levantamento nacional de informações penitenciárias**. Brasília, 2017. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf. Acesso em: 04 jan. 2019.

¹⁰⁰ BRASIL. Departamento penitenciário nacional. (org.). **Levantamento nacional de informações penitenciárias**. Brasília, 2017. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf. Acesso em: 04 jan. 2019.

¹⁰¹ BRASIL. Departamento penitenciário nacional. (org.). **Levantamento nacional de informações penitenciárias**. Brasília, 2017. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf. Acesso em: 04 jan. 2019.

¹⁰² BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm. Acesso em: 04 jan. 2019. Art. 29. O trabalho do preso será remunerado, mediante prévia tabela, não podendo ser inferior a $\frac{3}{4}$ (três quartos) do salário mínimo.

¹⁰³ BRASIL. Departamento penitenciário nacional. (org.). **Levantamento nacional de informações penitenciárias**. Brasília, 2017. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf. Acesso em: 04 jan. 2019.

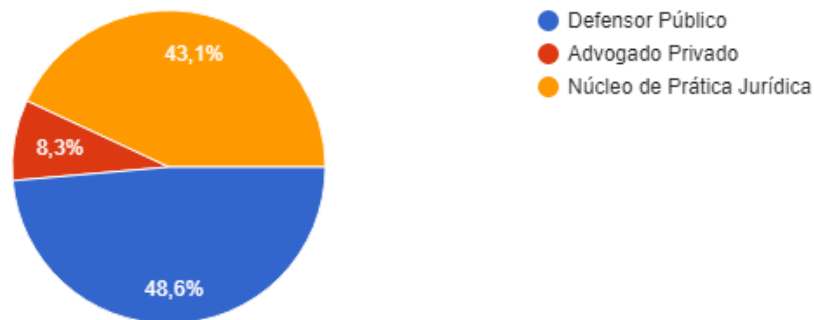
Quanto à raça, cor ou etnia no sistema prisional, 64% são negros e somente 35% brancos, enquanto que em relação a população brasileira acima de 18 anos, 53% são negros e 46% brancos, o que demonstra uma sobre-representação da raça negra no sistema penal brasileiro proporcionalmente à população nacional. No DF o recorte de raça é ainda maior, com 17% brancos e 82% negros¹⁰⁴.

Retornando aos dados colhidos nos formulários, tem-se o seguinte gráfico quanto à defesa patrocinada pelos réus nos processos de furto simples:

Gráfico 6- Defesa patrocinada

Defesa Patrocinada por

72 respostas



Fonte: Próprio autor

Conforme visto, 48,6% estão sob o patrocínio da Defensoria Pública do Distrito Federal, enquanto 43,1% são defendidos pelos Núcleos de Prática Jurídicas de diversas faculdades no DF e apenas 8,3% tiveram condições econômicas suficientes para serem defendidas por um advogado privado.

2.3 Dados do processo

Antes de se analisar o resultado dos acórdãos, é necessário examinar quem comumente recorre nas decisões de furto simples, se mais a defesa ou acusação, para se ter uma ideia de quem teve na maior parte dos processos o recurso

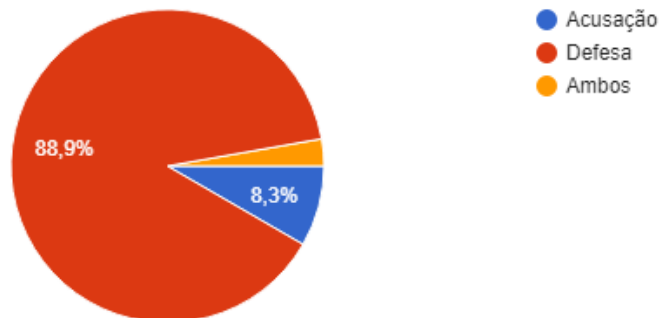
¹⁰⁴ BRASIL. Departamento penitenciário nacional. (org.). **Levantamento nacional de informações penitenciárias**. Brasília, 2017. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf. Acesso em: 04 jan. 2019.

desprovido, parcialmente provido ou provido integralmente, assim tem-se o seguinte gráfico:

Gráfico 7- Recorrente

Recorrente

72 respostas



Fonte: Próprio autor

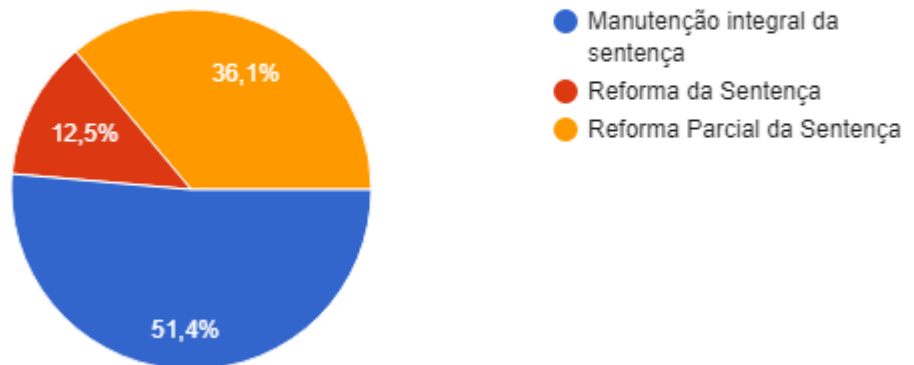
Verifica-se que 88,9% dos recursos de furto simples analisados pelo TJDFT tem como recorrente o réu, apenas 8,3% o Ministério Público e 2,8% em que ambos recorreram.

Neste diapasão, o resultado dos acórdãos prolatados foi de 51,4% para a manutenção integral da sentença, 36,1% para reforma parcial da sentença e 12,5% foram reformados integralmente, isto é, houve o provimento do recurso da defesa ou da acusação. Observa-se que das reformas integrais da sentença, dois são RESEs interpostos pelo Ministério Público e que foram providos, retornando ao juízo *a quo* para o recebimento da denúncia e apenas dois recursos, como se verá adiante, dizem respeito à absolvição do réu.

Gráfico 8- Resultado do Acórdão

Resultado do Acórdão

72 respostas



Fonte: Próprio autor

Como visto, a maior parte dos recursos que sobem para análise em segunda instância tem o réu como recorrente, então, por óbvio, os resultados gerais dos acórdãos dirão respeito mais a defesa.

A reforma parcial das sentenças, quando da prolação dos acórdãos, possui alguns pontos relevantes a serem descritos. Quase todos os recursos parcialmente providos tiveram a sua reforma na dosimetria da pena, isto é, o juiz de primeiro grau na análise da primeira, segunda e terceira fases exasperavam desproporcionalmente no cálculo da pena ou reconheciam circunstâncias judiciais negativas ou agravantes que inexistiam na análise técnica dos desembargadores.

Para ilustrar essa desproporcionalidade no cálculo da pena e a sua readequação em segunda instância, retira-se alguns excertos do formulário de nº 11 julgado pela 3ª turma criminal do TJDFT ¹⁰⁵:

¹⁰⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (3. Turma). Apelação. **Acórdão nº 1087411/DF**. Apelação Criminal. Furto Simples. Materialidade e Autoria Comprovadas. Antecedentes. Análise Desfavorável Mantida. Quantum de Exasperação Redimensionado. Regime Fechado. Manutenção. Direito de Recorrer em Liberdade. Improcedente. Recurso Conhecido e Parcialmente Provido. 1. Decorre da aplicação do critério subjetivo-objetivo, adotado pela jurisprudência pátria, o acréscimo relativo a 1/8 (um oitavo) à quantidade de meses obtidos entre as penas mínima e máxima abstratamente cominadas ao crime, para cada circunstância judicial valorada negativamente na fixação da pena-base. Acréscimo maior fere os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, impondo-se o redimensionamento da pena-base. 2. Mantém-se o regime fechado para início de cumprimento de pena quando, embora a pena seja inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, o réu é multirreincidente e ostenta avaliação desfavorável da circunstância judicial dos antecedentes. 3. Não se concede o direito de apelar em liberdade, quando não foi apresentada nenhuma alteração na situação fática que demonstrasse o desaparecimento dos requisitos autorizadores da prisão preventiva originalmente decretada. 4. Recurso conhecido e parcialmente provido. Apelante: Francisco Carlos Correa. Apelado: Ministério Público do Distrito

Na primeira fase, a MM. Juíza avaliou desfavoravelmente os antecedentes, aumentando a pena-base em 2 (dois) anos, fixando-a em 3 (três) anos de reclusão. Quanto aos antecedentes, agiu com acerto a Sentenciante, pois, conforme evidenciam os andamentos processuais extraídos do sítio eletrônico desta Corte de Justiça (fls. 115, 116, 117, 118, 119, 120, 122, 136, 126), o réu já foi condenado definitivamente pela prática de crime anterior ao delito em apreço, razão pela qual, de fato, ostenta maus antecedentes. [...] No que atine ao cálculo da pena-base, a lei não impõe observância de qualquer critério lógico ou matemático para quantificar o grau de aumento ou de diminuição de pena diante de circunstâncias judiciais desfavoráveis. [...] Em outros termos, ao promover a individualização da pena deve o magistrado pautar-se nos primados da proporcionalidade e da razoabilidade, buscando aplicar a reprimenda necessária e suficiente para o atendimento da dupla finalidade da sanção penal. [...]. Contudo, sugere a jurisprudência dominante a fração de aumento de 1/8 (um oitavo) para cada circunstância presente, ficando o juiz atrelado aos limites mínimo e máximo abstratamente previstos no preceito secundário da infração penal. No caso em tela, considerando a análise desfavorável dos antecedentes e considerando que o delito perpetrado, furto, possui preceito secundário com penas, mínima e máxima, respectivamente, de 1 (um) e 4 (quatro) anos de reclusão, o aumento da pena de 2 (dois) anos para uma única circunstância judicial negativa fere os primados da razoabilidade e da proporcionalidade, razão pela qual diminuo a pena-base para 1 (um) ano, 4 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de reclusão.

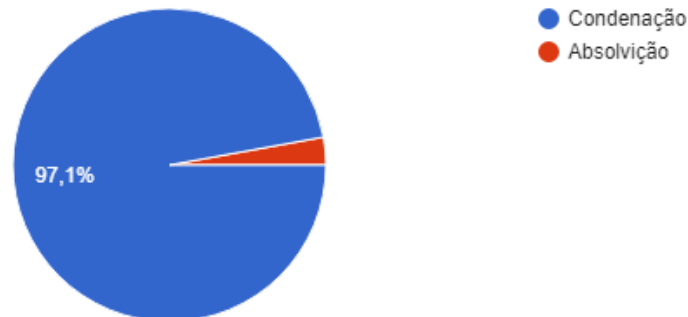
Pondera-se, portanto, que em primeira instância os juízes costumam julgar o crime de furto com uma austeridade que por vezes foge da jurisprudência já sedimentada no TJDF, tornando-se imperioso para a defesa apelar para que a sentença seja reformada, pois o entendimento do Tribunal tem sido mais garantista.

Por outro lado, manutenção da sentença em primeiro grau sobressai, não obstante o número expressivo de reforma parcial da sentença de primeiro grau, a taxa de condenação em furto simples é muito alta, isso por diversas razões, colhidas nos próprios acórdãos do Tribunal. Segue o gráfico comparativo entre condenação (97,1%) e absolvição (2,9%):

Gráfico 9- Resultado do processo

Resultado do Processo

70 respostas



Fonte: próprio autor

Só existiram dois casos de absolvição (2,9%), um foi por ausência de provas, entendeu a turma por absolver com fulcro no *in dubio pro reo*, e no outro processo houve a absolvição com base no princípio da insignificância. Todavia, a condenação em crimes de furto é alta, pois para se comprovar a autoria o depoimento da vítima tem especial relevância no processo quando conjugado com alguns outros elementos de prova ¹⁰⁶:

Como se bem sabe, a jurisprudência está solidificada no sentido de que a palavra da vítima, nos crimes contra o patrimônio, possui especial relevância e aptidão para embasar decreto condenatório se corroborada por demais elementos probatórios. [...] Importa acrescentar que as testemunhas Elessandro Denilson Carias e Romulo Barroso Silva (mídia - fl. 87), policiais militares responsáveis pela prisão em flagrante do Apelante, afirmaram em Juízo que no momento da prisão o apelante confessou informalmente a prática do furto indicando, inclusive, o local onde teria deixado o objeto subtraído. Portanto, a palavra da vítima, que reconheceu o réu no momento

¹⁰⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (1. Turma). Apelação. **Acórdão nº 1097985/DF**. Apelação criminal. Penal e processo penal. Furto simples. Repouso noturno. Estabelecimento comercial. Absolvição. Impossibilidade. Palavra da vítima e testemunhas. Suficiência. Causa de aumento do repouso noturno. Manutenção. Recurso conhecido e desprovido 1. Estando o decreto condenatório embasado no depoimento da vítima e das testemunhas presenciais, sua força não se abala com meras ilações e é suficiente para sustentar a condenação. 2. Mostra-se completamente irrelevante o local comercial no qual foi praticado o furto estar ou não funcionando, uma vez que o tipo penal do art. 157, § 1º, do CP tutela o patrimônio mais vulnerável durante a noite, sem qualquer exigência sobre o horário de funcionamento do estabelecimento. 3. Recurso conhecido e desprovido. Apelante: Willas Sobreira Dias. Apelado: Ministério Público do Distrito Federal. Relator: Desembargador Carlos Pires Soares Neto. Brasília, 30 maio. 2018. Disponível em: https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaold=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=resultado&comando=abrirDadosDoAcordao&enderecoDoServlet=sistj&historicoDePaginas=buscaLivre&quantidadeDeRegistros=20&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&numeroDaUltimaPagina=1&buscaIndexada=1&mostrarPaginaSelecaoTipoResultado=false&totalHits=1&internet=1&numeroDoDocumento=1097867. Acesso em: 05 jan. 2019.

da prisão em flagrante como sendo a pessoa que subtraiu seu aparelho celular, somada à palavra do policial, forma conjunto robusto a embasar o decreto condenatório.

Verifica-se, assim, que o depoimento da vítima e dos policiais militares responsáveis pelo flagrante foram responsáveis para embasar o decreto condenatório e confirmá-lo em segunda instância. Ademais, outra tese defensiva de absolvição amiúde rejeitada e que favorece ao menos a condenação em crime de furto tentado consta nos termos da súmula 567 do Superior Tribunal de Justiça¹⁰⁷:

Súmula 567 - Sistema de vigilância realizado por monitoramento eletrônico ou por existência de segurança no interior de estabelecimento comercial, por si só, não torna impossível a configuração do crime de furto. (Súmula 567, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 24/02/2016, DJe 29/02/2016)

Isso porque nos crimes de furto a maioria dos casos envolvem locais monitorados e, embora os seguranças possam estar acompanhando todas as ações suspeitas de alguém, ainda assim, e conforme o entendimento sumulado, seria possível que o suspeito se desvencilhasse das ações de segurança e monitoramento e lograsse fugir.

Outra tese defensiva muito utilizada trata-se do princípio da insignificância, responsável pela absolvição de um caso analisado, no entanto a análise deste princípio, bem como as críticas por sua frequente rejeição será feita em capítulo posterior.

Por fim, a teoria utilizada no furto simples que viabiliza a consumação do referido delito, em detrimento da tentativa, mesmo sem posse mansa e pacífica do objeto furtado é a teoria da Amotio ou Aprehensio, conforme explica o próprio Desembargadora Ana Maria Amarante¹⁰⁸:

¹⁰⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Súmula 567**. Sistema de vigilância realizado por monitoramento eletrônico ou por existência de segurança no interior de estabelecimento comercial, por si só, não torna impossível a configuração do crime de furto. (Súmula 567, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 24/02/2016, DJe 29/02/2016). Disponível em: [http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27567%27\).sub](http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27567%27).sub). Acesso em: 05 jan. 2019.

¹⁰⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (1. Turma). Apelação. **Acórdão nº 1097684/DF**. Apelação criminal. Furto simples. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Valor acima do critério. Multirreincidência. Estado de necessidade. Furto famélico. Descabimento. Crime impossível. Súmula 567 do stj. Não ocorrência. Desclassificação. Forma tentada. Não cabimento. Súmula 582 do stj. Dosimetria. Conduta social. Culpabilidade. Personalidade. Antecedentes. Multirreincidência. Confissão espontânea. Readequação da pena. Regime inicial fecahdo. Acusado reincidente e com circunstâncias negativas. Súmula 269 do stj.1. De acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o princípio da insignificância apenas possui aplicação quando houver a incidência cumulativa de seus quatro requisitos, a saber: mínima ofensividade da conduta do agente; nenhuma periculosidade social da ação; o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e a inexpressividade da lesão jurídica provocada.2. Não é possível a aplicação do princípio da insignificância quando se extrai dos autos a contumácia delitativa do apelante e o valor

A pretensão de que seja descaracterizada a consumação do furto para a modalidade tentada, sob a justificativa de que a consumação do crime se deu sob vigilância da segurança do supermercado, também não merece ser acolhida. A questão já foi pacificada no STJ, em sede de Recurso Repetitivo, fixando o entendimento de que a consumação do crime se dá com a inversão da posse da coisa subtraída (adoção da teoria da Amotio ou Aprehensio), sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada. O entendimento pacificado consta do enunciado 582 da Súmula do STJ¹⁰⁹.

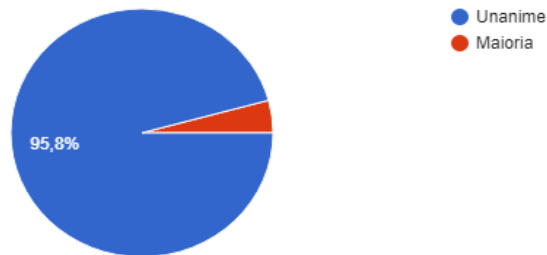
Já o resultado das votações sugere uma harmonia entre as turmas do TJDF no momento do julgamento do furto simples, conforme demonstrado no gráfico a seguir: Gráfico 10- Resultado das votações.

não se mostrar irrisório.3. Para o reconhecimento do furto famélico, de acordo com a doutrina majoritária, são necessários os seguintes requisitos: que o fato seja praticado para mitigar a fome; que seja o único e derradeiro recurso do agente (inevitabilidade do comportamento lesivo); que haja a subtração de coisa capaz de diretamente contornar a emergência; a insuficiência de recursos adquiridos pelo agente com o trabalho ou a impossibilidade de trabalhar.4. Descabe falar em furto famélico se o acusado não conseguir demonstrar o estado de necessidade, ou seja, o perigo atual e a inevitabilidade do comportamento lesivo.5. A Terceira Seção do STJ, no julgamento do Resp 1524450/RJ, adotou a teoria da amotio, pela qual o crime de furto se consuma com a inversão da posse da coisa subtraída pelo agente, ainda que por um breve momento, e mesmo sob a vigilância do ofendido e perseguição imediata, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada. O entendimento pacificado consta do enunciado da Súmula 582 do STJ.6. A existência do monitoramento eletrônico realizado pela segurança do estabelecimento comercial dificulta a ação delitiva, mas não torna impossível o crime de furto. Nesse sentido já se pronunciou o STJ, no enunciado da Súmula 567.7. A prática de novo crime no curso da execução penal implica reprovação da conduta social, e não da culpabilidade do agente, sendo possível a readequação da categoria jurídica, sem que isso implique "reformatio in pejus".8. Nos termos da jurisprudência dominante do STJ, se o acusado ostenta várias condenações transitadas em julgado, é possível que cada uma delas seja considerada para valoração desfavorável de antecedentes penais, conduta social e personalidade, sem que isso implique em bis in idem. 9. A preponderância da agravante da multireincidência em relação à atenuante da confissão espontânea está em consonância com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.10. Se a pena de reclusão é de até 4 (quatro) anos e o condenado é reincidente, o regime inicial será o semiaberto ou o fechado. O que irá definir isso serão as circunstâncias judiciais: se desfavoráveis, vai para o fechado, e se favoráveis, vai cumprir em regime semiaberto. Essa é a posição do STJ, externada na Súmula 269.11. Apelo conhecido e parcialmente provido. (Acórdão n.1097684, 20161610081735APR, Relator: ANA MARIA AMARANTE, Revisor: GEORGE LOPES, 1ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 17/05/2018, Publicado no DJE: 23/05/2018. Pág.: 116-138). Apelante: Michely Alves Correia. Apelado: Ministério Público do Distrito Federal. Relator: Desembargador Ana Maria Amarante. Brasília, 23 maio. 2018. Disponível em: https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaosweb/sistj?visaoid=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=resultado&comando=abrirDadosDoAcordao&enderecoDoServlet=sistj&historicoDePaginas=buscaLivre&quantidadeDeRegistros=20&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&numeroDaUltimaPagina=1&buscaIndexada=1&mostrarPaginaSelecaoTipoResultado=false&totalHits=1&internet=1&numeroDoDocumento=1097684. Acesso em: 05 jan. 2019.

¹⁰⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Súmula 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 desvigiada. Disponível em: http://www.stj.jus.br/internet_docs/biblioteca/clippinglegislacao/Sumula_582_2016_Terceira_Secao.pdf. Acesso em: 05 jan. 2019.

Resultado da Votação

71 respostas



Fonte: Próprio autor

Os julgamentos por unanimidade representam 95,8% dos processos analisados e houve o julgamento por maioria em apenas 4,2% dos casos.

2.4 Dados da dosimetria da pena

Alguns dados do processo serão analisados neste capítulo para que haja uma melhor correlação com os dados colhidos na dosimetria da pena realizada pelos desembargadores do TJDFR na análise do tipo do furto simples.

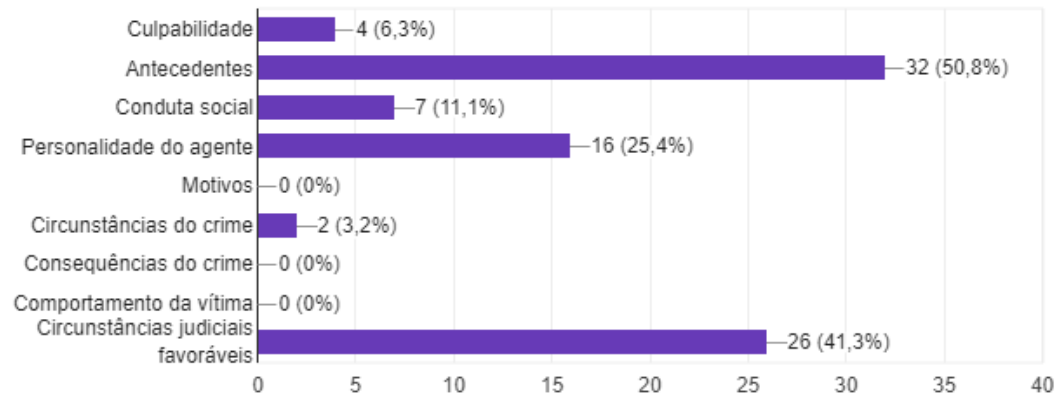
A primeira fase da dosimetria da pena é realizada conforme prescreve o art. 59 do Código Penal¹¹⁰, então quando o juiz percebe alguma circunstância judicial negativa na análise do caso concreto, a pena-base é elevada. Em 57% dos casos de furto simples a pena-base foi exasperada em razão de alguma circunstância judicial negativa, restando 43% dos casos em que ela foi fixada no mínimo legal de 1 ano de reclusão. Segue o gráfico que demonstra quais circunstâncias judiciais negativas foram elegidas na análise dos acórdãos:

Gráfico 11- Circunstâncias judiciais

¹¹⁰ BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 5 jan. 2018. Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Circunstâncias judiciais elegidas para aumentar a pena-base - 1ª fase

63 respostas



Fonte: Próprio autor

As circunstâncias judiciais favoráveis na análise da primeira fase representaram 41,3%, a culpabilidade alcançou 6,3%, os maus antecedentes 50,8%, conduta social com 11,3%, personalidade do agente com 25,4% e circunstâncias do crime com 3,2%. Os maus antecedentes preponderaram na análise dos casos, e por frequentemente aumentar a pena-base também houve reflexos, como será visto, na fixação do regime de cumprimento de pena mais gravoso.

A personalidade do agente foi analisada pelo número de processos que estabelecem os maus antecedentes, reincidência e multireincidência, demonstrando, na visão dos desembargadores, uma personalidade voltada para o crime.

Na segunda fase da dosimetria, a única agravante que foi utilizada para exasperar a pena é a agravante da reincidência. A sua presença foi registrada em 61,53% dos processos analisados. E trata-se de um ponto importante no momento da fixação da pena, pois tem reflexo direto no regime de cumprimento e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, além de estabelecer, se multireincidente, a manutenção da prisão preventiva em primeira instância.

Dentre as atenuantes registradas, a confissão espontânea despontou-se em 53,84% dos casos analisados. A menoridade relativa do agente surgiu em 4,61% dos casos.

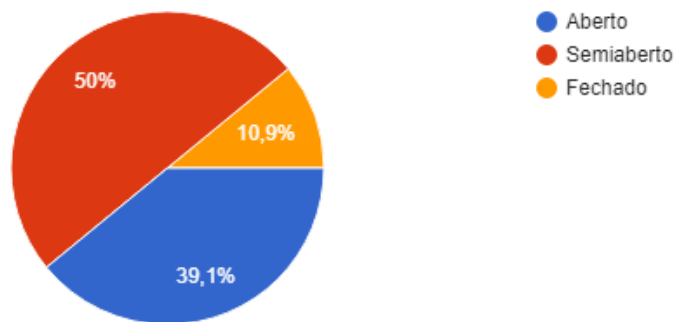
Na terceira fase da dosimetria da pena, a única causa de aumento registrada foi a constante no art. 155 §1º do CP¹¹¹, com 7,69% de ocorrência. Já nas causas de diminuição da pena a tentativa teve sua ocorrência em 13,84% dos casos, com as ressalvas anteriormente levantadas. O arrependimento posterior mostrou-se em 3.07% dos casos e o furto privilegiado, constante do art. 155, §2º¹¹², com 9,23% dos registros totais.

O regime inicial de cumprimento da pena tem na reincidência e maus antecedentes os motivos para a o seu agravamento, conforme registro do gráfico:

Gráfico 12- Regime Inicial

Regime Inicial

64 respostas



Fonte: Próprio autor

Percebe-se que 50% dos casos teve o início do cumprimento da pena em regime semiaberto, o regime aberto comportou o número de 39,1% dos registros e o regime fechado com 10,9%. Só foi utilizado o regime aberto nos casos quem não estava presente a agravante da reincidência ou até mesmo os maus antecedentes.

Somando-se os dados do regime semiaberto com o fechado o resultado dará 60,9%, número que praticamente representa as ocorrências da reincidência, conforme visto anteriormente. O regime fechado só foi estabelecido em casos de

¹¹¹ BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 5 jan. 2018. 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.

¹¹² BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 5 jan. 2018. Art. 155 Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa. § 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.

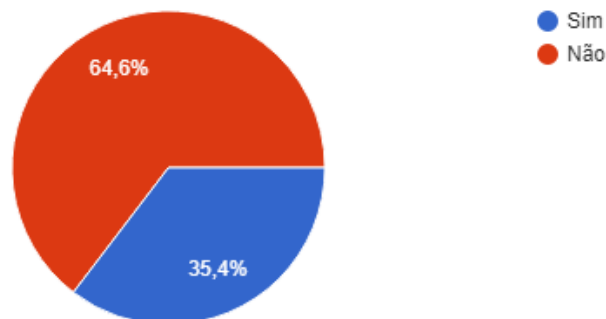
multireincidência ou quando o agente possuía além de maus antecedentes, alguma outra circunstância judicial negativa e reincidência.

A mesma correlação entre a agravante da reincidência é vista no momento de se substituir a pena privativa de liberdade estabelecida para a pena restritiva de direitos, segundo gráfico a seguir:

Gráfico 13- Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Substituição da PPL por PRD

65 respostas



Fonte: Próprio autor

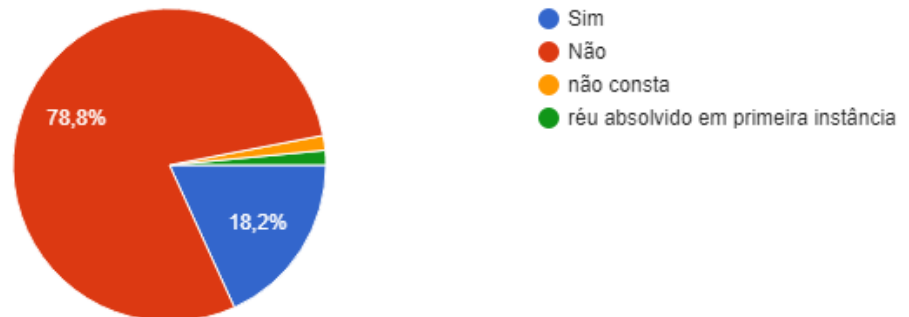
Em 64,6% dos casos não houve a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em contraponto em 35,4% houve a substituição. O percentual só se elevou um pouco além da reincidência porque em alguns processos, somente com presença dos maus antecedentes na primeira fase, já foi considerado o suficiente para não se substituir a pena.

Outra questão abordada no formulário, foi se o réu ficou ou não preso preventivamente, após prolatada a sentença em primeira instância, isto é, se o juiz concedeu ao acusado o direito de recorrer em liberdade, até a confirmação do decreto final.

Gráfico 14- Réu Preso

Réu Preso (2ª instância)

66 respostas



Fonte: Próprio autor

Pelos dados elencados acima, observa-se de pronto que 78,8% dos casos registrados apontam que ao réu foi concedido o direito de apelar em liberdade após a confirmação do decreto condenatório em primeiro grau, já 18,2% dizem respeito aos acusados que teve a manutenção da prisão preventiva decretada em razão do alto índice de reincidência e maus antecedentes, precavendo-se a ordem pública.

Um ponto a ser esclarecido é que o juiz de primeira instância concede ao réu o direito de apelar em liberdade se não já estiver preso por outro motivo. Apesar de ser alto o número dos casos em que o réu pode apelar em liberdade, na prática esse número cai bastante exatamente por conta dos antecedentes criminais e reincidência, pois muitos dos acusados se encontram respondendo por outros crimes em fase de execução da pena. Assim, esse percentual reflete apenas o caso isolado do furto simples.

Observou-se que o instituto da reparação do dano previsto no art. 387, IV do Código de Processo Penal¹¹³, nos julgados do crime de furto simples não costumam ser muito utilizados, dado que a maior parte dos furtos que são levados ao juízo ocorrem em situação de flagrância, momento em que os bens subtraídos são prontamente restituídos não havendo o que se falar em indenização material. Estes casos de restituição dos bens foram registrados em 64% dos casos, quanto a

¹¹³ BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 6 jan. 2018. Art. 387 juiz, ao proferir sentença condenatória: IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido.

eventuais danos morais, não houve nenhum pedido expresso do Ministério Público neste sentido.

Para se estabelecer qualquer indenização material às vítimas dos furtos em que os bens não foram restituídos é necessária uma perícia atestando o valor aproximado do bem e um pedido expresso do MP neste sentido. Por isso, os casos em que se estabeleceu a reparação dos danos materiais comportaram uma porcentagem de ocorrência baixa de 10,7% dos registros. Por óbvio que não impede uma ação cível no sentido de atestar uma eventual reparação de danos. No restante dos casos em que o bem não foi restituído, inexistiu no processo pedido expresso do MP para que fosse reparado eventuais prejuízos.

3 MEDIDAS ALTERNATIVAS À CRIMINALIZAÇÃO OU À PENALIZAÇÃO DO FURTO SIMPLES

Hodiernamente, assusta, à primeira vista, o quantitativo de tipos penais patrimoniais no ordenamento jurídico brasileiro. Enquanto que alguns juristas esperavam a superação deste tipo penal por outros de maior relevância, a realidade ainda é a predominância não só da excessiva tutela penal patrimonial, mas também a sua incidência sobre um perfil de uma classe social distinta, correspondendo a uma classe mais pobre, popularmente desfavorecida social e economicamente¹¹⁴.

Fazendo uma breve análise do crime de furto, artigo 155 do Código Penal¹¹⁵, verifica-se que a sua pena é de um ano a quatro anos de reclusão, o que o torna igual ou mais grave que os crimes de aborto, aborto provocado por terceiro com consentimento da gestante, lesão corporal leve, abandono de incapaz, maus-tratos, constrangimento ilegal, sequestro ou cárcere privado, dentre inúmeros outros. Estes crimes citados estão dispostos no Título I, que são os crimes contra a pessoa¹¹⁶.

Com essa rápida análise, o título mencionado é responsável por garantir a proteção aos principais bens jurídicos da sociedade, com suas respectivas sanções penais. No entanto, como se percebe, os delitos que afrontam o patrimônio são, por muitos momentos, colocados acima de outros bens jurídicos mais relevantes e com uma excessiva tutela penal, que demonstra nada mais do que desproporcionalidade na sua aplicação. Essa desproporcionalidade aumenta quando o furto se torna qualificado, elevando a pena base para as margens de dois a oito anos de reclusão. Estes limites são os mesmos impostos ao delito daquele que reduz alguém à condição análoga à de escravo¹¹⁷.

Do exposto, observa o professor Netto ¹¹⁸:

O bem jurídico patrimônio é, sem dúvida, objeto de intensa proteção, permitindo a afirmação de que no Direito Penal brasileiro há uma supervalorização da tutela penal patrimonial. Essa supervalorização

¹¹⁴ NETTO, Alamiro Velludo Salvador. **Direito Penal e propriedade privada**: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio. São Paulo: Atlas, 2014. p. 1.

¹¹⁵ BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 6 jan. 2018. Art. 155 Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

¹¹⁶ NETTO, Alamiro Velludo Salvador. **Direito Penal e propriedade privada**: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio. São Paulo: Atlas, 2014. p. 27.

¹¹⁷ NETTO, Alamiro Velludo Salvador. **Direito Penal e propriedade privada**: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio. São Paulo: Atlas, 2014. p. 27.

¹¹⁸ NETTO, Alamiro Velludo Salvador. **Direito Penal e propriedade privada**: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio. São Paulo: Atlas, 2014. p. 28.

aparece, como visto, tanto na excessiva resposta punitiva do Estado em delitos dessa modalidade, quanto na criminalização das mais diversas condutas que vislumbrem a afetação patrimonial. Em linguagem figurativa, a legislação brasileira estabelece um completo cerco de proteção aos institutos patrimoniais, utilizando, para tanto, o recurso criminal em elevado grau de severidade.

Com o fito de compreender essa desproporcionalidade nos crimes patrimoniais, é imprescindível verificar como a norma se estrutura e a influência desta estrutura na atividade do legislador e do magistrado. A norma aparece jungida a um preceito primário e secundário. O primeiro estabelece um comportamento proscrito e o segundo é a sanção a ser imposta nos casos de sua realização. Isto é, de uma situação fática tipificada surge uma consequência jurídica como regra de imputação¹¹⁹.

A norma primária vincula o cidadão prescrevendo ou proscrevendo uma conduta a ser observada, já a norma secundária vincula o juiz no momento em que aquele não observar o que foi imposto pelo ordenamento jurídico¹²⁰.

A norma é debatida no meio doutrinário como possuindo uma característica impositiva/determinativa, decorrente de seus aspectos primário e secundário e a característica de ser valorativa. O campo da valoração da norma é feito pelo legislador diante dos fatos que envolvem determinada conduta, fazendo com que o sistema jurídico tutele ou não determinados efeitos advindos dos fatos observáveis. O julgador, mesmo que de menor monta, também faz esse trabalho valorativo no momento de aplicar a norma. É certo que, diante de um delito, o magistrado é obrigado a impor uma sanção, por violação da norma primária, no entanto essa ação do julgador também deve ser delimitada pela valoração que o caso concreto oferece¹²¹.

Nessa linha de intelecção, o legislador, diante do nosso contexto econômico-liberal, faz valorações rígidas do bem jurídico “patrimônio” fazendo com que o Direito Penal atue, com o auxílio de seus instrumentos persecutórios, de forma desproporcional. Com esse procedimento do Legislativo, no momento de se aplicar a norma, toda a sua carga valorativa da origem recai sob a atividade do Judiciário,

¹¹⁹ NETTO, Alamiro Velludo Salvador. **Direito Penal e propriedade privada**: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio. São Paulo: Atlas, 2014. p. 8.

¹²⁰ NETTO, Alamiro Velludo Salvador. **Direito Penal e propriedade privada**: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio. São Paulo: Atlas, 2014. p. 8.

¹²¹ NETTO, Alamiro Velludo Salvador. **Direito Penal e propriedade privada**: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio. São Paulo: Atlas, 2014. p. 9.

colocando-se a norma, dentro do caso concreto, com um peso desprovido de qualquer proporcionalidade¹²².

O fim deste trabalho é criar um campo importante de reflexão sobre essa carga valorativa que ainda vincula o bem jurídico patrimônio no ordenamento jurídico-penal proporcionando não só a reflexão abstrata em torno do furto simples, mas discutindo também propostas concretas alternativas para o seu tratamento.

O furto simples é um tipo penal interessante para se discutir e evidenciar um Direito Penal desigual, com suas facetas estigmatizantes e seletivas. O estudo deste crime está para além da discussão da desproporcionalidade de sua pena, mas perpassa também pela busca da razão de existir um controle penal tão rígido e organizado com o fim de realizar a gestão da miséria por meio do Direito Penal.

Destaca-se, neste viés, a relevância de se discutir alternativas não penais ou despenalizadoras com o fim afastar a rígida atuação opressora das instâncias de controle sobre uma determinada coletividade que incorre especificamente neste crime. Ademais, é um delito que não evidencia violência ou grave ameaça à pessoa, perfazendo somente um insulto ao bem jurídico patrimonial *per si*.

Medidas alternativas não penais seriam medidas de descriminalização do que era então considerado um crime. Trata-se de um *abolitio criminis* em que aquela conduta antes tipificada no Código Penal não pode ser mais alvo da persecução do Estado. Trata-se de um irrelevante penal, mas que pode ainda ter sua relevância em outras esferas independentes, como na cível e administrativa.

Já as medidas de despenalização são medidas que ainda perpetuam determinada conduta como um relevante penal, contudo há uma mudança no seu tratamento. Essa mudança por surgir por meio de uma modificação de pena, de cumprimento de pena, redução de pena e etc.

Assim, enquanto a descriminalização retira do âmbito penal a proteção drástica das instâncias de controle e aprisionamento, a despenalização dá uma tratativa diferente da antes enfocada dentro de um viés, por vezes, muito mais humanizador.

Nesta linha de intelecção e como evidenciado no capítulo anterior, a atuação estatal por meio da criminalização e encarceração somente contribui para afastar qualquer solução cabível na recuperação dos indivíduos que incorrem no tipo penal

¹²² NETTO, Alamiro Velludo Salvador. **Direito Penal e propriedade privada**: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio. São Paulo: Atlas, 2014. p. 10.

do furto e que demonstram diversas carências como instrução básica e profissionalizante, além dos estereótipos que carregam por ainda possuírem as marcas da persecução penal e a da reincidência.

3.1 Análise doutrinária do furto simples

A ação incriminada no furto consiste em subtrair, que tem como ideia a ação de diminuir, deduzir, retirar, tirar às escondidas a coisa da vítima, isto é, o agente retira a coisa do campo de proteção de quem é o seu real titular. Nota-se que a clandestinidade não necessariamente é um elemento do tipo, a subtração pode ocorrer de forma ostensiva desde que idônea de inverter a posse do bem objeto da ação do agente¹²³.

O dissentimento é uma elementar do tipo do furto simples, sob pena de não se considerar típica a conduta do agente, contudo se houver o consentimento, este só terá eficácia se feito em momento anterior ou concomitante a apreensão da *res*, não tendo validade se feita em momento posterior. Há necessidade, por fim, de que este consentimento tenha sido dado por quem de fato detém o poder de propriedade ou posse legítima do bem e que esteja no gozo de sua capacidade e autodeterminação¹²⁴.

Trata-se o furto simples de um delito de forma livre, em que se mostra irrelevante que seja praticada na presença ou ausência da vítima, atentando-se que a subtração pode ser realizada mediante apreensão direta da coisa, com o emprego de instrumentos, até mesmo animal adestrado e por meio de um autor mediato, uma interposta pessoa¹²⁵.

Há uma discussão doutrinária sobre o conceito de patrimônio e o que este abarca para efeitos da tutela penal patrimonial. O entendimento majoritário é que o patrimônio, objeto do furto, deve ter algum valor economicamente aferível, apesar de haver, dependendo do caso concreto, exceções de bens que não possuem diretamente um valor econômico relevante, no entanto para a vítima possui um alto

¹²³ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 871.

¹²⁴ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 871.

¹²⁵ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 871.

valor afetivo e sentimental o que justifica, em alguns casos, a ação do controle penal com o fim de tutelar esses interesses¹²⁶.

No que se refere ao conceito de ser móvel a coisa subtraída, tem-se que este conceito abarca tudo o que possa ser passível de deslocamento, remoção ou apreensão. Embora o código civil excepcione algumas situações criando por ficção jurídica a característica de imóvel a determinados bens, esta ficção não tem aplicabilidade para o Direito Penal, que considera móveis todos aqueles que estão aptos para deslocamento, mesmo esses excepcionados pela lei civil¹²⁷.

A intangibilidade da *res* não desnatura a conduta delituosa, desde que passível de apreensão, como os gases e líquidos. Sobre o elemento “alheia”, este indica que só pode ser furtado bens que possuem de fato um proprietário, não podendo ser objeto do furto bens sem dono (*res nullius*), as coisas abandonadas (*res derelictae*) e as coisas comuns¹²⁸.

O tipo subjetivo é orientado pelo dolo, ou seja, vontade livre e consciente de subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel. O elemento subjetivo está caracterizado por ser um delito de intenção, em que o agente possui um fim de agir assegurada no propósito de assenhoreamento da *res* subtraída. Ademais, dispensa-se a ideia de lucratividade da ação, dado que ela pode ser realizada por mero capricho ou vingança o que não deixa de ser considerado furto¹²⁹.

Apesar de existir controvérsias no que se refere ao momento consumativo do furto, para o TJDFT o momento consumativo deve ser orientado pela teoria da *amotio* em que se exige a inversão da posse da coisa, mesmo que por um breve período, e, portanto, dispensa-se a posse mansa e tranquila do bem, conforme explicado em parágrafo anterior.

Por fim, outro ponto importante é sobre o furto mediante arrebatamento, no qual a conduta delituosa sobressai com certa severidade, no entanto essa ação é dirigida sobre a coisa e não pessoa, por isso tem-se o entendimento de que, ausente

¹²⁶ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 871.

¹²⁷ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 871.

¹²⁸ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 871.

¹²⁹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 871.

a violência e grave ameaça a pessoa, a ação mediante arrebatamento da coisa configura furto simples¹³⁰.

3.2 Dos maus antecedentes e reincidência no furto simples

Analisar os maus antecedentes e reincidência no sistema penal é debruçar sobre as falhas deste sistema, que formalmente diz buscar a recuperação do desviante, mas que somente contribui para uma maior deflagração do desvio. Apesar dos discursos de autoridade dos magistrados de justificar a pena com base em uma ressocialização falaciosa, os dados concretos apontam para uma embolia sistêmica, que faz aumentar a reintrodução do indivíduo no crime, após a própria entrada dele no sistema carcerário.

Isso deve-se a diversos fatores, alguns deles foram relatados no capítulo anterior, como a superlotação das prisões, que na penitenciária do Distrito Federal encontra-se com o dobro de pessoas com a relação as vagas disponíveis (taxa de ocupação de 210,2%). Deste número apenas 11% estão envolvidos com alguma atividade educacional que o sistema penitenciário oferece, e somente 15% se encontram envolvidos com algum trabalho que na sua maioria é desenvolvido dentro das prisões¹³¹.

Estes não são dados estanques e isolados, eles se encontram intimamente imbrincados e desaguam na falta de estrutura e descaso do sistema penitenciário com relação aos recuperandos. O discurso formal do legislador e dos magistrados seguem na mesma linha, o art. 59 do CP¹³² aborda que a fixação da pena deve ser suficiente para a repressão e prevenção do crime. Os magistrados aduzem pelo empoderamento do sistema penal capaz de coibir o crime, transcreve-se¹³³:

¹³⁰ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 871.

¹³¹ BRASIL. Departamento penitenciário nacional. (org.). **Levantamento nacional de informações penitenciárias**. Brasília, 2017. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf. Acesso em: 04 jan. 2019

¹³² BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 7 jan. 2018. Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

¹³³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (1. Turma). Apelação. **Acórdão nº 1084760/DF**. Apelação criminal - furto simples - princípio da insignificância - não cabimento - dosimetria. I. A aplicação da insignificância exige mínima ofensividade da conduta do agente, ausência de periculosidade social, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e

Assim, concluo que a culpabilidade do autor, no caso em tela, foge àquela pertinente a espécie, pelo fato de demonstrar que este não se ateve ao propósito ressocializador da pena, preferindo voltar a delinquir, abusando, portanto, da confiança nele depositada pelo Estado-Juiz.

Seguindo nessa argumentação, registra-se outro acórdão ¹³⁴:

Não bastasse isso, da análise de sua folha penal (fls. 27/30), vê-se que ele está respondendo a outra ação penal pelo mesmo crime aqui analisado, qual seja, furto, na forma tentada, aspecto que reforça a reprovabilidade de sua conduta, pois indica não ser a presente conduta delituosa um fato isolado em sua vida, ensejando repressão estatal hábil a coibi-lo de incidir em novas empreitadas delitivas.

inexpressividade da lesão jurídica provocada. Ausentes os requisitos.II.O Sentenciante não utilizou nem o critério de 1/6 (um sexto) sobre a pena-base, nem o de 1/8 (um oitavo) sobre a diferença entre os limites máximo e mínimo da pena. O último entendimento é mais próximo do quantum fixado na sentença.III. Apelo parcialmente provido para reduzir as penas.(Acórdão n.1084760, 20170210013918APR, Relator: SANDRA DE SANTIS, Revisor: ROMÃO C. OLIVEIRA, 1ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 08/03/2018, Publicado no DJE: 02/04/2018. Pág.: 170/179). Apelante: Luiz Guilherme Alves da Conceição. Apelado: Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios. Relator: Desembargador Sandra de Santis. Brasília, 02 abril. 2018. Disponível em: https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaold=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&visaAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=resultado&comando=abrirDadosDoAcordao&enderecoDoServlet=sistj&historicoDePaginas=buscaLivre&quantidadeDeRegistros=20&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&numeroDaUltimaPagina=1&buscaIndexada=1&mostrarPaginaSelecaoTipoResultado=false&totalHits=1&internet=1&numeroDoDocumento=1084760. Acesso em: 05 jan. 2019.

¹³⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (3. Turma). Apelação. **Acórdão nº 1103608/DF**. Apelação criminal. Furto simples. Atipicidade material. Princípio da insignificância. Absolvição incabível. Valor da res furtiva. Desvalor da conduta. Existência de ação penal em curso contra o réu. Reconhecimento do furto privilegiado. Não acolhimento execução provisória da pena. Possibilidade. 1. Devidamente evidenciadas a autoria e a materialidade do delito de furto simples, sobretudo pelas declarações da testemunha policial, responsável pela prisão em flagrante do réu na posse da res furtiva, aliadas ao depoimento do representante da loja vítima, que reconheceu os bens como sendo de propriedade da empresa, bem como da confissão extrajudicial do réu, não merece acolhimento o pleito defensivo para absolvição. 2. Inaplicável o princípio da insignificância ou o reconhecimento do furto privilegiado, se os bens subtraídos alcançam valor total superior a R\$800,00 (oitocentos reais), quase a importância de um salário mínimo vigente à época do fato, e está o réu respondendo a outra ação penal por crime contra o patrimônio. 3. De acordo com o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal, não configura ofensa ao princípio da não culpabilidade o início do cumprimento da pena, após a manutenção da sentença condenatória em segunda instância, porquanto os recursos cabíveis da decisão de segundo grau, que, em regra, não possuem efeito suspensivo, não se prestam a rediscutir fatos e provas. 4. Recurso conhecido e não provido. (Acórdão n.1103608, 20160111121774APR, Relator: DEMETRIUS GOMES CAVALCANTI, Revisor: NILSONI DE FREITAS CUSTODIO, 3ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 14/06/2018, Publicado no DJE: 19/06/2018. Pág.: 152/171). Apelante: Jean da Silva Gomes Monteiro. Apelado: Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios. Relator: Desembargador Demetrius Gomes Cavalcanti. Brasília. 14, jun. 2018. Disponível em: https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaold=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&visaAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=resultado&comando=abrirDadosDoAcordao&enderecoDoServlet=sistj&historicoDePaginas=buscaLivre&quantidadeDeRegistros=20&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&numeroDaUltimaPagina=1&buscaIndexada=1&mostrarPaginaSelecaoTipoResultado=false&totalHits=1&internet=1&numeroDoDocumento=1103608. Acesso em: 05 jan. 2019.

No entanto, percebe-se que é exatamente a imposição da pena, em meio ao caos do sistema penitenciário, que reforça os fatores desviantes no indivíduo. Os dados levantados no capítulo 2 indicam que as taxas de reincidência e maus antecedentes no crime de furto simples são de 61,53% e 50,8% respectivamente. São taxas altíssimas, pois de 100 pessoas que entram no sistema penitenciário para cumprimento de pena provisória ou definitiva, aproximadamente 38 delas não são consideradas tecnicamente reincidentes e 50 delas terão as penas-bases agravadas pela circunstância judicial negativa dos maus antecedentes.

Verifica-se formalmente a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que o tenha condenado por crime anterior. Ademais, não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 anos. Neste caso, superado este prazo reconhece-se apenas os maus antecedentes.¹³⁵ Se existirem duas condenações distintas já transitadas em julgado é possível a valoração de cada uma para reincidência e maus antecedentes sem que isso gere *bis in idem*.

Ademais, outro ponto observado é o efeito em cascata que a reincidência e os maus antecedentes geram para o agravamento de diversas circunstâncias judiciais, além do reconhecimento de agravantes, recrudescimento do regime inicial de cumprimento da pena e a não substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

No momento da fixação da pena-base pelos desembargadores, registrou-se

¹³⁵ BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm. Acesso em: 7 jan. 2018. Art. 63 - Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior. Art. 64 - Para efeito de reincidência: não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação.

¹³⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. (3. Turma). Apelação. **Acórdão nº 1105399/DF**. Furto simples. Prova pericial corroborada por prova oral. Comprovação de materialidade e autoria. Condenação. Manutenção. I - Não há que se falar em absolvição por insuficiência probatória quando as provas carregadas aos autos são harmônicas, coesas e aptas a demonstrar a autoria do delito praticado. II - Há provas suficientes da autoria do crime de furto se Laudo papiloscópico comprova a presença do réu dentro do veículo furtado, a vítima efetua o reconhecimento com absoluta certeza e segurança de que o acusado estava no local do crime, as provas orais corroboram as demais de forma harmônica e não há qualquer elemento que refute as teses acusatórias. III - Recurso conhecido e desprovido. (Acórdão n. 1105399, 20140910220285APR, Relator: NILSONI DE FREITAS CUSTODIO, Revisor: JOÃO BATISTA TEIXEIRA, 3ª TURMA

Ademais, havendo diversas condenações criminais transitadas em julgado, uma delas poderia ter sido utilizada para a configuração da reincidência enquanto as outras poderiam ter servido para o exame desfavorável dos antecedentes, da personalidade e da conduta social, desde que não fosse utilizado o mesmo registro para fundamentar circunstâncias variadas.

Em outro acórdão registrou o desembargador relator ¹³⁷:

Quanto à personalidade do apelante, o conjunto probatório demonstra que o réu possui personalidade voltada para o mundo do crime. Com efeito, analisando a vida pregressa do réu, percebe-se que os delitos cujas certidões estão colacionadas às fls. 104, 109, 110, 111, 112, 113, 119- 120, 122 e 124 denotam que o crime é um elemento que integra o modo de vida do sentenciado, o que autoriza a concluir que a personalidade do apenado se encontra, ainda que em uma análise mais benevolente, comprometida com o mundo do crime.

Pelos excertos retirados acima, nota-se que em razão da reincidência múltipla o indivíduo que responde pelo furto simples terá sua pena-base aumentada pelo reconhecimento de três circunstâncias judiciais negativas, qual seja os antecedentes, personalidade e conduta social, desde que baseadas em

CRIMINAL, Data de Julgamento: 21/06/2018, Publicado no DJE: 29/06/2018. Pág.: 150/164). Apelante: Daniel Santana. Apelado: Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios. Relator: Desembargador Nilsoni de Freitas Custodio. Brasília, 29 junho. 2018. Disponível em: https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoid=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&visa oAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=resultado&comando=abrirDadosDoAcordao&enderecoDoServlet=sistj&historicoDePaginas=buscaLivre&quantidadeDeRegistros=20&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&numeroDaUltimaPagina=1&buscaIndexada=1&mostrarPaginaSelecaoTipoResultado=false&totalHits=1&internet=1&numeroDoDocumento=1105399. Acesso em: 05 jan. 2019.

¹³⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (3. Turma). Apelação. **Acórdão nº 1074417/DF**. Penal. Furto simples. Dosimetria da pena. Análise desfavorável da personalidade mantida. Quantum desproporcional de aumento pela prevalência da reincidência sobre a confissão espontânea. Adequação. Pena reduzida. Regime semiaberto fixado. Pena pecuniária. 1. Mantém-se a valoração desfavorável da personalidade, uma vez que possui motivação idônea para esse fim. 2. Desproporcional o aumento relativo à preponderância da reincidência sobre a confissão espontânea, procede-se à sua adequação. 3. Fixa-se o regime semiaberto para início de cumprimento de pena, por ser a pena inferior a 4 anos, réu reincidentee desfavoráveis os antecedentes e a personalidade, à luz da alínea "b" do § 2º do art. 33 do Código Penal. 4. Reduz-se a pena pecuniária em razão da sua fixação decorrer da natureza do delito, da situação econômica do réu e para guardar certa proporção com a pena privativa de liberdade. 5. Apelação conhecida e parcialmente provida. (Acórdão n.1074417, 20161610052413APR, Relator: JOÃO BATISTA TEIXEIRA, Revisor: JESUINO RISSATO, 3ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 08/02/2018, Publicado no DJE: 21/02/2018. Pág.: 119/137). Apelante: Sergio Ramos Pessoa. Apelado: Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios. Relator: Desembargador João Batista Teixeira. Brasília, 21 fev. 2018. Disponível em: https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoid=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&visa oAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=resultado&comando=abrirDadosDoAcordao&enderecoDoServlet=sistj&historicoDePaginas=buscaLivre&quantidadeDeRegistros=20&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&numeroDaUltimaPagina=1&buscaIndexada=1&mostrarPaginaSelecaoTipoResultado=false&totalHits=1&internet=1&numeroDoDocumento=1074417. Acesso em: 05 jan. 2019.

condenações distintas, além de outra condenação separada para agravar a pena na segunda fase da dosimetria.

Além disso, a reincidência é um dos elementos a serem observados para o deferimento de eventual substituição de uma pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, conforme dispõe o art. 44 do Código Penal¹³⁸. Em razão disso, mesmo o furto simples sendo um crime que não envolve violência e grave ameaça, o deferimento da substituição ocorreu somente em 35,4%. Já o cumprimento de pena teve o regime de cumprimento aberto somente em 39,1% dos casos registrado em razão dos vetores em análise, conforme visto em dados levantados no capítulo 2.

Em decorrência da reincidência além da pena aplicada se tornar mais grave, perde-se qualquer possibilidade de substituí-la por medidas alternativas à prisão e o seu cumprimento provavelmente iniciará em um regime mais gravoso, cumprindo-se, assim, o controle e gerência da miséria por meio do Direito Penal.

3.2 Do princípio da insignificância

O princípio da insignificância é uma das teses mais aventadas nos processos que envolvem furto simples, pois na maioria deles a *res furtiva* se resume a um valor módico o que faz necessário debater se no caso concreto houve ou não efetiva lesão ao bem jurídico tutelado pela norma e se houve o preenchimento dos critérios elencados pelo Supremo Tribunal Federal para o seu reconhecimento.

Resumidamente, o princípio da insignificância pode ser explicado nas palavras do relator ¹³⁹:

¹³⁸ BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm. Acesso em: 8 jan. 2019. Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: II - o réu não for reincidente em crime doloso

¹³⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (1. Turma). Apelação. **Acórdão nº 1099916/DF**. Apelação. Furto simples. Atipicidade material. Aplicação do princípio da insignificância. Impossibilidade. Aumento de pena pelo repouso noturno. Manutenção. Recurso conhecido e desprovido. 1. O reconhecimento do princípio da insignificância só é possível "quando há a satisfação concomitante de certos pressupostos, tais como: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e d) inexpressividade da lesão jurídica provocada" (RHC nº 122.464/BA-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, DJe de 12/8/14). 2. Inviável a aplicação do princípio da insignificância quando a reprovabilidade da conduta do agente é considerável em razão, principalmente, da contumácia delitiva. Precedentes. 3. A causa especial de aumento de pena prevista no § 1º do artigo 155 do Código Penal tem o escopo de agravar a pena se o crime é cometido em horário em que se presume maior vulnerabilidade da sua vigilância (período compreendido entre 22h e 6h). Não importa se o local está ou não habitado, se é destinado a

A Defesa argumenta que estariam presentes os quatro vetores apontados pelo Supremo Tribunal Federal para o reconhecimento do crime de bagatela: ausência de periculosidade da ação, mínima ofensividade e falta de reprovabilidade da conduta e inexpressividade da lesão jurídica causada. Sem razão, contudo. O princípio da insignificância ou da bagatela, embora não previsto em lei, tem aplicação prevista pela doutrina e pela jurisprudência pátrias, a fim de excluir a tipicidade penal nos casos em que a ofensividade da conduta, de tão ínfima, não chega a ser penalmente relevante. A orientação jurisprudencial e doutrinária considera o princípio da insignificância como medida de política-criminal, na medida em que funciona como vetor interpretativo restritivo do tipo penal, objetivando a exclusão da incidência do Direito Penal perante as situações que resultem em ínfima lesão ao bem jurídico tutelado. Sua aplicação decorre da premissa de que o direito penal não deve se 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. [...] Ora, o emprego do postulado da bagatela não se limita à aferição da simples importância pecuniária do bem subtraído ou atingido. Até porque, ao se fazer isso, a infração penal imputada ao agente não será devidamente reprimida, o que resultaria no aumento da reiteração da conduta criminosa, gerando insegurança na sociedade. Além disso, serviria como verdadeiro estímulo à impunidade, à consumação de ilícitos e à violência urbana, transmitindo ao cidadão honesto um sentimento de descaso estatal ante a delinquência desenfreada. No caso dos autos, a teor da folha de antecedentes penais de fls. 128/136, constata-se que o apelante já foi condenado por crime contra o patrimônio (fls. 131/131-v), sendo certo que tal circunstância agrava a reprovabilidade de sua conduta, pois tem feito do crime seu modo de viver, mostrando-se impossível o afastamento da tipicidade material. Além disso, consta uma ação penal em curso também por delito contra o patrimônio (fl. 129); e outra condenação recorrível por furto praticado meses depois do caso sob análise (fl. 130). Neste contexto, não há como reconhecer o reduzido grau de reprovabilidade ou a mínima ofensividade da conduta, de forma a ser possível a aplicação do princípio da insignificância, pois, independentemente do valor atribuído aos bens subtraídos, extrai-se dos autos a contumácia delitiva do apelante.

Embora existam decisões no STJ e STF de que a reincidência *per si* não é um elemento suficiente para o não reconhecimento do princípio da insignificância, na prática os seus efeitos acabam sendo reconhecidos no momento de sopesar as

residência ou a atividade comercial ou, ainda, se é de natureza móvel ou imóvel. 2.1. Constando que o crime ocorreu às 01h50min da madrugada, aplica-se a majorante do art. 155, § 1º, do Código Penal. 4. Recurso conhecido e desprovido. (Acórdão n.1099916, 20170110079087APR, Relator: CARLOS PIRES SOARES NETO, Revisor: GEORGE LOPES, 1ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 24/05/2018, Publicado no DJE: 05/06/2018. Pág.: 146-159). Apelante: Euripedes Caitano da Costa Relator. Apelado: Ministério Público Do Distrito Federal E Territórios Relator: Desembargador Carlos Pires Soares Neto. Brasília, 05 jun. 2018. Disponível em: https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoid=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&visaooAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=resultado&comando=abrirDadosDoAcordao&enderecoDoServlet=sistj&historicoDePaginas=buscaLivre&quantidadeDeRegistros=20&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&numeroDaUltimaPagina=1&buscaIndexada=1&mostrarPaginaSelecaoTipoResultado=false&totalHits=1&internet=1&numeroDoDocumento=1099916. Acesso em: 05 jan. 2019.

circunstâncias do caso concreto. Isso porque, no entendimento do TJDFT, haveria um estímulo à reiteração da conduta criminosa, por consequência não se tornaria mínima a ofensividade da conduta, inexpressividade da lesão jurídica e reprovabilidade da ação. Mesmo que a coisa subtraída se restrinja a um pequeno valor, se o indivíduo possuir em sua folha de antecedentes criminais outras condenações por crimes contra o patrimônio, absolvê-lo com fulcro no art. 386, III do Código de Processo Penal¹⁴⁰ seria motivá-lo a reincidir.

Neste viés, somente um caso analisado houve a absolvição baseada no princípio em comento, nos demais ou a coisa subtraída não era de pequeno valor o que, em tese, aumenta a gravidade do caso ou a reincidência operada nos efeitos comentados obstruía o seu reconhecimento.

Assim, a utilidade deste princípio é mínima, pois, em tese, diante de ações que não expõe a risco o bem jurídico tutelado pela norma do furto simples, em razão da reincidência ou maus antecedentes do indivíduo, dificilmente haverá a incidência de seus efeitos com o fito de absolver o agente.

3.3 A descriminalização do furto simples e o Direito Penal Mínimo

Em importante passagem de seu livro, *Globalização – as consequências humanas* –, Zygmunt Bauman relembra que o aprisionamento na contemporaneidade sempre foi visto como a forma última mais radical de confinamento espacial, sendo utilizado nos diversos setores inassimiláveis e problemáticos da população incontrolável, como os loucos, leprosos, escravos, criminosos e etc. Como forma de marcar e estigmatizar essa parte da população, determinados sinais foram criados com o fito de isolar e informar no corpo dessas pessoas a sua proveniência e do espaço a que elas pertenciam¹⁴¹.

As casas de correção, locais onde se segregavam indivíduos, inicialmente eram construídas com o objetivo primaz de corrigir o comportamento desviante e, com isso, permitir o retorno do indivíduo à “sociedade normal” ou “do bem”, no sonho distante de Jeremy Bentham e no idealismo de seu Panóptico. Esses locais

¹⁴⁰ BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 8 jan. 2019. Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: III - não constituir o fato infração penal.

¹⁴¹ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Zahar, 1999. p.113.

voltados a interromper a decadência moral de seus tutelados poderiam ser utilizados em manicômios, escolas, orfanatos, presídios¹⁴².

No intento utilitarista de Bentham, reutilizar e readequar o indivíduo criminoso para a sua volta às lides da produção e da normalidade traria muito mais benefícios do que isolá-lo da sociedade ou eliminá-lo. A pena, neste viés, possuía um caráter de ressocialização, embora até os dias de hoje exista a discussão se de fato esses locais de segregação possuíam o propósito declarado de reabilitação. Entre os pesquisadores a opinião é de que, não obstante as intenções deste sistema de correção, essas casas de confinamento caminhavam contra a reabilitação¹⁴³.

A crítica de Bauman é para o momento em que a pena perdeu esse caráter idealizador de ressocialização e passou a ser executada dentro do sistema penitenciário somente com o intuito de degradar e isolar a personalidade, este momento da história é denominado por ele como a pena e prisões na idade da pós-correção¹⁴⁴.

A partir de 1970, em uma escala global, cresceu numerosamente os investimentos e os gastos públicos na maioria dos países com relação ao sistema penitenciário e o recrudescimento de leis penais, graças a políticas conservadoras norte-americanas intituladas “tolerância-zero” e combates incessantes contra a globalização das drogas.

Neste viés, surge, como polo atrativo de idealizações, a linha de pensamento conservador de proteção da “lei e ordem” necessária para conter determinados segmentos populacionais marginalizados e produtores da criminalidade. Como um meio de acalmar a ansiedade da sociedade e proporcionar uma falsa ilusão de segurança pública, incrementou-se, deste modo, a punição através do encarceramento vista como uma forma eficiente de conter essa nova ameaça social¹⁴⁵.

Para a consecução destes fins, houve uma retração dos investimentos sociais, especialmente nos Estados Unidos, com conseqüente aparelhamento do Estado penal e policial vistos como investimentos em segurança pública. Por sua

¹⁴² BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as conseqüências humanas**. Rio de Janeiro: Zahar, 1999. p.116.

¹⁴³ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as conseqüências humanas**. Rio de Janeiro: Zahar, 1999. p.116

¹⁴⁴ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as conseqüências humanas**. Rio de Janeiro: Zahar, 1999. p.116

¹⁴⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as conseqüências humanas**. Rio de Janeiro: Zahar, 1999. p.116.

vez, as ações repressoras deste Estado policial mantinham-se centradas de onde surgiam a gangrena da criminalidade, isto é, os pobres setores marginalizados dos “indesejáveis”¹⁴⁶.

Com este incremento do Estado penal e com as exigências da “sociedade de bem” de segregação dos não ajustáveis, a pena volta a ser projetada como uma prevenção geral negativa ou de dissuasão e deixa à margem os objetivos da prevenção especial positiva da pena.

A prisão, contudo, não carrega consigo apenas a ideia chave de isolamento, mas também de expulsão, de “arrancar o mal pela raiz” e dar a sensação de segurança, pois aqueles que feriam a ordem e leis locais se encontram segregados para fora da vista e presença da maioria¹⁴⁷.

As penitenciárias hoje são construídas e planejadas como fábricas de exclusão e de pessoas habituadas à sua condição de excluídas. As marcas que esses excluídos possuem é de imobilidade e isolamento fruto da persecução penal implacável do Estado¹⁴⁸.

Seguindo nessa linha de inteligência, é possível defender a descriminalização do furto simples no Código Penal brasileiro, analisando criticamente não só a desproporcionalidade de sua pena, mas também o viés ideológico repressor que ela carrega no momento de sua aplicação e execução, viés ideológico esse característico das últimas décadas do século XX. Ademais, deve-se analisar essa alternativa não penal com o apoio das proposições da Criminologia Crítica.

Alessandro Baratta apresenta as principais conquistas e proposições da Criminologia Crítica, entre elas tem-se que a pena representa a forma mais drástica de restrição e repressão de direitos e necessidades além de ser vista como uma violência institucional aplicável ao indivíduo.¹⁴⁹ Nesse sentido, a pena deve ter caráter de subsidiariedade, sendo aplicável somente quando outras instâncias de

¹⁴⁶ WACQUANT, Loic. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 17.

¹⁴⁷ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as consequências humanas. Rio de Janeiro: Zahar, 1999. p.122.

¹⁴⁸ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as consequências humanas. Rio de Janeiro: Zahar, 1999. p.123.

¹⁴⁹ BARATTA, Alessandro. Princípios de Direito Penal mínimo: para uma teoria dos direitos humanos como objeto e limite da lei penal. **Revista de Doutrina Penal**, Buenos Aires, n. 10-40, p.623-650. Disponível em:

<http://danielafeli.dominiotemporario.com/doc/alessandro%20baratta%20principios%20de%20direito%20penal%20minimo.pdf>. Acesso em: 04 jan. 2019.

controle menos violentas fracassem em seus impositivos, além disso deve-se ponderar quais os bens jurídicos importantes para determinada sociedade para justificar a persecução mais incisiva do Direito Penal.¹⁵⁰

Outrossim, a atuação dos órgãos de controle que compõem a justiça penal e policial do Estado, tais como legislador, polícia, Ministério público, magistrados, não é uniforme e comum para todos os membros da sociedade. As ações destes órgãos denotam proteger e tutelar interesses de um grupo minoritário e socialmente privilegiados¹⁵¹.

Além disso, o funcionamento dessas instâncias de controle é altamente seletivo, desde a proteção conferida aos bens jurídicos até os interesses sociais que legitimam essa proteção. Igualmente, há evidente seleção no processo de criminalização das classes populares marginalizadas, o próprio sistema carcerário nos responde com esse substrato social, não obstante ser os comportamentos socialmente negativos distribuídos em todos os extratos sociais bem como existir violações mais graves aos direitos humanos em decorrência de condutas provindas dos grupos dominantes ou que fazem parte de organismos estatais ou organizações econômicas privadas¹⁵².

De mais a mais, o sistema punitivo produz mais problemas do que pretende resolver, ao invés de compor conflitos, reprime-os e, frequentemente, esses problemas sociais tornam-se mais graves do que o contexto originário ou em outros contextos, após a atuação do Estado. A organização deste sistema punitivo não é adequada para desenvolver as funções socialmente úteis declaradas em seu

¹⁵⁰ BARATTA, Alessandro. Princípios de Direito Penal mínimo: para uma teoria dos direitos humanos como objeto e limite da lei penal. **Revista de Doutrina Penal**, Buenos Aires, n. 10-40, p.623-650. Disponível em: <http://danielafeli.dominiotemporario.com/doc/alessandro%20baratta%20principios%20de%20direito%20penal%20minimo.pdf>. Acesso em: 04 jan. 2019.

¹⁵¹ BARATTA, Alessandro. Princípios de Direito Penal mínimo: para uma teoria dos direitos humanos como objeto e limite da lei penal. **Revista de Doutrina Penal**, Buenos Aires, n. 10-40, p.623-650. Disponível em: <http://danielafeli.dominiotemporario.com/doc/alessandro%20baratta%20principios%20de%20direito%20penal%20minimo.pdf>. Acesso em: 04 jan. 2019.

¹⁵² BARATTA, Alessandro. Princípios de Direito Penal mínimo: para uma teoria dos direitos humanos como objeto e limite da lei penal. **Revista de Doutrina Penal**, Buenos Aires, n. 10-40, p.623-650. Disponível em: <http://danielafeli.dominiotemporario.com/doc/alessandro%20baratta%20principios%20de%20direito%20penal%20minimo.pdf>. Acesso em: 04 jan. 2019.

discurso oficial, discursos esses que apenas legitimam a ideologia da defesa social¹⁵³.

Analisando o cárcere como pena principal, comenta Alessandro Baratta ¹⁵⁴:

Se nos referirmos, em particular, ao cárcere como pena principal e característica dos sistemas penais modernos, corresponderia, em primeira instância, comprovar o fracasso histórico dessa instituição diante das suas principais funções declaradas: conter e combater a criminalidade, ressocializar o condenado, defender interesses elementares dos indivíduos e da comunidade. Não obstante, em uma consideração mais profunda, estudando a instituição carcerária do ponto de vista das suas funções reais, comprova-se que essas têm sido historicamente cumpridas com êxito.

Trazendo essas perspectivas para a análise do furto simples, percebe-se que atuação do Estado penal criminalizando condutas que atentem sem violência ou grave ameaça ao patrimônio alheio é desproporcional e desnecessária. O Estado penal deve ser mínimo e a criminalização desta conduta só produz maiores problemas, como analisados nos institutos da reincidência, e trata-se de um tipo penal voltado unicamente à estigmatização social de uma população marginalizada.

Além do mais, trata-se de um tipo penal em que a ação seletiva social e estatal é muito grande, com um recorte de classe bem definido. As medidas que deveriam ser tomadas, além de eventuais sanções em outras instâncias administrativas, deve ser de políticas públicas para assistir o desviante que incorre no verbo deste tipo penal. Levá-los ao encarceramento só aumenta as chances de reincidência e em tipos penais mais graves, como roubo, latrocínio e homicídio. A estrutura dos presídios brasileiros com suas facções e proteções informais internas possibilitam o recrutamento desses neófitos para verdadeiras carreiras criminosas.

Diante de ações que não respeitem a propriedade alheia nos moldes do tipo do furto simples, a atuação do Estado deve pautar-se por outros instrumentos administrativos e cíveis que no caso concreto podem trazer mais benefícios do que prejuízos.

¹⁵³ BARATTA, Alessandro. Princípios de Direito Penal mínimo: para uma teoria dos direitos humanos como objeto e limite da lei penal. **Revista de Doutrina Penal**, Buenos Aires, n. 10-40, p.623-650. Disponível em: <http://danielafeli.dominiotemporario.com/doc/alessandro%20baratta%20principios%20de%20direito%20penal%20minimo.pdf>. Acesso em: 04 jan. 2019.

¹⁵⁴ BARATTA, Alessandro. Princípios de Direito Penal mínimo: para uma teoria dos direitos humanos como objeto e limite da lei penal. **Revista de Doutrina Penal**, Buenos Aires, n. 10-40, p.623-650. Disponível em: <http://danielafeli.dominiotemporario.com/doc/alessandro%20baratta%20principios%20de%20direito%20penal%20minimo.pdf>. Acesso em: 04 jan. 2019.

A persecução penal inviabiliza o retorno do indivíduo à própria sociedade, já que com um crime de furto registrado em sua folha de antecedentes criminais dificilmente terá um retorno proveitoso ao mercado de trabalho, salvo se se mantiver na informalidade, mas aí, mais uma vez, o sistema punitivo cumpriria o seu papel de marginalizar.

Nesse sentido, a política criminal mais adequada para defender a descriminalização do tipo em comento é o do Direito Penal mínimo que se opera por uma medida de subsidiariedade, como ultima *ratio*. A intervenção do Estado só se justifica como última razão, porquanto a violência estrutural que ela carrega pode ser mais danosa e conflituosa do que benéfica.

O processo de descriminalização, cuja necessidade aparece em muitos outros tipos penais do ordenamento jurídico, só será viável e possível se realizado com prudência e acompanhado, reitera-se, de um conjunto de medidas eficiente de outros setores da esfera legal ou por sistemas sociais extralegais, que substituam o controle penal, que tem sua atuação cessada por risco de produzir maiores problemáticas sociais¹⁵⁵.

Não se pugna pela completa erradicação do controle penal que tutelam importantes bens jurídicos no ordenamento jurídico brasileiro, contudo deve ser feita uma reflexão racional sobre o alcance do sistema penal e os seus benefícios, pois não se deve banalizar a suas ações sob pena de se relativizar diversos direitos fundamentais do ser humano.

Assim sendo, a descriminalização do furto simples torna-se um importante instrumento de racionalização do sistema punitivo e impõe ao Estado o dever de repensar outras estruturas não penais para a solução deste intrincado problema social que envolve não só o patrimônio, mas toda uma complexa cadeia de estereótipos, estigmatização e desigualdades sociais.

3.4 A co-culpabilidade como alternativa à despenalização do furto simples

Hodiernamente, as medidas de descriminalização e despenalização mostram-se urgentes e necessárias nos diversos debates políticos e sociais, porquanto deve-

¹⁵⁵ CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p.195-196.

se buscar com uma maior justiça e solidariedade diferentes soluções que possam compor os conflitos que advêm de uma conduta socialmente desviada¹⁵⁶.

O princípio da co-culpabilidade aborda a divisão compartilhada da responsabilidade entre o criminoso excluído socialmente e o Estado pelo cometimento do delito, em virtude da omissão deste em proporcionar as mesmas oportunidades sociais a todos os cidadãos¹⁵⁷.

Nas palavras de Zaffaroni¹⁵⁸:

[...] a sociedade – por melhor organizada que seja – nunca tem a possibilidade de brindar a todos os homens com as mesmas oportunidades. Em consequência, há sujeitos que têm um menor âmbito de autodeterminação, condicionado desta maneira por causas sociais. Não será possível atribuir estas causas sociais ao sujeito e sobrecarregá-lo com elas no momento da reprovação de culpabilidade. Costuma dizer que há aqui uma “co-culpabilidade”, com a qual a própria sociedade deve arcar.

A importância deste princípio, portanto, está nessa análise dos conjuntos socioeconômicos que influenciam na prática do crime e que tem o Estado ou sociedade como corresponsável, pois a ação estatal combinado com a reação social traz os prejuízos da marginalização e vulnerabilidade¹⁵⁹.

Este princípio historicamente está ligado aos direitos de segunda geração, que correspondem aos direitos sociais, culturais e econômicos, impulsionados pela Revolução Industrial europeia a partir do século XIX¹⁶⁰. Esses direitos são importantes, visto que os direitos de primeira geração tratavam-se de um não fazer do Estado, já que a população vinha de combates intensos em diversos regimes absolutistas. O não fazer e intervir do Estado tratava-se de uma conquista liberal frente ao Estado. Os direitos supracitados de segunda geração, por sua vez, constituíam a ideia de que o Estado naquele momento histórico deveria não só se abster de intervir nos direitos políticos de seus cidadãos, mas de promovê-los e positivá-los na ordem jurídica coletiva e garanti-los no âmbito individual.

¹⁵⁶ CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p.195-196.

¹⁵⁷ MARÇAL, Fernanda Lira; SOARES FILHO, Sidney. **O princípio da co-culpabilidade e sua aplicação no direito penal brasileiro**. [s.l.]. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3cc578f087ea520a>. Acesso em: 9 jan. 2019.

¹⁵⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito penal brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 547.

¹⁵⁹ MARÇAL, Fernanda Lira; SOARES FILHO, Sidney. **O princípio da co-culpabilidade e sua aplicação no direito penal brasileiro**. [s.l.]. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3cc578f087ea520a>. Acesso em: 9 jan. 2019.

¹⁶⁰ MARÇAL, Fernanda Lira; SOARES FILHO, Sidney. **O princípio da co-culpabilidade e sua aplicação no direito penal brasileiro**. [s.l.]. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3cc578f087ea520a>. Acesso em: 9 jan. 2019.

Com o advento do Estado Liberal e propagação da ideia do Contrato Social de Rousseau e outros contratualistas, a co-culpabilidade surge no momento que esse contrato social é rompido, em consequência do crime perpetrado. O crime é ação deliberada do indivíduo de romper unilateralmente o contrato social indo contra os interesses que o constituíram, interesse esses de segurança e paz social¹⁶¹.

Nestes termos, por ser o contrato social um negócio jurídico bilateral, o Estado por sua vez também falha e rompe-o no momento em que deixa de fazer ou proporcionar a outra parte (cidadão) um mínimo de condições de sobrevivência, segurança, proteção e desenvolvimento da pessoa humana. Assim, essa corresponsabilidade pelo crime, parte de que o Estado foi o primeiro a romper com as suas responsabilidades de garantir os direitos que formataram inicialmente o contrato social¹⁶².

O princípio da co-culpabilidade é um princípio implícito na Constituição Federal, e, ademais, salienta-se que não se trata de imputar ao Estado uma infração penal, em razão deste assumir parcialmente sua responsabilidade no cometimento do crime ou de configurá-lo como autor ativo de um crime, porquanto não se deve inverter a posição jurídica, transformando um criminoso em vítima e o Estado em criminoso¹⁶³.

Como é cediço, existem lugares de flagrante descaso público, principalmente em lugares em que vivem grande parcela da população das classes mais baixas, lugares onde os direitos e garantias individuais e coletivos são relativizados, lugares onde se criam milícias e associações paramilitares informais e declaradas, lugares que dizem que o “Estado não chegou ou não existe”.

Neste diapasão, quando o indivíduo delinque o Estado-juiz deve, no momento de aplicar a pena, dosá-la em conformidade com a ausência parcial ou total do Estado com relação às garantias que deixou de assegurar àquele indivíduo. Esse princípio pode tanto ser positivado como uma atenuante genérica ou uma causa de

¹⁶¹ MARÇAL, Fernanda Lira; SOARES FILHO, Sidney. **O princípio da co-culpabilidade e sua aplicação no direito penal brasileiro.** [s.l.]. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3cc578f087ea520a>. Acesso em: 9 jan. 2019.

¹⁶² MARÇAL, Fernanda Lira; SOARES FILHO, Sidney. **O princípio da co-culpabilidade e sua aplicação no direito penal brasileiro.** [s.l.]. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3cc578f087ea520a>. Acesso em: 9 jan. 2019.

¹⁶³ MARÇAL, Fernanda Lira; SOARES FILHO, Sidney. **O princípio da co-culpabilidade e sua aplicação no direito penal brasileiro.** [s.l.]. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3cc578f087ea520a>. Acesso em: 9 jan. 2019.

diminuição de pena. Assim, ele deverá atenuar ou diminuir a pena, de acordo com o entendimento adotado.

Transpondo esse entendimento para o furto simples, objeto deste trabalho, defende-se a utilização deste princípio como causa de diminuição de pena específica para o furto, devendo-se destacar os elementos ensejadores deste princípio, todos já alinhavados em linhas anteriores.

Quanto maior for o descaso do Estado quanto aos direitos e garantias do criminoso, visto como ausência prestacional de direitos básicos como educação, moradia, saúde, lazer, na mesma proporção deverá diminuir a pena aplicada. Essa diminuição de pena, para os fins propostos neste trabalho, pode ser de 1/3 a 2/3, dependendo da maior ou menor presença dos elementos acima mencionados.

Assim posto, essa despenalização é uma alternativa à descriminalização do capítulo anterior e uma possibilidade de se reconhecer uma co-culpa do Estado por falta do cumprimento de seus deveres sociais, bem como de permitir responsabilizar, em uma certa medida, o delinquente que de maneira arbitrária violou um bem jurídico patrimonial alheio.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se que o intuito formal da legislação e das instâncias de controle buscam a igualdade perante as normas e uma pretensa ressocialização do indivíduo que incorre no tipo penal e, portanto, quebra com as regras sociais e legais.

No entanto, conforme bem denuncia os críticos deste sistema penal, se o Estado mantém o sistema prisional no estado decadente que está, não se esforçando minimamente para assegurar os direitos básicos de qualquer ser humano que ali se encontra segregado, logo depreende-se que o sistema penal não foi feito para funcionar. Não de acordo com os discursos oficiais dos magistrados e promotores que insistem em reafirmar suas sentenças e argumentos pela falta de disposição dos apenados de se instruírem conforme os fins ressocializadores da pena.

Não se trata de um sistema penal voltado à ressocialização dos presos, mas de um sistema que além de retirar a humanidade do indivíduo permite a gerência da miséria social com uma retribuição punitiva desproporcional de todos os que contribuem para a falha sistemática do sistema punitivo.

O crime se encontra proporcionalmente distribuído em todas as classes sociais. Frequentemente várias pessoas corrompem a lei de diversas formas, no entanto o sistema seleciona qual delas deverão responder por suas condutas e quais as outras que poderão manter-se com seus privilégios sociais. As estatísticas do INFOPEN vistas neste trabalho corroboram com esse recorte classe.

Consoante inferido das estatísticas dos processos de furto simples analisados tem-se a representatividade maciça de uma classe social pobre. Pessoas na sua maioria com um baixíssimo grau de instrução e envolvidos com outras mazelas sociais, entre elas drogas, desemprego e marginalização social. Indivíduos que na sua maioria possuem vários crimes registrados em suas folhas de antecedentes criminais necessitam de serem vistos não como cidadãos “do mal” corrompedores das regras sociais sagradas dos que são simuladamente “desprovidos de criminalidade”, mas sim como cidadãos pertencentes de um mesmo país, cultura e diversidade. Não se trata de impunidade, trata-se de punir na exata medida com fins legítimos e não arbitrários.

O objetivo deste trabalho e as conclusões que ele pretende fomentar é criar um campo fértil de reflexões que inspirem trabalhos acadêmicos futuros e reforcem a

necessidade de denunciar os abusos do Estado penal e mostrar alternativas mais humanas no trato com a criminalidade, crime e criminoso.

Neste viés, esta pesquisa elencou com uma certa complexidade alternativas não segregadoras no exame do furto simples, no caso da descriminalização, e, caso ainda necessário a segregação, relaciona uma medida despenalizadora viabilizando a consideração de determinados aspectos na dosimetria da pena que impulsiona o Estado a minorá-los ou então fazendo com que arque com uma diminuição da pena que sirva como uma reafirmação da falência das instituições oficiais no controle das desigualdades sociais.

Assim, mediante essas ponderações, faz-se uma grave crítica às verdadeiras intenções desse sistema penal trazendo a lume alguns de vários aspectos questionáveis na intenção de esclarecer um pouco a irracionalidade de um sistema que baseado formalmente na legalidade fomenta ainda mais os contrastes de uma sociedade desigual.

REFERÊNCIAS

ANITUA, Gabriel Ignácio. **Historias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

BARATTA, Alessandro. Princípios de Direito Penal mínimo: para uma teoria dos direitos humanos como objeto e limite da lei penal. **Revista de Doutrina Penal**, Buenos Aires, n. 10-40, p.623-650. Disponível em: <http://danielafeli.dominiotemporario.com/doc/alessandro%20baratta%20principios%20de%20direito%20penal%20minimo.pdf>. Acesso em: 04 jan. 2019.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as consequências humanas. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 23 nov. 2018.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 24 nov. 2018.

BRASIL. Departamento penitenciário nacional. (org.). **Levantamento nacional de informações penitenciárias**. Brasília, 2017. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf. Acesso em: 04 jan. 2019.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm. Acesso em: 04 jan. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Súmula 582**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=582&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 04 jan. 2019.

CASTRO, Lola Anyar de. **Criminologia da libertação**. Rio de Janeiro: Revan. 2008.

CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

FERREIRA, Carolina Costa. **Discursos do sistema penal**: a seletividade no julgamento dos crimes de furto, roubo e peculato nos tribunais regionais federais do Brasil. 2010. 244 f., il. Dissertação (Mestrado em Direito)- Universidade de Brasília, Brasília, 2010. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/handle/10482/7241>. Acesso em: 16 jun. 2018.

LOMBROSO, Cesare. **O homem delinquente**. São Paulo: Ícone Editora, 2010.

MARÇAL, Fernanda Lira; SOARES FILHO, Sidney. **O princípio da co-culpabilidade e sua aplicação no direito penal brasileiro**. [s.l.]. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3cc578f087ea520a>. Acesso em: 9 jan. 2019.

MOLINA, Antonio García-pablos; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

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

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

WACQUANT, Loic. **Punir os pobres**: A nova gestão da miséria nos Estados Unidos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo. **Direito Penal brasileiro- I**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito penal brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.