



Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Jurídicas e Políticas

Escola de Ciências Jurídicas

Faculdade de Direito

**A (DES)PROPORCIONALIDADE NA APLICAÇÃO
DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE
PARA CRIMES PATRIMONIAIS
SEM VIOLÊNCIA**

Por Maria do Carmo Ribeiro

Rio de Janeiro

2015.1

MARIA DO CARMO RIBEIRO

**A (DES)PROPORCIONALIDADE NA APLICAÇÃO
DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE
PARA CRIMES PATRIMONIAIS
SEM VIOLÊNCIA**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Escola de Ciências
Jurídicas da Universidade Federal do
Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO)
como requisito parcial à obtenção do
grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Thiago Bottino
Rio de Janeiro – RJ
2015.1

Em primeiro lugar, aos meus pais, irmãos e avós,
base e incentivo para todo o esforço e sonhos.
Aos amigos, pelo estímulo, apoio e pelas longas conversas,
que me transformaram o coração e a mente.
Aos Professores pelo amor em propagar o conhecimento
e pela maestria em fazer surgir pensamento crítico e questionador.
À minha sobrinha Ásia, que transborda carinho e
sabedoria em sua sede de descobrimento.
Por fim, a todos os Mestres com que temos a sorte de esbarrar
pelos caminhos da vida, que não se sabem diplomados mas o são,
não pela educação tradicional, mas pela experiência;
são eles que nos ensinam a importância da humildade
e não permitem que, em meio à academia,
esqueçamos do objetivo maior do nosso estudo:
os outros.

“A inexistência da tortura e da pena capital podem ser vistas como joias da coroa *in absentia* do nosso sistema penal. Sua ausência é nosso orgulho. O encarceramento, contudo, está próximo da aniquilação da vida. Significa o confisco da maior parte do que se costuma considerar vida.”
(Nils Christie)

RESUMO

Os crimes patrimoniais têm em comum o bem jurídico tutelado: o patrimônio da vítima. Nos crimes em que não há violência ou grave ameaça, apenas o patrimônio foi exposto a um risco, não a vítima em sua integridade física ou moral. A pena prevista para a grande maioria desses crimes é a mesma: a prisão. Essa é a política de segurança pública adotada pelo Estado brasileiro: a criminalização. Paralelamente, a liberdade é um direito fundamental reconhecido constitucionalmente e no direito internacional. Em nome desse direito, houve revoluções e muita luta. Para ser restringido, portanto, deve haver uma previsão legal que justifique a necessidade social de fazê-lo.

O Brasil está entre os países cuja desigualdade social é a maior do mundo; coincidentemente ou não, também é um dos líderes em outro *ranking*, no que tange à população carcerária. Ainda assim, os números de presos e de crimes não param de crescer em porcentagens alarmantes. A desigualdade vem sendo reduzida num ritmo muito inferior.

Suprimir a liberdade de delinquentes não tem resolvido o problema da criminalidade patrimonial. Em tempos de crescimento da legislação punitiva e do retorno do conservadorismo ao palco de debates políticos, é preciso que busquemos novas formas de solucionar conflitos. Caso contrário, os números de hoje servirão apenas para demonstrar o quão somos bons em ignorar os sinais gritantes de que a supressão dos direitos aumenta os problemas, ao invés de diminuí-los.

Palavras-chave

patrimônio

desigualdade social

liberdade

criminalização

população carcerária

ABSTRACT

The crimes against patrimony serve to protect the private property. When it does not involve violence or threats, only the property was exposed to a risk, not the victim in her moral or physical integrity. The punishment for the major part of crimes against patrimony is the same: prison. This is the security policy adopted by the Brazilian government: criminalization. At the same time, freedom is a fundamental right contemplated in the Constitution and in the international laws. To conquer this right, there were wars and revolution. Because of that, there has to be a legal prediction that justifies the social need to do it.

Brazil is among the countries with the biggest level of social inequality in the world; coincidentally or not, the country is also on the top of another rank: the countries with the biggest prison population. However, this population keeps growing and the number of crimes committed also. The inequality is being reduced in slower path.

Suppressing criminal's freedom is not solving the problem of the patrimonial delinquency. While the punitive criminal legislation and the conservatism alarmingly grow, it is very important to look for alternative ways of solving conflicts. Otherwise, the current numbers will serve only to show us how good we are in ignoring the striking signs that indicate that restricting rights only increase the problems.

Key words

patrimony

social inequality

freedom

criminalization

prison population

SUMÁRIO:	PÁG.
I. INTRODUÇÃO.....	7
II. PROPORCIONALIDADE NO DIREITO PENAL, CONCEITO, IMPORTÂNCIA E DISCUSSÕES ATINENTES.....	9
III. NECESSIDADE DE DISCUSSÃO CRIMINOLÓGICA E DISCUSSÃO PRAGMÁTICA DA POLÍTICA CRIMINAL PELA DOGMÁTICA PENAL...16	
IV. ANÁLISE HISTÓRICA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE – NO OCIDENTE (CONTENÇÃO DAS MASSAS E CAPITALISMO INDUSTRIAL) E NO BRASIL.....	27
V. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE DE FATO: DADOS, ENCARCERAMENTO EM MASSA, CONDIÇÕES SUBHUMANAS.....	33
VI. POBRES E RICOS: A DISCREPÂNCIA ENTRE AS PENALIDADES.....	38
VII. O BEM JURÍDICO TUTELADO X O BEM JURÍDICO SUBTRAÍDO (PATRIMÔNIO X LIBERDADE).....	45
VIII. REFORMULANDO A FORMA DE PENSAR A JUSTIÇA: RETRIBUIÇÃO X RESTAURAÇÃO.....	49
IX. REFLEXÕES FINAIS.....	59
X. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	61

I. INTRODUÇÃO

O presente estudo objetiva analisar a aplicação ou não do Princípio da Proporcionalidade pelos legisladores na penalização dos crimes patrimoniais, cujas penas preveem a privação da liberdade.

São, atualmente, mais de 550.000 (quinhentos e cinquenta mil) presos no sistema carcerário brasileiro; número que confere ao nosso país o quarto lugar no ranking dos Estados com as maiores populações carcerárias do mundo, subindo para terceiro, se computadas as pessoas em prisão domiciliar.¹ Esse quadro toma um aspecto ainda mais um assustador quando analisados os números referentes ao déficit de espaço para abrigar tantas pessoas, o que faz com que a maior parte dos presídios esteja superlotada (e as condições de vida nesses lugares, conseqüentemente, cada vez piores).

Ao contrário do que se vislumbrava, essa população não para de crescer: enquanto o número de pessoas no Brasil aumentou em 36% de janeiro de 1992 a junho de 2013², a população carcerária aumentou em quantidades muito superiores, chegando aos 403,5%³ no mesmo período.

Resta concluir que há algo de errado com o sistema, já que encarcerar não tem trazido os resultados esperados: o número de presos não diminuiu, nem a criminalidade. A pena privativa de liberdade tem gerado muitos problemas – e solucionado poucos.

Dessa forma, urge a necessidade de se pensarem novas formas de encarar os conflitos e essa é a proposta visada pelo presente trabalho. A ideia é repensar as penas aplicadas para os crimes patrimoniais sem violência ou grave ameaça, analisando a proporcionalidade entre as condutas que se deseja punir e as penas a elas aplicadas. Dessa forma, quem sabe, buscar formas mais eficazes de combater esses crimes e, conjuntamente, o problema do encarceramento em massa.

Primeiramente, o trabalho abordará a história da Proporcionalidade no âmbito

¹ Computados os presos em regime de prisão domiciliar, o número chega a 711.463 pessoas. Dados fornecidos pela pesquisa “Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil” do CNJ, realizada em junho de 2014, disponível em http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf.

² Dados fornecidos pelo IBGE na pesquisa Sistema Carcerário brasileiro realizada em Junho de 2013, disponível em <http://d2kefwu52uvymq.cloudfront.net/uploads/2015/02/LEVANTAMENTO-SISTEMA-PENITENCI%C3%81RIO-2013-JUNHO2.pdf>.

³ Dados fornecidos pelo “Mapa das prisões” do Ministério da Justiça, em junho de 2013, disponível em <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/transparencia-institucional/estatisticas-prisonal/anexos-sistema-prisonal/total-brasil-junho-2013.pdf>.

do Direito Penal, seu conceito e sua importância. Será esclarecida a diferença desse princípio no âmbito da ciência penal do princípio constitucional da Proporcionalidade, revelando a anterioridade histórica e a diferença na abordagem do primeiro em relação ao segundo.

Em seguida, será feito um estudo a respeito da discussão criminológica de forma a configurar de melhor forma a dogmática penal, na busca de Leis Penais cujos resultados e efeitos atendam aos seus objetivos.

O próximo passo nesse estudo é uma análise da pena privativa de liberdade no mundo ao longo da história. Para entender o presente anseio social pela prisão como primeira medida para dirimir qualquer conflito legal, é preciso buscar raízes na evolução histórica do Direito Penal, remontando o surgimento do capitalismo industrial como fator desencadeador da banalização da pena de prisão.

Em seguida, serão apresentadas estatísticas que demonstram como a pena é aplicada no país. A realidade interna das prisões é completamente diversa da ideia – quase que ilusória – de como ela é prevista na Constituição e na norma penal; são desrespeitados diversos direitos fundamentais e não há qualquer perspectiva de reinserção social dos punidos.

Por fim, é chegado o momento de valorar a liberdade dos homens e o patrimônio que se detém. O Direito à Liberdade remonta a luta de pessoas de muitos séculos atrás, que perceberam sua fundamental importância para a vivência do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana em sua plenitude. Seria o patrimônio importante o suficiente para que uma agressão a ele justificasse a supressão e a restrição da Liberdade?

Encerrando o debate, propõe-se uma breve reflexão a respeito de possíveis caminhos a seguir na direção de um Direito mais justo, que respeite os seres humanos em sua integralidade: é chegado o momento de reparar danos ao invés de causá-los.

II. PROPORCIONALIDADE NO DIREITO PENAL, CONCEITO, IMPORTÂNCIA E DISCUSSÕES ATINENTES

No presente capítulo, a ideia é definir a proporcionalidade no Direito Penal, respondendo a duas questões pertinentes: por que afastar-se da ideia de Constitucionalização do Direito Penal? É o Direito Penal autônomo ou uma subcategoria do Direito Constitucional? Após essa análise, remontar o surgimento e evolução histórica da Proporcionalidade nessa esfera dogmática e trazer à tona sua importância, destacando em que discussões ela figura na doutrina.

A proporcionalidade é um dos princípios basilares do Direito Penal, diferenciando-se em alguns aspectos do Princípio Constitucional da Proporcionalidade.

A maior parte da doutrina reconhece seu surgimento ainda na Lei de Talião – que pode parecer cruel por sugerir a ideia do “olho por olho, dente por dente”, mas revela, desde uma época tão distante, a ideia de que a punição deve ser medida pelos danos que a conduta indesejada provocou. Outros tantos doutrinadores destacam a Magna Carta⁴ como um dos documentos que também tratou a proporcionalidade atinente à questão das penas. No século XVIII, importa destacar a contribuição dos pensadores iluministas no mesmo sentido, como Montesquieu, Rosseau e Beccaria; sendo o último responsável por uma obra que, para alguns conservadores dos tempos de hoje, infelizmente, pode parecer vanguardista, onde o autor destaca com todas as palavras: “Deve haver, pois, proporção entre os delitos e as penas.”⁵ Romagnosi, que também dedicou seus estudos na linha do que defendeu Beccaria, definiu a pena como um contra-estímulo ao crime, enfatizando que ela jamais poderia superar a ação que o gerou, sendo a proporcionalidade um limite lógico para a severidade da punição.⁶ Também na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, no artigo 15, a proporcionalidade figura como aspecto fundamental da análise da punição: “a lei só deve cominar penas estritamente necessárias e proporcionais ao delito”.

A discussão da proporcionalidade no Direito Penal é anterior à discussão da

⁴ ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. O Princípio da Proporcionalidade Aplicado ao Direito Penal: Fundamentação Constitucional da Legitimidade e Limitação do Poder de Punir. Revista da EMERJ, v. 12, nº 45, 2009, p. 274.

⁵ BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. E-book. Ed. Ridendo Castigat Mores., p. 37

⁶ ROMAGNOSI, Giandomenico. Genesi del diritto penale. In: Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 35.

proporcionalidade em âmbito constitucional, que surgiu apenas de forma implícita, sendo expressa através de outros princípios, como o Princípio de Individualização da Pena, por exemplo.⁷

Importa aqui pontuar que o Direito Penal, apesar de dever ser condicionado, limitado e baseado nos cânones do Direito Constitucional, tem natureza relativamente autônoma, por se tratar de um ramo do Direito com bases e princípios particulares. São muitos os autores que reconhecem a natureza primária e constitutiva do Direito Penal, como Bitencourt, Zaffaroni e Luiz Regis Prado.

Segundo Bitencourt, ainda que o Direito Penal proteja bens jurídicos já tutelados por outros ramos do ordenamento, ele o faz de forma peculiar⁸. Luiz Regis Prado destaca a natureza autônoma ou constitutiva (valorativa) do Direito Penal.⁹ Afinal, o Direito Penal atribui novos *status* a condutas realizadas pelos seres-humanos; a conduta definida como crime precede sua tipificação, não o oposto.

Encarar o Direito Penal apenas como sub-categoria do Direito Constitucional importaria em tornar possível a relativização de alguns de seus cânones como, por exemplo, *nullum crimen nulla poena sine lege praevia*, o princípio da legalidade, que fora copiado posteriormente pelo Direito Constitucional. O *status libertatis* (conhecido como presunção de inocência) e a ampla defesa, da mesma forma.

Sendo assim, o Direito Constitucional obviamente deve servir de norte e de limitador para o Direito Penal, vez que nele estão contidos os princípios segundo os quais deve se orientar a legislação ordinária. Entretanto, resta-nos lembrar da importância de reconhecer a relativa autonomia da Dogmática Penal, no sentido de não permitir a relativização dos seus pilares.

Como consequência, a discussão a respeito da proporcionalidade que deve conectar as condutas tipificadas e as penas estabelecidas para elas deve ter como palco a Dogmática Penal, levando em consideração o nascimento e desenvolvimento peculiar desse princípio nesse ramo do Direito.

Atualmente a proporcionalidade no âmbito do Direito Penal ganha mais força na questão referente à legítima defesa.

A legítima defesa é o instituto que retira da conduta típica a antijuridicidade,

⁷ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Geral. Rio de Janeiro: Impetus, 2011., p. 76

⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, Volume 1, parte geral. São Paulo: Saraiva, 2008, p.4.

⁹ PRADO, Luiz Régis. Curso de Direito Penal Brasileiro. V.1. São Paulo: RT, 2008, p. 56.

sendo definida no Código Penal brasileiro no artigo 25 como o uso moderado dos meios necessários, para repelir injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

É na necessidade de compreender o que são os chamados “meios necessários” que a doutrina se ocupou da discussão da proporcionalidade. Ora, “meios necessários” são a forma encontrada pela vítima de repelir a tal agressão de forma eficaz, protegendo o direito agredido ou ameaçado. No entanto, é bom lembrar que isso não autoriza qualquer defesa: é preciso que ela seja *proporcional* ao direito que se pretende defender.

A doutrina alemã iniciou a discussão com a teoria da prevenção geral, que baseia a legítima defesa na salvaguarda do próprio ordenamento jurídico e não apenas do direito ameaçado concretamente. Isso significaria que se uma senhora quisesse impedir que seu cordão fosse furtado por um menino na rua, poderia desferir um tiro de uma arma que possuísse em sua bolsa – porque, nesse caso, por ser uma senhora idosa, sem forças para persegui-lo e detê-lo, era o único meio de que dispunha. Não estaria ela defendendo apenas seu direito ao patrimônio e sim todo o ordenamento.

Em sua obra “*Princípios básicos do Direito Penal*”, Francisco de Assis Toledo esclarece minuciosamente essa visão, citando, primeiramente, Manzini:

A importância do direito exposto a perigo não entra em consideração para conferir ou tolher a faculdade defensiva nem para estabelecer a proporção entre a defesa e a ofensa ameaçada... No que toca aos direitos patrimoniais, subsiste a faculdade de legítima defesa (resguardada sempre a proporção dos meios defensivos utilizados) seja diante do perigo atual de ser privado de pouca quantidade de fruta, seja no de uma invasão de ladrão no galinheiro, seja no perigo de ver-se saqueada a casa ou quebrado o cofre.¹⁰

Completa, em seguida, citando Nelson Hungria:

Por mínimo que seja o mal ameaçado ou por mais modesto que seja o direito defendido, não há desconhecer a legítima defesa, se a maior gravidade da reação derivou da indisponibilidade de outro meio menos prejudicial, e posto que não tenha havido imoderação no seu emprego. Sustenta a doutrina alemã que qualquer bem jurídico pode ser defendido mesmo com a morte do agressor, se não há outro remédio para salvá-lo. O sentimentalismo latino, porém, acoima de brutal esse ponto de vista, e reclama que a proporcionalidade da defesa deve ser condicionada não apenas à gravidade da agressão, mas também à relevância do bem ou interesse que se defende. Dentro da lógica, entretanto, a primeira solução é que é exata. Ou se reconhece

¹⁰ MANZINI, Vincenzo. Trattato di dritto penale italiano. 4. ed. Torino, UTET, 1961, v. 1 e 2. In: TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos do Direito Penal. 5. ed. São Paulo: 1994, Saraiva, p. 202.

que os bens de pouca relevância não são tuteláveis pela defesa privada, e *tollitur quaestio*; ou se admite (como faz o direito positivo) que todo bem, por íntimo que seja, merece essa tutela, e a conclusão não pode ser outra senão esta: a legítima defesa do mais humilde dos bens pode ir *usque ad necem*, desde que o evento letal tenha de resultar necessariamente do único meio disponível.¹¹

O autor explica que não adota essa visão, um tanto quanto fundamentalista, e cita autores da própria doutrina alemã que já divergem quanto a essa vertente: Welzel, Maurach, Jeschek. Justifica-se essa posição contrária com base na ideia de que o Direito Penal não deve entrar em conflito com valores éticos fundamentais, tal qual a proporcionalidade.¹²

Nesse sentido, colacionamos aqui essa visão, compartilhada por Rogério Greco. Ao exemplificar uma situação em que um menino de 10 anos furta mangas de uma mangueira e é atingido pelo fazendeiro que tentava proteger seu patrimônio com um tiro, explica porque isso ultrapassaria a concepção de um meio necessário:

(...) mesmo que fosse o único que tivesse à sua disposição, não poderíamos considerar como necessário o meio utilizado pelo agente que, para defender seu patrimônio (mangas), causou a morte de uma criança valendo-se de uma espingarda. Não há, aqui, proporção entre o que se quer defender e a repulsa utilizada como meio de defesa.¹³

E complementa:

Embora, conforme preconiza Néelson Hungria, não se trate de 'pesagem em balança de farmácia, mas de uma aferição ajustada às condições de fato do caso vertente', podemos verificar quando um meio, mesmo que único, pode ser considerado desnecessário à defesa do bem.¹⁴

Francisco de Assis Toledo encerra a exposição afirmando:

Conclui-se, pois, que, no moderno direito penal, só se admite a defesa de bens insignificantes (note-se que não excluimos a possibilidade) quando os atos necessários e suficientes para tanto não causarem lesão ao agressor de forma expressivamente desproporcionada ao valor dos bens e interesses ameaçados.¹⁵

¹¹ HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Direito Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955, v.1, t. 2, p. 298-9. In: TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos do Direito Penal. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 202.

¹² TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos do Direito Penal. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 203.

¹³ GRECO, Rogério. Op. cit., p. 340.

¹⁴ Idem.

¹⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. Op. Cit., p. 203.

Como se denota da exposição, na discussão da legítima defesa em específico, a proporcionalidade serve de norte para tirar de uma conduta ofensiva a um bem jurídico a ilicitude, tornando-a penalmente irrelevante por servir como forma de defesa a uma agressão a um bem jurídico mais valioso. Isto é, ocorre de fato um escalonamento dos bens jurídicos através da aplicação desse princípio.

Entende-se, portanto, que a proporcionalidade no Direito Penal serve para mensurar e dividir os bens jurídicos em graus de importância, definindo quais bens jurídicos podem ser sacrificados em nome de outros.

Em relação aos delitos e suas penas, esse sopesamento também deve existir. Como explica Zaffaroni¹⁶, “isso implica hierarquizar as lesões e estabelecer um grau de coerência mínima quanto à magnitude das penas vinculadas a cada conflito criminalizado (...)”. Entretanto, é algo mais complexo, vez que a pena e o delito não tem um nexos natural: sua conexão é artificial - criada pelo legislador e aplicada pelo julgador. Apesar disso, a punição não pode deixar de ser analisada a partir dessa ótica, em nome da proteção dos direitos e garantias fundamentais. Nesse sentido, Luigi Ferrajoli:

O fato de que entre a pena e delito não exista nenhuma relação natural não exige a primeira de ser adequada ao segundo em alguma medida. Ao contrário, precisamente o caráter convencional e legal do nexos retributivo que liga a sanção ao ilícito penal exige que a eleição da qualidade e da quantidade de uma seja realizada pelo legislador e pelo juiz *em relação à natureza e à gravidade do outro*.¹⁷ (grifos do autor)

Importa lembrar que, para balizar a proporcionalidade, há dois aspectos principais: a proibição do excesso e a proibição de proteção deficiente.

A proibição do excesso baseia-se na ideia de que tanto o legislador quanto o julgador devem proteger o direito de liberdade dos cidadãos, punindo – com a pena mínima necessária para alcançarem-se os fins da pena, com o menor prejuízo possível para o punido - apenas os comportamentos necessários e relevantes para o Direito Penal. Aqui se exige uma prestação positiva do Estado no sentido de proteger liberdades e garantias.

Já a proibição da proteção deficiente é o lado oposto: pretende exigir do legislador e do julgador que não se abstenham de proteger direitos e garantias

¹⁶ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Direito Penal Brasileiro. Rio de Janeiro: Revan, 2003, v.I, p. 231.

¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 320.

fundamentais, ou seja, não se eximam de aplicar a punição para condutas que precisam ser punidas por agredirem bens fundamentais. Aqui também há uma exigência no sentido de uma prestação positiva do Estado, no sentido de proteger os indivíduos de omissões estatais.

É preciso fazer um breve comentário a esse segundo aspecto da proporcionalidade: a ideia da proteção deficiente baseia-se na ideia de que o Direito Penal consegue tutelar bens jurídicos, que esta é sua função e que ela é necessária. Nesse sentido, uma crítica de Juan Córdoba Roda:

[E]m primeiro lugar, devemos observar que a presunção conforme a qual para todo sujeito normal que comete um fato previsto como delito, a pena resulta como necessária devido às razões de prevenção geral ou especial, expressa um juízo que guarda uma grande discrepância em relação do que sucede na vida real. Recorde-se, a este respeito, que, segundo é perfeitamente sabido, a aplicação da pena pode ser absolutamente desnecessária, quando não prejudicial pelos seus nefastos efeitos que a privação da liberdade comporta, para uma grande proporção dos sujeitos 'normais'. A não-execução da pena em tais casos não tem, ademais, porque diminuir a pretendida eficácia de prevenção geral, já que as legítimas exigências resultantes desta podem restar satisfeitas pela condenação penal do sujeito. Opor-se em tais casos à inexecução da pena, em atenção ao relaxamento que isso poderia supor, comporta, a nosso juízo, um intolerável tributo em favor da segurança jurídica.¹⁸

No mesmo sentido, Zaffaroni¹⁹:

Já que é impossível demonstrar a racionalidade da pena, as agências jurídicas devem, pelo menos, demonstrar que o custo em direito da suspensão do conflito mantém uma proporcionalidade mínima com o grau de lesão que tenha provocado. Temos aí o *princípio da proporcionalidade mínima da pena com a magnitude de lesão*. Com esse princípio não se legitima a pena como retribuição, pois continua sendo uma intervenção seletiva do poder que se limita a suspender o conflito sem resolvê-lo e, por conseguinte, conserva intacta sua irracionalidade. Simplesmente se afirma que o direito penal deve escolher entre irracionalidades, deixando passar as de menor conteúdo (...). (grifos do autor)

Resta, portanto, a ideia de que a proporcionalidade é um princípio de forte carga hermenêutica para o sopesamento de bens no Direito Penal, tendo acompanhado toda

¹⁸ CÓRDOBA RODA, Juan. Culpabilidad y pena. Carcelona: Boschi, 1977, p. 42. In: GRECO, Rogério. Direito penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal. Niterói: Impetus, 2015, 8. ed., p. 117.

¹⁹ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Op. Cit., p. 230.

sua evolução, remontando o estudo penal desde os primórdios, passando por diversas discussões.

Nesse contexto de análise quanto à proporcionalidade que se propõe a análise do conflito dos bens jurídicos que estudaremos: o patrimônio e a liberdade.

III. NECESSIDADE DE DISCUSSÃO CRIMINOLÓGICA E DISCUSSÃO PRAGMÁTICA DA POLÍTICA CRIMINAL PELA DOGMÁTICA PENAL

Neste capítulo será demonstrada a importância da discussão criminológica e pragmática da Política Criminal pela Dogmática Penal a partir das definições: o que diferencia a Dogmática Penal da Lei Penal? O que são a Dogmática Penal, o Sistema Penal e a Política Criminal? Por que a discussão da Política Criminal deve se relacionar à Dogmática Penal?

A Lei Penal é o conjunto de dispositivos legais que determinam quais as condutas o Estado escolherá apenar e o Sistema Penal é o “conjunto de agências que operam a criminalização”²⁰.

O Direito Penal é um ramo do saber jurídico que busca orientar os juristas na forma de aplicar a Lei Penal através do exercício do poder punitivo do Estado. A Dogmática Penal é a disciplina que se ocupa da interpretação, sistematização e desenvolvimento dos dispositivos legais e das opiniões científicas no âmbito da Lei Penal, conformando o Direito Penal.

A Política Criminal, muitas vezes confundida com o Direito Penal, por sua vez, corresponde à maneira como o Estado escolhe enfrentar determinados conflitos: é o aspecto do controle penal que diz relação com o poder que tem o Estado de definir um conflito social como criminal. Ela sempre existiu, já que toda imposição de pena configura Política Criminal, mas tem seu surgimento atribuído aos séculos XVIII e XIX, graças aos primeiros estudiosos sobre o assunto, como Feuerbach e Beccaria. Importa salientar que há profundas diferenças entre a Política Criminal de um Estado de Polícia e àquela de um Estado Democrático de Direito²¹, vez que não necessariamente a forma de solucionar os conflitos gerados pela criminalidade envolve punição, como demonstraremos mais adiante.

A análise dos efeitos da aplicação da Lei Penal para os conflitos escolhidos pelo legislador é feita pela Criminologia. Esse estudo deve ser feito, portanto, através de diversos ramos do saber, tais como o Direito, a Sociologia, a Psicologia, a Antropologia, a Psiquiatria, etc.

²⁰ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Op.Cit., p. 60.

²¹ Aprofundando a temática, ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O Inimigo no Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2007, 2. ed.

Essa área multidisciplinar do saber sofreu muitas transformações a partir de seu surgimento, desde o século XVIII aos dias de hoje. A Escola Clássica, que foi difundida no início do século XIX, por escritores e estudiosos que tomaram por base as ideias defendidas por Beccaria, continha influências da filosofia política liberal clássica europeia do seu tempo, e tinha por objeto de estudo o criminoso. A busca orientava-se pelo objetivo de determinar as causas do crime.

O autor que deu as bases a essa Escola, Cesare Beccaria, conferia à sua análise um viés utilitarista: explicava a necessidade do Estado penal e o poder punitivo através da ideia do contrato social. Para proteger a vida coletiva, os indivíduos abriam mão de uma parcela de sua liberdade, concedendo ao Estado o poder de punição como forma de conter condutas que poderiam comprometer a segurança dos demais.

Cansados de só viver no meio de temores e de encontrar inimigos por toda parte, fatigados de uma liberdade que a incerteza de conservá-la tornava inútil, [os homens] sacrificaram uma parte dela para gozar do resto com mais segurança. A soma de todas essas porções de liberdade, sacrificadas assim ao bem geral, formou a soberania da nação; e aquele que foi encarregado pelas leis do depósito das liberdades e dos cuidados da administração foi proclamado o soberano do povo.²²

O conjunto de todas essas pequenas porções de liberdade é o fundamento do direito de punir. Todo exercício do poder que se afastar dessa base é abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; é uma usurpação e não mais um poder legítimo.²³

Giandomenico Romagnosi, seguidor de Beccaria, alterou um pouco o discurso, de uma forma mais complexa, relacionando a punição à necessidade humana de manter a própria existência: a pena, para ele, era uma reação social para uma conduta criminosa, o que a tornava um necessário integrante da vida em sociedade.

(...) se depois do primeiro delito existisse uma certeza moral de que não ocorreria nenhum outro, a sociedade não teria direito algum de puni-lo [o delinquente].²⁴

A importância da compreensão da ligação entre Direito Penal e contratualismo é destacada por Pedro Vieira Abramovay²⁵ ao explicar que “o conceito de liberdade individual que carregamos até hoje foi construído nesse momento histórico. (...) Este é,

²² BECCARIA, Cesare. Op. Cit., p. 26.

²³ Ibid., p. 28.

²⁴ ROMAGNOSI, Giandomenico. Genesi del diritto penale. In: BARATTA, Alessandro. Op. Cit., p. 35.

²⁵ ABRAMOVAY, Pedro Vieira. MALAGUTI BATISTA, Vera. Seminário depois do grande encarceramento. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 12.

portanto, o momento da história das ideias políticas em que o indivíduo e a liberdade individual passam a ser o elemento central de todas as formulações teóricas”, o que acarreta consequências no Direito Penal. Ele passa a trabalhar através da ótica da individualização da responsabilidade como forma de dissuasão, já que o delito é encarado como fruto do livre arbítrio dos indivíduos e o direito de puni-lo fruto do contrato firmado entre todos, para reprimi-lo em seu descumprimento.

A Francesco Carrara é atribuído o nascimento da moderna ciência do Direito Penal, em meados do século XIX, em que a pena passa a ser vista como forma de eliminar o perigo social criado pela impunidade de um delito. É a partir desse contexto que surge, através de estudos como os de Lombroso, Garófalo e Ferri, a Escola Positivista, caracterizada por explicar os delitos a partir do determinismo biológico, psíquico, antropológico, físico e social. Essa Escola passa a adquirir como bases teorias sociológicas sobre o crime e o controle social com princípios de ideologia de defesa social, para impulsionar e justificar o discurso repressivo do sistema penal.

É importante destacar que até aí a Criminologia encontrava-se num patamar hierárquico inferior ao Direito Penal, subordinando seu estudo a suas regras: seja na Escola Clássica, quando o crime é entendido como um fator ontológico pré-existente à reação social proveniente dele, seja na Escola Positivista, quando o crime, ainda que descrito como fato pré-determinado por fatores diversos, era estudado através da análise minuciosa de presos gerados pelos sistemas penal e social anterior. Isto é, até mesmo quando a Criminologia buscou alterar essa hierarquia, utilizou-se de um método científico-naturalístico dependente do Direito Penal.

A partir da década de 30, começa a emergir o abandono das teorias patológicas adotadas na Escola Positivista, dando lugar ao desenvolvimento de uma Criminologia contemporânea. Cabe lembrar que a superação dessas teorias ainda não ocorreu por completo, como destaca Baratta:

(...) a matriz positivista continua fundamental na história da disciplina, até nossos dias. Não só porque a orientação patológica e clínica continua representada na criminologia oficial, mas também porque as escolas sociológicas que se desenvolveram, dos anos 30 em diante, especialmente nos Estados Unidos, contrapondo-se como “sociologia criminal” à “antropologia criminal”, continuaram por muito tempo e ainda em parte continuam a considerar a criminologia sobretudo como estudo das causas da criminalidade. Ainda que estas orientações tenham, geralmente, deslocado a atenção dos fatores biológicos e

psicológicos para os sociais, dando o predomínio a estes últimos, o modelo positivista da criminologia como estudo das causas ou dos fatores da criminalidade (paradigma etiológico) para individualizar as medidas adequadas para removê-los, intervindo sobretudo no sujeito criminoso (correcionalismo), permanece dominante dentro da sociologia criminal contemporânea.²⁶

É com o aparecimento da sociologia que a criminalidade passa a ser entendida de outra forma. Como destaca Pedro Abramovay²⁷, é Durkheim que deixa claro que o crime é um fato social, não existindo em circunstâncias individuais, por não ser derivado de uma decisão pessoal do indivíduo e sim de outros fatos sociais. Dessa forma, a função da pena não pode ser a dissuasão individual, sob pena de não alcançar seu objetivo. Aí é que se denota a verdadeira função do Direito Penal e da pena: longe de ser a dissuasão, são a forma de alcançar a satisfação do restante da sociedade em ver penalizado quem descumpriu o contrato social.

A partir do desenvolvimento dessa forma de encarar o crime e a Política Criminal, com a crise de 29, os Estados alteram seu posicionamento quanto à interferência na vida privada de seus cidadãos. Em detrimento ao pensamento que vigorava, com o desencadear da crise, a intervenção estatal passa a ser vista como fundamental para uma melhor coexistência das pessoas – a responsabilidade individual para de ser um fardo tão pesado quando é dividida com o Estado. É chegado o tempo do *New Deal* e do Estado do bem-estar social. O reflexo dessa alteração na Política Criminal é gritante:

(...) como todas as instituições sociais, o previdenciário penal foi moldado por um contexto histórico específico e operava sobre um conjunto de estruturas sociais e de experiências culturais. Seus modos de pensar e de agir faziam sentido para os que trabalhavam no campo, mas também repercutiam nas estruturas mais amplas da sociedade do Estado de bem-estar e nos modos de vida que essas estruturas refletiam e produziam. O previdenciário penal angariou apoio de – e forneceu apoio a – uma forma particular de Estado e uma estrutura peculiar de relações de classe. Funcionou num ambiente específico de políticas econômicas e sociais, e interagiu com um grupo de instituições contíguas, a mais importante das quais o mercado de trabalho, e as instituições sociais do Estado de bem-estar social. Em resumo, suas maneiras características de pensar e agir, notadamente seu modernismo e sua racionalidade 'social' foram consolidadas nas formas de vida criadas pelas relações políticas e culturais dos anos do pós-guerra.²⁸

²⁶ BARATTA, Alessandro. Op. Cit., p. 30.

²⁷ ABRAMOVAY, Pedro Vieira. MALAGUTI BATISTA, Vera. Op. Cit., p. 15.

²⁸ GARLAND, David. A cultura do controle – Crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de

Importa salientar que é nesse momento que se compreende enfim que o crime é composto por inúmeros impulsos que decorrem das relações sociais, não sendo fruto apenas da decisão individual e do livre arbítrio. É ele expressão da vida em sociedade. A Política Criminal, da mesma forma, é produto da ideologia política e do modelo econômico adotado. Quando faltam empregos, num Estado que intervém buscando o bem-estar social, é assegurado o seguro-desemprego. As pessoas não ficam desamparadas por completo, não precisando recorrer à criminalidade.

Estudiosos do crime e das relações que o envolvem chegaram a pensar que a Política Criminal teria se alterado completamente até os presentes dias, no sentido de se esvaziarem as conservadoras e falidas maneiras de enfrentar a criminalidade – através da punição e da hiperinflação legislativa penal – mas isso não ocorreu. O motivo foi o retorno do liberalismo em sua nova forma, com a adoção do neoliberalismo como modelo econômico, em decorrência da crise de legitimidade enfrentada pelo modelo vigente. Segundo Wacquant:

Acoplado ao trabalho assalariado fordista, que operava como um vetor de solidariedade, o Estado keynesiano – cuja missão era contrapor-se aos ciclos recessivos da economia de mercado, proteger as populações mais vulneráveis e reduzir as desigualdades mais gritantes – foi sucedido por um estado que se pode chamar de neodarwinista, que se baseia na competição, celebra a responsabilidade coletiva e, portanto, política. Ao contrário de seu predecessor *belle époque*, este darwinismo de cara nova, que louva os 'vencedores' pelo seu vigor e inteligência, e fustiga os 'perdedores' da 'luta pela existência (econômica)', apontando suas falhas de caráter e suas deficiências de comportamento, não encontra seu modelo na natureza. É o mercado que lhes fornece sua metáfora-mestra e o mecanismo de seleção que supostamente assegura a 'sobrevivência do mais apto'. Trata-se, porém, de um mercado que foi, ele mesmo, naturalizado, vale dizer, pintado com uma aparência radicalmente não historicizada que, paradoxalmente, faz dele uma realização histórica concreta das abstrações puras e perfeitas da ciência econômica ortodoxa, promovida ao nível de teodiceia oficial da ordem social *in statu nascendi*.²⁹

Nesse contexto, surge um novo paradigma, chamado de “*labeling approach*” ou “paradigma da reação social”. Como o nome em inglês já diz, essa nova forma de encarar o sistema penal traduz a compreensão da criminalidade como uma etiqueta que

Janeiro: Revan, 2009, p. 171. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira. MALAGUTI BATISTA, Vera. Op. Cit., p. 17.

²⁹ WACQUANT, Loïc. Punir os pobres – a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. 3ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 25.

se coloca em algumas pessoas específicas, após a criminalização (primária – legislativa e secundária – executiva e judicial). Selecionam-se as condutas que serão puníveis através da criação das Leis Penais e, paralelamente, a estruturação ideológica das agências que buscarão as pessoas que serão punidas.

Desde a década de sessenta, vem se fortalecendo uma das vertentes decorrentes dessa nova forma de pensamento, a Criminologia Crítica. Nela destacam-se autores como Eugênio Raul Zaffaroni, Emílio García Mendez, Rosa del Olmo, Nilo Batista, Vera Malaguti, entre outros. Como destaca Alessandro Baratta³⁰, o que diferencia a Crimonologia Crítica é o deslocamento do enfoque teórico do autor para as condições objetivas, estruturais e institucionais que circundam o crime; além disso, abandona-se a busca das causas para a compreensão de uma realidade social que constrói a criminalidade; por fim, o entendimento dela como *status* decorrente de uma dupla seleção (quais os bens protegidos pelos tipos penais e quais os indivíduos selecionados pelos agentes do Estado – enfraquecidos e estigmatizados).

Nesse contexto, passa a se construir uma teoria materialista, ou seja, econômico-política do crime, tendo por base alguns dos fundamentos do marxismo para explicar o fato criminoso. Trata-se de compreender o contexto em se encontram os indivíduos para explicar a seletividade com que se opera o processo de criminalização e as consequências geradas por esse modelo.

A proposição é estudar a interação entre os seres humanos, compreendidos em seu ambiente político, conformados pelas paredes de seu tempo na história, atentando aos diversos fatores (psicológicos, antropológicos, físicos etc.) que balizam suas relações, combinando essa análise com o estudo da criminalização primária (o que leva o legislador a escolher proteger determinados bens jurídicos através da criminalização em detrimento de outros) e secundária (quem é de fato detido pelas agências e apenado por elas). Esse mecanismo é destacado por Fritz Sack³¹:

Os juízes ou o tribunal [...] são instituições que produzem e põem 'realidade'. A sentença cria uma nova qualidade para o imputado, coloca-o em um status que, sem a sentença, não possuiria. A estrutura social de uma sociedade, que distingue entre cidadãos fiéis à lei e cidadãos violadores da lei, não é uma ordem dada, mas uma ordem produzida continuamente de novo. Os mecanismos para a produção desta ordem podem ser considerados análogos aos mecanismos de

³⁰ Ibid., p. 31.

³¹ SACK, Ftitz. In: BARATTA, Alessandro. Op.Cit., p.107.

recrutamento, tal como são conhecidos pela sociologia dos estratos e pela sociologia das profissões. [...] A criminalidade é o exato oposto de privilégio.

Foi assim que, em seu desenvolvimento, a Criminologia Crítica encontrou na sociedade tardo-capitalista a resposta para a criminalização seletiva das classes sociais inferiores. Uma característica gritante das sociedades cuja adoção do sistema capitalista fora mais tardia é a profunda desigualdade de classes. Segundo Marx, o processo que marca a adoção desse sistema é o chamado “*processo de separação do trabalhador da propriedade das próprias condições de trabalho*”, quando os trabalhadores se transformam em operários assalariados. É a representação da fragmentação do sistema feudal, que traz rupturas em todos os aspectos: econômico, político, social, ideológico e, claro, das tradições. O Direito se transforma para dar lugar a novas regras de convívio social.

Não era possível que os homens expulsos da terra pela dissolução dos laços feudais e pela expropriação violenta e intermitente se tornassem fora da lei, fossem absorvidos pela manufatura no seu nascedouro com a mesma rapidez com a qual aquele proletariado era posto no mundo. Por outro lado, tão pouco aqueles homens, lançados subitamente para fora da órbita habitual de suas vidas, podiam adaptar-se, de maneira tão repentina, à disciplina da nova situação. Eles se transformam, por isso, em massa, em mendigos, bandidos, vagabundos, em parte por inclinação, mas na maior parte dos casos premidos pelas circunstâncias. Foi por isso que, no final do século XV e durante todo o século XVI, proliferou por toda a Europa Ocidental uma legislação sanguinária contra a vagabundagem. Os pais da atual classe operária foram punidos, num primeiro tempo, pela transformação forçada em vagabundos e miseráveis. A legislação os tratou como delinquentes voluntários e partiu do pressuposto que dependia da boa vontade deles continuar a trabalhar sob as velhas condições não existentes.³²

Da mesma maneira como descrito por Marx em seu tempo, o sistema penal ainda hoje serve como uma das armas na manutenção do *status quo* das classes privilegiadas, operando na contenção das massas, quando elas agem de encontro ao sistema de produção. É quando o Estado se ausenta da vida das pessoas, deixando com que o mercado seja a única força reguladora das relações interindividuais, a criminalidade é uma consequência lógica. É nesse contexto que nasce o Estado de Polícia, que objetiva selecionar quem delinque e afastar essas pessoas do convívio

³² MARX, Karl. *Il Capitale*, cit., I, 3, pp. 192-193. In: MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica – As origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)* – Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2006. (Pensamento criminológico; v.11), p. 30.

social, através da segregação.

O que se percebe, assim, é que a ideologia neoliberal produz um modelo que é duplamente excludente, pois retira do Estado o papel de redistribuir riqueza, acreditando na capacidade dos indivíduos de maximizarem seu bem-estar, e lida com a exclusão gerada por esse modelo, aumentando o controle penal para as populações marginalizadas.³³

Age, portanto, aprofundando as desigualdades, sob a máscara de uma legislação abstratamente igualitária, mas que opera com muito mais força (ou, na realidade, só opera) contra as classes mais baixas. Isto é, a estratificação e o antagonismo entre as classes tem total influência na composição do grupo definido como criminoso e, obviamente, portanto, na formação da população carcerária.

A seletividade é operada nas duas etapas da criminalização: primariamente, quando o legislador opta por criminalizar condutas de forma a proteger de forma mais assídua bens jurídicos relacionados à detenção do capital; em segundo lugar, quando as agências operam no sentido de deter os criminosos, atuando contra quem tem menos poder (lembrando que numa sociedade capitalista, o poderio é diretamente ligado à situação econômica).

O sistema penal de controle do desvio revela, assim como todo o direito burguês, a contradição fundamental entre igualdade formal dos sujeitos de direito e desigualdade substancial dos indivíduos, que, nesse caso, se manifesta em relação às *chances* de serem definidos e controlados como desviantes. Em relação a este setor do direito a ideologia jurídica da igualdade é ainda mais radicada na opinião pública, e também na classe operária, do que ocorre com outros setores do direito. (grifo do autor)³⁴

Como bem destaca Vera Malaguti, é possível perceber que o sistema penal no Brasil e no restante da América Latina é fundado em regras que as agências estatais não conseguem aplicar:

a disparidade entre o exercício do poder programado e a capacidade operativa das instituições é enorme, e é um dos principais embustes do sistema, que 'pretende dispor de um poder que não possui, ocultando o verdadeiro poder que exerce' O sistema penal está estruturalmente montado para que não opere a legalidade processual e para exercer seu poder com o máximo de arbitrariedade seletiva dirigida aos setores

³³ ABRAMOVAY, Pedro Vieira. MALAGUTI BATISTA, Vera. Op. Cit., p. 24.

³⁴ MARX, Karl. Il Capitale, cit., I, 3, pp. 192-193. In: MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. Op. Cit., p. 164.

vulneráveis.³⁵

A Lei existe para conformar e organizar a vida em sociedade, de forma que os seres humanos possam conviver harmônica e pacificamente. De nada adianta, entretanto, que haja regras sem que sejam analisados os efeitos delas – sem esse estudo, as regras serão vazias e não necessariamente conduzirão ao objetivo de sua criação.

(...) a justiça humana, ou, se se quiser, a justiça política, não sendo mais do que uma relação estabelecida entre uma ação e o estado variável da sociedade, também pode variar, à medida que essa ação se torne vantajosa ou necessário ao estado social. Só se pode determinar bem a natureza dessa justiça examinando com atenção as relações complicadas das inconstantes combinações que governam os homens.³⁶

Em relação à Lei Penal não pode ser diferente: é preciso que haja discussão criminológica, isto é, a discussão através da análise dos efeitos da Política Criminal adotada pelo Estado, para que a Lei seja alterada quando não estiver servindo para os objetivos perseguidos. Isto é, deve se perguntar: a criminalização de determinadas condutas tem conduzido a sociedade para uma vivência mais harmônica? As penas têm alcançado os objetivos estabelecidos, tais como a prevenção geral e específica e a ressocialização dos condenados? Nesse sentido, bem destaca Baratta a respeito da teoria do *labeling approach*:

[...] a teoria do *labeling approach* se coloca criticamente em face do *princípio da prevenção ou do fim*, e em particular em relação à ideologia oficial do sistema penitenciário atual: a ideologia da ressocialização. De fato, ao recorrer à diferença entre desvio primário e desvio secundário, as teorias da criminalidade baseadas no *labeling approach* contribuíram para a crítica dos sistemas de tratamento, com um princípio teórico fundamental para esta crítica, que lança luz sobre os efeitos criminógenos do tratamento penal e sobre o problema não resolvido da reincidência. Estas teorias se relacionam, assim, a todo o vasto movimento do pensamento criminológico e panológico que, das escolas liberais contemporâneas até as mais recentes contribuições da criminologia crítica, mostrou a grande distância entre a ideia da ressocialização e função *real* do tratamento. (grifos do autor)

Essa discussão deve afetar a Dogmática Penal, ou seja, a interpretação das Leis deve buscar conformidade com a realidade, para que as Leis de fato produzam os

³⁵ BATISTA, Vera Malaguti. *Díficeis ganhos fáceis – Drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 2003, p. 54.

³⁶ BECCARIA, Cesare. *Op. Cit.*, p. 17.

efeitos que se almeja alcançar. Autores como Hassemer e Muñoz Conde³⁷ defendem a criação da Ciência Totalizadora do Direito Penal, destacando a necessidade de uma aproximação profunda entre a Dogmática Penal, Lei Penal, Política Criminal e Criminologia.

No mesmo sentido, esclarece com maestria Zaffaroni:

É impossível uma teoria jurídica, destinada a ser aplicada pelos operadores judiciais em suas decisões, que não tome em consideração o que verdadeiramente acontece nas relações sociais entre as pessoas. Não se trata de uma empresa possível, embora objetável, mas de um empreendimento tão impossível quanto fazer medicina sem incorporar dados fisiológicos (...). O fantasma do reducionismo sociológico do direito penal deve ser descartado: o direito penal, construído com método dogmático, não pode ser reduzido nunca à sociologia. Nem por isso, porém, está autorizado a desconhecer os dados que as outras ciências sociais lhe proporcionam e muito menos ainda a inventar dados falsos como provenientes destas disciplinas toda vez que lhe aprouvesse. O que se andou fazendo na dogmática tradicional, sob pretexto de preservar sua *pureza jurídica* e conjurar o risco do reducionismo, foi mera invenção de dados sociais cujo valor de verdade científica é falso.³⁸(grifos do autor)

Isso quer dizer que a Dogmática Penal deve ser influenciada pela Política Criminal e vice-versa. É imprescindível a construção de um sistema penal teleologicamente orientado para a consecução da função da Lei Penal, enquanto que o Estado deve se comprometer em alterar sua Política quando ela produz efeitos nefastos e diversos dos que devem ser perseguidos. Nesse sentido, ainda Beccaria:

(...) mesmo que os castigos cruéis não se opusessem diretamente ao bem público e ao fim que se lhes atribui, o de impedir os crimes, bastará provar que essa crueldade é inútil, para que se deva considerá-la como odiosa, revoltante, contrária a toda justiça e a própria natureza do contrato social.³⁹

Através da Criminologia Crítica se busca demonstrar, portanto, que o Direito Penal é moldado por ideologias e motivações políticas, e a partir dessa ótica é que surge a busca pela alteração das Leis Penais, devido ao desgaste da estrutura penal⁴⁰, mas não

³⁷ HASSEMER, Winfried e MUNOZ CONDE, Francisco. Introducción a la Criminología y al Derecho Penal. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1989. Pp.143-144. In: KHALED JR., Salah H.. Introdução aos Fundamentos do Direito Penal. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 75, abr 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7411>. Acesso em abr 2015.

³⁸ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Op. Cit. p. 66.

³⁹ BECCARIA, Cesare. Op.Cit., p. 30.

⁴⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Em busca das penas perdidas. Rio de Janeiro, Revan, 1991, p. 13.

somente: a luta pela transformação penal implica também na luta pela alteração do modelo político-econômico adotado pelo Estado.

A relação entre o sistema econômico e a política criminal é tão profunda que não se pode olhá-los de forma separada. A crítica ao sistema penal que não considera a mudança do papel do Estado na redução das desigualdades será apenas legitimadora do atual sistema punitivo, assim como movimentos críticos ao modelo econômico que reivindicuem o aumento do poder punitivo, reconhecendo a necessidade do Direito Penal como elemento central da política criminal, estarão apenas reforçando o modelo neoliberal.⁴¹

⁴¹ ABRAMOVAY, Pedro Vieira. MALAGUTI BATISTA, Vera. Op. Cit., p. 27.

IV. ANÁLISE HISTÓRICA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE – NO OCIDENTE (CONTENÇÃO DAS MASSAS E CAPITALISMO INDUSTRIAL) E NO BRASIL

Neste capítulo será feita uma breve análise histórica da pena privativa de liberdade no mundo: seu surgimento e o contexto político-social e filosófico por trás de sua adoção. Em seguida, o surgimento dessa pena no Brasil e suas características no decurso do tempo.

Ao contrário do que se acredita, a pena de prisão é muito recente na história da humanidade. A prisão sempre existiu, mas não era uma punição: era apenas uma forma de reter o indivíduo que agisse em desacordo com a lei, para que ficasse à disposição da justiça – para então ser julgado, condenado e apenado. As sociedades pré-capitalistas não possuíam cárcere. Nesse sentido, Dario Melossi e Massimo Pavarini na obra “Cárcere e Fábrica”, onde ambos autores fazem uma análise histórica do surgimento dos sistemas prisionais da Inglaterra, Itália, Holanda e Estados Unidos:

Pode-se dizer que a sociedade feudal conhecia o cárcere preventivo e o cárcere por dívidas, mas não se pode afirmar que a simples privação da liberdade, prolongada por um determinado período de tempo e não acompanhada por nenhum outro sofrimento, fosse conhecido e portanto prevista como pena autônoma e ordinária.⁴²

As punições existiram em diversas formas durante a história dos povos, servindo como método de controlar o povo e reprimir condutas determinadas como inaceitáveis. A prática de punir perde-se no tempo: desde as pequenas tribos, passando pelo colonialismo no século XV e XVI e pelo neocolonialismo do século seguinte, permeada em muitos períodos históricos pela influência da religião e da teocracia. Consistiram, em geral, em castigos físicos em público, banimento do convívio social ou multa.

Durante o século XVII, transformações políticas, econômicas, sociais e culturais influenciam também o sistema penal. O ato de punir deixa de ser uma prerrogativa do rei (soberano) e passa a ser o direito de defesa da sociedade contra quem a ofende. Nesse período, surgem as raízes do Iluminismo e liberalismo. É adotado um novo modelo econômico, o capitalismo industrial. A conformação social se altera com a ascensão da burguesia e a falência do modelo feudal e, conseqüentemente, das classes que o controlavam (nobreza e clero). Os empreendedores, detentores dos meios de

⁴² MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. Op.Cit., p. 21.

produção, passam a contratar, por meio de salários, os antigos servos da nobreza. A nova forma de pensar o crescimento é representada pela mais-valia. Surgem os primeiros aglomerados urbanos ao redor das fábricas. Nesse contexto de transformações sócio-econômicas, políticas e culturais, tornam-se necessárias novas formas de controle, vez que o número de pessoas “indesejáveis” (que não detêm e não participam ativamente da economia, podendo portanto subverter a ordem) torna-se ainda maior.⁴³

É também um momento de progresso nas ciências, quando se defende o uso da razão em detrimento da religiosidade. Nesse sentido, estudiosos vanguardistas, como Beccaria e Montesquieu, passam a defender a substituição dos castigos físicos pela pena de prisão. Isso representou uma revolução na forma de pensar a punição, de forma mais racional e menos cruel, frente aos castigos que figuravam nas leis e códigos de então.

É daí que se inicia o desenvolvimento da pena de prisão, a partir da racionalidade e da necessidade de controle sobre mente e corpo dos indivíduos, de forma a torná-los “corpos dóceis”⁴⁴. Nesse período surgem inúmeras instituições totais além das prisões, tais como internatos, conventos, hospitais etc., todas voltadas para o mesmo objetivo que as penitenciárias: o controle.

Em relação à burguesia e ao capitalismo industrial, portanto, o sistema penal serve de instrumento para: 1) disciplinar a mão-de-obra assalariada, tornando-a calada e submissa, para que não ousasse levantar-se contra a exploração desumana, caracterizada por longas jornadas de trabalho e sem quaisquer condições de salubridade, segurança e higiene⁴⁵; 2) para efetivar a contenção da população pobre que não foi absorvida pelo modo de produção industrial.

Sendo o emprego assalariado a forma de sobrevivência da esmagadora maioria da população (vez que ela não detém os meios de produção para manter-se de forma autônoma), quem opta pela não submissão ao modelo passa a viver nas ruas, mendigando, furtando ou se prostituindo. É contra essa camada da população que o Estado passa a agir para preservar a ordem, reprimindo a mendicância, a chamada vagabundagem, a prostituição e os pequenos furtos. Em outras palavras, as penas vêm para punir a camada que não participa do giro do capital, porque ela é uma ameaça para

⁴³ ALVAREZ, Marcos César. Bacharéis, criminologistas e juristas. Saber jurídico e Nova Escola Penal no Brasil. São Paulo, 2003, p. 62. In: MAIA, Clarissa Nunes; NETO, Flávio de Sá; COSTA, Marcos; BRETAS, Marcos Luiz. História das Prisões no Brasil. Rio de Janeiro: Rocco, 2009, vol. I, p. 45.

⁴⁴ Nesse sentido, a ilustre obra *Vigiar e Punir*, de Michael Foucault.

⁴⁵ Exemplo disso é a criminalização da greve, por exemplo, em que o Estado demonstrava que a indisciplina seria punida e combatida.

os detentores de patrimônio: de forma direta porque o atacam, e de forma indireta porque mostram à população assalariada que há outras formas de sobrevivência que escapam às péssimas condições de trabalho.

A penalização dessas e outras condutas age numa via de mão-dupla: primeiramente, neutralizando quem ousa resistir à imposição da submissão ao trabalho nas fábricas⁴⁶; paralelamente, passando uma mensagem para o restante das pessoas: reagir e não se adequar é errado, e quem o fizer será punido.

Inicialmente, as detenções eram realizadas em casas de correção, inspiradas nas casas de trabalho já existentes desde o século XVI, onde se castigavam os indivíduos indesejados através do trabalho forçado. São “aprimoradas” e consideradas melhores por impulsionarem o crescimento econômico e disciplinarem os indivíduos por serem locais propositalmente horríveis, de forma que ninguém optasse por subverter a ordem para nelas encontrar moradia e alimentação. A ideia era punir e mostrar a quem estivesse livre que o crime teria consequências horríveis.

Numa casa desse tipo, ninguém entrará voluntariamente; o trabalho, o isolamento e a disciplina atemorizarão o indolente e o malvado, e nada, senão a extrema necessidade, induzirá alguém a aceitar aqueles confortos que deverão ser obtidos ao preço da renúncia da própria liberdade de contratar-se por si mesmo, e do sacrifício da gratificação e das práticas habituais.

Em meados do século XVIII começam a ser criadas as primeiras prisões, servindo como local de estudo em relação ao crime e aos criminosos: dentro desses muros nasce a análise de estudiosos como Bentham, Pineli, Lombroso etc. Passam a ser compreendidas como parte do modelo institucional carcerário por excelência na Europa e nos Estados Unidos somente no século XIX. As penas de degredo e das galés⁴⁷, anteriores a esse período, largamente utilizadas também com a dupla função econômica e repressora (facilitando a colonização e banindo do convívio social quem não era adequado), da mesma forma continuaram sendo utilizadas, porém começam a adquirir novos formatos, como a deportação.

Os séculos XVII e XVIII foram criando, pouco a pouco, a instituição que primeiro o Iluminismo e depois os reformadores do século XIX completariam, dando-lhe a forma final do cárcere. Assim, 'a forma

⁴⁶ ZAFFARONI, E. Raúl. O inimigo no Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2007, 2. ed., pg. 44.

⁴⁷ MAIA, Clarissa Nunes; NETO, Flávio de Sá; COSTA, Marcos; BRETAS, Marcos Luiz. Op. Cit., p. 109.

originária do cárcere moderno era solidamente ligada [...] às casas de correção manufatureiras'.⁴⁸

No decorrer do século XIX, o ideal penitenciário americano e europeu baseavam-se na reclusão como forma de regeneração através do confinamento individual altamente controlado pelos agentes, do trabalho e de disciplina.

Ocorre que, por mais que vestissem as máscaras de mais humanas, essas penas nunca foram como se ensina na teoria. Desde que foram adotadas, muito se transformaram até serem como são hoje, porém toda sua história vêm manchada pelo sangue dos prisioneiros, privados de alimentação, higiene, vestimenta, educação e estabelecimentos adequados. Ou seja, a diminuição do desejo pelo sangue alterou de certo modo a maneira como o Estado passou a exercer seu poder punitivo sobre determinadas pessoas, mas as penas não deixaram de ser cruéis. O que mudou fora apenas a publicidade dessa crueldade, que simplesmente deixou os palcos e praças públicas e fora transferida para dentro dos estabelecimentos prisionais, em locais distantes dos centros urbanos, cercados por altos muros. O encarceramento foi (e ainda é, como veremos a seguir, ainda que em menor escala) marcado por altas taxas de mortalidade⁴⁹, além de ter sido (e, novamente, ainda ser) palco para torturas, maus-tratos e descaso.

O estudo da trajetória da história penitenciária brasileira não é algo simples devido à carência de pesquisas e documentação. Entretanto, sabe-se que a ideia de prisão como pena no país vem marcada por um relacionamento íntimo e profundo entre Direito e religião⁵⁰, além de trazer características bem específicas decorrentes da escravidão e colonização.

Durante o período colonial, o sistema punitivo não englobava as prisões como um de seus principais elementos. Como destaca-se na obra de Clarissa Nunes Maia,

⁴⁸ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. Op.Cit., p. 53.

⁴⁹ SALILLAS, Rafael. La vida penal em España. Madri: 1888, p. 54. KROPOTKINE, Pedro. Las prisiones, trad. Da Juventud Literaria, Buenos Aires, s.d. (circa). In: MAIA, Clarissa Nunes; NETO, Flávio de Sá; COSTA, Marcos; BRETAS, Marcos Luiz. História das Prisões no Brasil. Rio de Janeiro: Rocco, 2009, vol. I, p. 44.

⁵⁰ MAIA, Clarissa Nunes; NETO, Flávio de Sá; COSTA, Marcos; BRETAS, Marcos Luiz. Op. Cit., p. 26. No mesmo sentido, uma reflexão presente na página 82 da mesma obra: “Como explicar, então, uma sociedade que se coloca majoritariamente contra a pena de morte (pois, desde a codificação criminal da década de 1830, entre os legisladores brasileiros vem predominando a negação dessa pena) permanecer indiferente, ou aliviada, em face de tantas mortes [decorrentes da violência policial]? Mais precisamente seria o caso de perguntarmos o quanto a ideia de direito e de justiça está impregnada por uma cultura religiosa e penitencial, cuja longa duração implica sentimentos políticos de descaso e desinteresse pelos que são considerados predestinados ao mal.”

Flávio de Sá Neto, Marcos Costa e Marcos Luiz Bretas:

(...) o encarceramento de delinquentes durante o período colonial foi uma prática social regulada mais pelo costume do que pela lei, e destinada simplesmente a armazenar detentos, sem que se tenha implementado um regime punitivo institucional que buscasse a reforma dos delinquentes.⁵¹

Desde o século XVIII, existiam casas de detenção no Brasil e nos países que o circundam, mas eram poucas e pouco organizadas. A maioria delas não tinha sequer uma listagem que enumerasse os presos, ou que controlasse quanto tempo cada um deve ficar dentro delas. Era comum, além disso, a prisão de pessoas em instituições privadas (muitas delas, religiosas), onde eram obrigados a realizar trabalho forçado, como em fazendas e plantações. A maior parte das penas adotadas na América Latina ainda remontavam as penas do Antigo Regime europeu: castigos físicos, desterro, trabalho forçado etc. É somente a partir de 1830, quando as prisões passam a ser enxergadas como uma avanço no tratamento humanitário dos delinquentes na Europa e América do Norte, que alguns grupos pertencentes à elite intelectual dos países latino-americanos passam a defender mudanças estruturais no sistema punitivo de seus países.

A primeira penitenciária na América Latina começou a ser construída no Rio de Janeiro em 1834, tendo ficado pronta somente em 1850.⁵² Alguns anos depois, é construída uma em Lima, no Peru, e outra em Buenos Aires, na Argentina. Essas penitenciárias se assemelhavam às prisões norte-americanas, de Auburn e Filadélfia. Entretanto, essas instituições ficaram sendo as únicas modernas por décadas, porque não houve uma reforma de fato nos sistemas desses países, devido à fraqueza dos Estados, da escassez de recursos e da falta de vontade política. Por muitos anos, portanto, persistiu a prática do castigo institucionalizado, bem como um grande número de semi-prisões, descuidadas e abandonadas, além de instituições privadas de detenção. As prisões especiais para mulheres surgiram apenas na segunda metade do século XIX.⁵³

É importante ressaltar a influência da estratificação social e racial existentes no Brasil. Mesmo depois do rompimento político com o país colonizador, o país manteve a escravidão por quase todo o século XIX. Além dela, mantiveram-se várias formas de

⁵¹ Ibid., p. 38.

⁵² Ibid., p. 41. Como destacam os autores, a demora para construir a penitenciária demonstra a falta de interesse em investir no sistema punitivo.

⁵³ Ibid., p.50.

controle que, por trás de uma falsa ideia de igualdade propagada pela República, diferenciavam e hierarquizavam a população: o tributo indígena, o recrutamento militar forçado e as leis da vadiagem, por exemplo. Então, ainda que parte da elite brasileira defendesse uma evolução “a la Europa”, poucos defendiam de fato a humanização do cárcere, desejando que permanecesse inalterado o controle social, racial e laboral.

Com o fim da escravidão, o Brasil coloca na rua uma imensa população negra e passa a ser moradia para milhares de imigrantes que vem em busca de trabalhos nos campos (aposta das oligarquias para a necessidade de embranquecimento do país). A Lei Penal, conforme exaustivamente explicado acima no contexto europeu, vem para controlar essa massa pobre, conformá-la aos empregos assalariados e discipliná-la às regras do crescente sistema econômico voltado para a burguesia. Num país com uma profunda hierarquia social, confrontavam-se os ideais de liberdade e igualdade, falsamente atrelados à República, com um Estado que nunca chegava aos seus governados, a não ser para puni-los. Conforme a obra de Clarissa Nunes Maia, Flávio de Sá Neto, Marcos Costa e Marcos Luiz Bretas:

[O] castigo era visto, geralmente, como um privilégio e um dever em mãos dos grupos dominantes dentro de seus esforços por controlar os grupos turbulentos, degenerados, racialmente inferiores, incapazes de civilizar-se e que, portanto, não mereciam a proteção de seus direitos civis e legais.⁵⁴

Apenas no século XX, com o crescimento da economia de exportação, com a maior urbanização do país e o fortalecimento dos movimentos sociais, o Estado brasileiro passa a se fortalecer, centralizar sua administração, o que possibilita um maior controle sobre o sistema penitenciário.⁵⁵ É aí que começa uma tentativa de uniformização, no entanto as condições de segurança, higiene e organização melhoram muito pouco.

⁵⁴ Ibid., p. 71.

⁵⁵ Ibid., p. 72.

V. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE DE FATO: DADOS, ENCARCERAMENTO EM MASSA, CONDIÇÕES SUBHUMANAS

Neste capítulo serão apresentados dados estatísticos e informações gerais sobre a pena privativa de liberdade no Brasil: a forma como ela é aplicada no país e para diversos tipos penais referentes a crimes patrimoniais sem violência: furto, estelionato, apropriação indébita e dano.

De acordo com dados de junho de 2014⁵⁶, a população brasileira totaliza 199.800.0000 pessoas; a população carcerária é formada por 711.463⁵⁷ pessoas (aqui estão contabilizados os presos em regime domiciliar; excluindo-os, totalizam 563.526 pessoas). O número de estabelecimentos prisionais é de 1.402, entre penitenciárias, colônias agrícolas, cadeias públicas, hospitais públicos etc. O déficit do sistema é de 354.244 vagas (computando-se, novamente, o número de pessoas em regime domiciliar; excluindo-os, o déficit é de 206.307). O número de pessoas presas é quase o dobro das vagas disponíveis no sistema, cujo número totaliza 357.219, fazendo com que a taxa de ocupação das vagas do sistema seja de 200%. Importa salientar que consta no sistema o número de 373.991 mandados de prisão em aberto no Banco Nacional de Mandados de Prisão, que, se cumpridos, totalizariam 1.085.454 pessoas presas (o que faria com que o déficit de vagas subisse para 728.235).

Os números acima conferem ao Brasil a 3ª posição no *ranking* dos dez países com a maior população carcerária do mundo, superado apenas pelos Estados Unidos, China e Rússia, respectivamente.⁵⁸ E nada impede que em alguns anos nosso país supere essa colocação: a população carcerária não para de crescer. Entre os anos de 1995 e 2010, a população carcerária teve 136% de aumento, ficando atrás apenas da

⁵⁶ Dados fornecidos pela pesquisa “Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil” do CNJ, em junho de 2014, disponível em http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf.

⁵⁷ Segundo Salo de Carvalho, conforme sua fala no ciclo de atividades “Juventude Negra Brasileira: Homicídios e Encarceramento” realizado em Brasília nos dias 5 a 7 de novembro de 2014, o número de pessoas que circula pelo cárcere é muito maior. Ele e outros estudiosos defendem que o número de pessoas presas dá uma impressão falsa porque todas as estatísticas dizem respeito ao retrato estático do sistema penitenciário, e não há ainda uma forma de calcular quantas pessoas circulam pelo cárcere durante um ano, por exemplo. Conforme a fala de Salo, a população encarcerada dinâmica, segundo Pavarinni (conforme estudos que ele realizou na Itália e Espanha), é o dobro da população encarcerada estática. Para o Brasil, esse dado é generoso. Mesmo assim, se nos guirmos por ele, 1 milhão e meio de pessoas experimentaram o cárcere no último ano. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=6_BHJVDOVFY

⁵⁸ O Brasil cai para 4ª posição se não forem computados os presos em regime domiciliar, ultrapassando a Rússia.

Indonésia em percentual de crescimento.⁵⁹ Enquanto isso, a população brasileira cresceu apenas 27%.⁶⁰

Vale ressaltar que, de acordo com levantamento disponibilizado pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) do Ministério de Justiça⁶¹, em junho de 2013, dos 574.027 que totalizavam a população carcerária nesse ano, 270.247 estavam presos em decorrência de acusação de crime contra o patrimônio. Ressalte-se aqui que o número de pessoas presas por crimes patrimoniais sem violência (furto, estelionato, receptação, apropriação indébita e apropriação indébita previdenciária) era de 100.343.⁶²

Quem são essas pessoas? Os crimes contra o patrimônio estão elencados nos artigos 155 ao 180 do Código Penal. São crimes relacionados à tentativa de obtenção de bens materiais, sendo, portanto, cometidos por pessoas de classes menos favorecidas. Para uma breve demonstração desse fato, podemos nos ater às estatísticas de escolaridade: dos 574.027 presos em junho de 2013, 394.433, isto é, mais da metade dos presos não tinham escolaridade acima do ensino fundamental, contra apenas 6.467 cursavam ou já haviam cursado o ensino superior. Em relação à cor de pele, 307.715 dos presos eram de cor parda ou negra, enquanto que 176.137 eram brancos.

A Lei de Execuções Penais prevê em seu artigo 1º o objetivo do cumprimento das penas: “efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal e *proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado*”. Quanto à reintegração, o sistema não têm produzido os efeitos supostamente almejados: de acordo com o “*Estudio comparativo de población carcelaria*”⁶³ realizado pelo PNUD (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento) em 2013, a taxa de reincidência no Brasil era de 47,7%. No ano de 2014, foram noticiadas pesquisas realizadas pelo

⁵⁹ Dados fornecidos por International Centre For Prison Studies e Ministério da Justiça, conforme reportagem “Se cadeia resolvesse....”, Revista Carta Capital, p. 28, número 838, de 25 de fevereiro de 2015.

⁶⁰ Dados fornecidos pelo IBGE na pesquisa Sistema Carcerário brasileiro em Junho de 2013, disponível em <http://d2kefwu52uyymq.cloudfront.net/uploads/2015/02/LEVANTAMENTO-SISTEMA-PENITENCI%C3%81RIO-2013-JUNHO2.pdf>

⁶¹ Disponível em <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/transparencia-institucional/estatisticas-prisional/anexos-sistema-prisional/total-brasil-junho-2013.pdf>

⁶² Em 2014, de acordo com o Anuário Brasileiro de Segurança Pública divulgado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, o número de presos por crimes patrimoniais atinge a marca dos 49%.

⁶³ Disponível em [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/CD82EA370D3484C405257C36007934A9/\\$FILE/Estudiocomparativodepoblaci%C3%B3ncarcelariaPNUD.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/CD82EA370D3484C405257C36007934A9/$FILE/Estudiocomparativodepoblaci%C3%B3ncarcelariaPNUD.pdf)

CNJ⁶⁴ e pela Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo⁶⁵ que afirmaram que a reincidência chega atualmente a 70%.

Resta, portanto, a dúvida: como são esses estabelecimentos prisionais? Bem, levando em consideração os dados elencados referentes ao enorme déficit de vagas em relação ao número de presos falam por si só, mas vamos observar as condições que proporcionam.

A mídia tem veiculado diariamente as condições desumanas e a superlotação desses espaços de reclusão, que geram greves, rebeliões e motins por todo o país (Anexo I).

Ainda que previstos na Constituição e na Lei de Execuções Penais, não são respeitados os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos no cárcere. Sabe-se que o direito à segurança é previsto na Constituição, no artigo 5º, e é uma obrigação do Estado prestá-lo a seus custodiados. Entretanto, conforme Relatório Regional de Desenvolvimento Humano⁶⁶ também realizado pelo PNUD, também em 2013, cerca de 67% dos presos brasileiros afirmou sentir-se menos seguro dentro das penitenciárias que fora delas. Cerca de 36% deles afirmou ter sido agredido por agentes penitenciários nos últimos seis meses e 27,3%, por outros presos.

O direito à saúde é previsto na Constituição Federal em seu artigo 6º e sua garantia dentro dos presídios é determinada pelo artigo 14 da Lei 7.210/84 (Lei de Execuções Penais). Entretanto, os presos não têm acesso a ela. Do mesmo levantamento já mencionado, realizado pelo DEPEN em junho de 2013, é possível perceber a discrepância entre o número de presos e o número de profissionais de saúde para atendê-los no sistema penitenciário. Destacaremos, a título de exemplo, o número de ginecologistas e psicólogos: o primeiro é de 21 para a população de 36.135 mulheres presas no país, enquanto o segundo é de 1.420 para ambos sexos, isto é, para 574.027 pessoas.

O direito à alimentação, que se relaciona com a saúde, elencado no mesmo artigo da Constituição e no artigo 12 da Lei de Execuções Penais, também é

⁶⁴ Conforme reportagem divulgada em 12 de dezembro de 2014, disponível em <http://globotv.globo.com/rede-amazonica-ac/jornal-do-acre/v/dados-do-cnj-apontam-taxa-de-reincidencia-de-70-entre-os-presidiarios-brasileiros/3829269/>

⁶⁵ Conforme reportagem divulgada em 26 de janeiro de 2014, disponível em <http://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,de-cada-10-assaltantes-7-voltam-a-roubar-no-estado-e-41-sao-menores,1123132>

⁶⁶ Disponível em <http://www.pg.undp.org/content/dam/rblac/docs/Research%20and%20Publications/IDH/UNDP-RBLAC-ResumoExecPt-2014.pdf>

negligenciado. Apesar de receberem-na, na maior parte dos presídios brasileiros, ela é precária e insuficiente.⁶⁷ Outro direito fundamental é o de não ser torturado ou submetido a tratamento degradante, previsto na Constituição e na Declaração Universal de Direitos Humanos⁶⁸, proposta pela ONU (Organização das Nações Unidas). Ora, em condições precárias de salubridade, segurança e saúde não é isso que acontece.

Só em relação aos efeitos do espaço e do tempo suspensos pela vida em reclusão, que constituem a essência do próprio confinamento, não levando em conta as outras circunstâncias de saúde, comunicação, nutrição, epidemias, características de nossas prisões, foram determinados os seguintes efeitos: tal como acontece com espeólogos, que descem às profundezas da Terra, os ossos dos reclusos se decalcificam em 39%; seu apetite sexual diminui (baixa o nível de testosterona) e a secreção de cortisona desce a um terço da média normal e as palpitações tornam-se mais lentas. O mais grave (...) é a 'ausência do tempo', o qual, junto a outros fatores, mina e destrói o sistema imunológico e gera transtornos físicos e psíquicos imprevisíveis.

Não há que se falar no direito à educação ou ao lazer diante de informações como essas. No cárcere, resta-nos concluir, não há direitos.

Daí depreende-se que, apesar da Constituição e da legislação penal definirem o cárcere como uma simples supressão da liberdade por tempo determinado em decorrência do cometimento de conduta incompatível com a lei, definida como crime, ele é muito mais que isso. Infelizmente, não é apenas a liberdade que é suprimida. O encarceramento é hoje uma violência institucionalizada, autorizada pelo Estado. A mera restrição da liberdade é uma utopia. E, conseqüentemente, a ressocialização por meio do cárcere também.

Os estabelecimentos da atualidade não passam de monumentos de estupidez. Para reajustar homens à vida social invertem os processos lógicos de socialização; impõem silêncio ao único animal que fala; obrigam a regras que eliminam qualquer esforço de reconstrução moral para a vida livre do amanhã, induzem a um passivismo hipócrita pelo medo do castigo disciplinar, ao invés de remodelar

⁶⁷ Em 2008, houve uma CPI (Comissão Parlamentar de Inquérito) para apurar as denúncias referentes a violências contra os detentos em diversos presídios do país. No relatório, a alimentação de vários presídios é descrita como de má qualidade. A título de exemplo, a alimentação do presídio Anibal Bruno foi descrita como “(...)de péssima qualidade, é servida em caldeirões expostos ao sol, sem nenhuma higiene. O preso que não possui vasilha, geralmente pote plástico de sorvete usado, não come.” Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividadelegislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito/53a-legislatura-encerradas/cpicarce/53a-legislaturaencerradas/cpicarce/Relatorio%20Final%20-%20150908.pdf>.

⁶⁸ ONU. Declaração Universal de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>.

caracteres ao influxo de nobres e elevados motivos; aviltam e desfibram, ao invés de inculcarem o espírito de hombridade, o sentimento de amor-próprio; pretendem, paradoxalmente, preparar para a liberdade mediante um sistema de cativoiro. (HUNGRIA *apud* VASCONCELOS)⁶⁹

⁶⁹ VASCONCELOS, Emerson Diego dos Santos; QUEIROZ, Ruth Fabrícia de Figueroa; CALIXTO, Gerlania Araujo de Medeiros. A Precariedade no sistema penitenciário brasileiro – violação dos direitos humanos. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id10363&revista_caderno=3.

VI. POBRES E RICOS: A DISCREPÂNCIA ENTRE AS PENALIDADES

Os números não mentem: há muito mais pobres no sistema penitenciário. Entretanto, isso não ocorre porque eles cometem mais crimes; a realidade é que o sistema opera de forma seletiva. Como mencionado no primeiro capítulo do presente trabalho, a criminalização é operada em dois níveis: primária e secundária.

A primeira diz respeito à opção legislativa de que bens proteger, enquanto que a secundária é a captura e penalização dos indivíduos que cometem as condutas definidas como crimes pela Lei Penal. A criminalização primária é portanto a elaboração de comandos legais – determina qual conduta é crime e como devem agir as agências responsáveis pela criminalização secundária. Essas agências são as polícias e o Judiciário, que tratam de aplicar as normas sobre indivíduos específicos.⁷⁰

A quantidade de pessoas que comete delitos definidos pela primeira é infinitamente maior que o número de pessoas capturadas e posteriormente apenadas. A essa diferença dá-se o nome de “cifra oculta”. Ela existe porque é impossível que as agências secundárias tomem conhecimento de todos os crimes cometidos, bem como que encontrem todos os criminosos. Sua atuação limita-se pelo seu alcance e pela sua seletividade.

Numa sociedade capitalista pertencente a um país marcado por uma profunda desigualdade social, a tutela do patrimônio é lógica. Para defender a propriedade, os tipos penais punem as classes mais baixas. A opção por tornar crime os conflitos gerados pela desigualdade são uma opção do legislador. Nesse aspecto é que mora a seletividade da criminalização primária.

No que tange à criminalização secundária, Zaffaroni e Nilo Batista explicam quais são os aspectos que a determinam:

A inevitável seletividade operacional da criminalização secundária e sua preferente orientação burocrática (sobre pessoas sem poder e por fatos grosseiros e até insignificantes) provovam uma distribuição seletiva em forme de epidemia, que atinge apenas aqueles que têm baixas defesas perante o poder punitivo, aqueles que se tornam mais *vulneráveis à criminalização secundária* porque: a) suas características pessoas se enquadram nos estereótipos criminais; b) sua educação só lhes permite realizar ações ilícitas toscas e, por conseguinte, de fácil detecção e c) porque a etiquetagem suscita a

⁷⁰ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Op. Cit., p. 43.

assunção do papel correspondente ao estereótipo, com o qual seu comportamento acaba correspondendo ao mesmo (a profecia que se auto realiza). Em suma, *as agências acabam selecionando aqueles que circulam pelos espaços públicos com o figurino social de delinquentes, prestando-se à criminalização – mediante suas obras toscas – como seu inesgotável combustível.*⁷¹ (grifos do autor)

Os dados estatísticos apresentados no capítulo anterior são resultados da seletividade da criminalização secundária. Ilustram exatamente o que explicamos aqui: a população pobre, em sua maioria negra, preenchendo (ou, devido ao assombroso número de vagas nas penitenciárias, mais adequado dizer entulhando) os espaços do cárcere. Após essa extensiva análise do cárcere em sua perspectiva histórica e atual, vamos atentar para a discrepância na criminalização primária referente aos delitos cometidos pelas classes mais baixas em contraste com os delitos cometidos pelos mais favorecidos.

Para isso, analisaremos alguns tipos penais específicos, comparativamente. Os crimes patrimoniais são em sua esmagadora maioria praticados por indivíduos de classes menos favorecidas. Figuram entre os principais: furto, roubo, extorsão (comum, indireta e mediante sequestro), estelionato, apropriação indébita (comum e previdenciária), receptação, dano. Excetuando-se o último, para o qual é prevista a pena de detenção, a regra é a reclusão. Atentaremos-nos a alguns dos crimes patrimoniais praticados sem violência dado à limitação para a extensão do presente trabalho.

Para o furto, a apropriação indébita, a receptação e o estelionato, a pena mínima é de 1 ano. Isso faz com que os agentes de condutas tipificadas nesses artigos façam jus ao *sursis* processual (benefício previsto no artigo 89 da Lei 9.099/95). Caso o crime cometido seja o furto qualificado (art. 155, § 4º, Código Penal), já não há essa possibilidade. Isto é, no caso de uma pessoa furtar um rádio através da destruição da janela de um automóvel, esse benefício processual deixa de ser aplicável.

Outro crime patrimonial sem violência, o dano qualificado praticado contra o patrimônio da União, Estado, Município, empresa concessionária de serviços públicos ou sociedade de economia mista (previsto no art. 163, parágrafo único, III do Código Penal), é punível com pena de detenção de seis meses a 3 anos. Esse tipo penal pode abranger condutas como a quebra de um vidro de um automóvel pertencente ao Estado, à título de exemplo.

⁷¹ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Op. Cit., p. 47.

É bom lembrar que a suspensão condicional do processo é condicionada à presença de dois requisitos: a primariedade do agente e que ele não esteja sendo processado criminalmente por outra conduta. Não cumpridos esses dois requisitos, o *sursis* é inaplicável.

Salo de Carvalho⁷² esclarece que o número de pessoas no sistema penitenciário por causa de crimes patrimoniais é imenso exatamente por causa dessa limitação para a concessão do benefício processual adicionada ao alto índice de reincidência⁷³. Os números analisados por ele, de 2012, contavam com 57.000 pessoas presas por furto simples e qualificado, 14.000 por receptação simples e qualificada, 6.000 por estelionato. Segundo ele, os crimes patrimoniais sem violência eram a explicação para 20% do número de presos.

Agora, comparemos o tratamento penal concedido aos crimes contra o patrimônio exercidos por pessoas de outro patamar econômico, os chamados crimes tributários ou fiscais, como os crimes de sonegação fiscal, definido nos artigos 1º e 2º da Lei nº 8.137/90, e a apropriação indébita tributária, prevista no artigo 168-A do Código Penal. A semelhança entre eles e os delitos patrimoniais mencionados acima é apontada por Eduardo Reale⁷⁴, como destacado por Fernanda Afonso de Almeida, em sentença proferida no processo 0025535-92.2011.8.26.0050 na 27ª Vara Criminal Capital -SP:

Eduardo Reale Ferrari leciona que o mais adequado seria falar que os crimes tributários nada mais são do que um estelionato contra o Fisco – ou seja, também um delito patrimonial. Segundo o autor, são três os elementos que atualmente caracterizam o crime contra a ordem tributária, o qual é definido pela conduta do contribuinte de suprimir ou reduzir indevidamente tributos: (i) a intenção do agente de afrontar a lei por meio de induzimento ou de manutenção do Fisco em erro, por meio de ardil ou fraude; (ii) o prejuízo econômico ao Fisco; e (iii) a vantagem econômica ao contribuinte. Esses três elementos concomitantes e compulsórios da infração tributária equivalem àqueles do crime de estelionato. Nos crimes contra a

⁷² No ciclo de atividades “Juventude Negra Brasileira: Homicídios e Encarceramento” realizado em Brasília nos dias 5 a 7 de novembro de 2014. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=6_BHJVDOVFY.

⁷³ Interessante explanação a respeito da inconstitucionalidade do instituto da reincidência na obra “O Papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo” de Salo de Carvalho, disponível *on-line* em: <http://antiblogdecriminologia.blogspot.com.br/2013/02/o-papel-dos-atores-do-sistema-penal-na.html>.

⁷⁴ FERRARI, Eduardo Reale. Parecer sobre suposta prática de delito tributário por determinada empresa. São Paulo. 2006, p. 6-7.

ordem tributária, o contribuinte, fraudulenta e intencionalmente, induz o Fisco a erro ou assim o mantém por meio do ardil com a finalidade de obter proveito econômico. A vantagem econômica do contribuinte, que é pagar menos tributos, decorre do prejuízo ao Fisco, que tem parcela da sua receita necessariamente subtraída ou reduzida. O único elemento que diferencia os tipos penais tributários é a pessoa atingida pelo ato doloso, pois enquanto no crime de estelionato normalmente a pessoa física é a vítima, na infração tributária é, obrigatoriamente, o Fisco.

Atente-se ao fato de que esses delitos ofendem o patrimônio público e não o privado – o que deveria ser considerado mais grave por si só. Nesse sentido, na mesma sentença, a mesma juíza destaca as palavras de Lola Aniyar de Castro:

Aniyar de Castro explica que os delitos da espécie white-collar crime – como é a sonegação fiscal – causam grandes danos sociais e econômicos, os quais podem ultrapassar em muito os danos ocasionados pelos delitos convencionais, como furtos. Tais crimes podem incidir não só sobre a marcha global da economia e sobre a saúde coletiva, como alteram a qualidade de vida, obrigam a frequentes gastos com reparação, trazem a ruína de pequenas empresas, aumentam o custo de vida e implicam em um alto custo moral, tomando-se em conta que seus autores geralmente são os líderes da comunidade e, neste tocante, são espelho e exemplo do povo, grandes defensores de um bom equipamento social para a prevenção da delinquência em geral e, neste sentido, traem a confiança da população.⁷⁵

A extinção de punibilidade e a possibilidade de não aplicação da pena para o crime de apropriação indébita tributária estava prevista no próprio dispositivo legal:

§ 2º - É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara, confessa e efetua o pagamento das contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal.

§ 3º - É facultado ao juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que:

I - tenha promovido, após o início da ação fiscal e antes de oferecida a denúncia, o pagamento da contribuição social previdenciária, inclusive acessórios; ou

II - o valor das contribuições devidas, inclusive acessórios, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais.

⁷⁵ ANIYAR DE CASTRO, Lola. Criminologia da reação social. Tradução Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Forense, 1983b, p. 48, 83.

No caso de sonegação fiscal, a extinção de punibilidade era prevista no artigo 34 da Lei 9.249/95:

Art. 34. Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia.

Esse dispositivo revogou tacitamente o artigo 98 da lei 8.383/91 que, por sua vez, havia revogado expressamente o artigo 14 da lei 8.137/90, que já previa a possibilidade de extinção da punibilidade pelo pagamento. Era possível, portanto, ter declarada a extinção de sua punibilidade por essa conduta, desde que o pagamento do tributo fosse realizado antes do recebimento da denúncia.

Em 10 de abril de 2000, foi publicada a lei 9.964 que instituiu o Programa de Recuperação Fiscal (Refis), que dispôs sobre extinção da punibilidade e sobre a suspensão da pretensão punitiva do Estado quanto aos débitos incluídos no Programa. Ocorria a suspensão da punibilidade no período em que a empresa fosse optante pelo Programa e, a extinção da punibilidade ocorria nos casos de pagamento do tributo e contribuição social, antes do recebimento da denúncia.

Ocorre que em 2003, com o advento da Lei 10.684, houve uma alteração legal, que nada mencionou a respeito da necessidade de inscrição do agente no programa de parcelamento antes da denúncia:

Art. 9º - É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento.

§ 1º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

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

Nessa perspectiva, ficava extinta a pretensão punitiva do Estado enquanto a pessoa jurídica estivesse incluída no regime do parcelamento, assim como acontecia com o Refis. Consequentemente, após o pagamento integral do débito estava extinta a

punibilidade do Estado. A diferença é que no Refis a decisão deveria ser realizada antes do recebimento da denúncia e em 2003 esse marco fora suprimido.

Em 2011 é publicada a Lei 12.382/11 que altera o artigo 83 da Lei 9.430/96:

Art. 83. A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária previstos nos arts. 1º e 2º da Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e aos crimes contra a Previdência Social, previstos nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, será encaminhada ao Ministério Público depois de proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente.

Parágrafo único. As disposições contidas no caput do artigo 34 da Lei 9.249, de 26 de dezembro de 1995, aplicam-se aos processos administrativos e aos inquéritos e processos em curso, desde que não recebida a denúncia pelo juiz.

§ 1º Na hipótese de concessão de parcelamento do crédito tributário, a representação fiscal para fins penais somente será encaminhada ao Ministério Público após a exclusão da pessoa física ou jurídica do parcelamento.

§ 2º É suspensa a pretensão punitiva do Estado referente aos crimes previstos no caput, durante o período em que a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no parcelamento, desde que o pedido de parcelamento tenha sido formalizado antes do recebimento da denúncia criminal.

§ 3º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

§ 4º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no caput quando a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento.

§ 5º O disposto nos §§ 1º a 4º não se aplica nas hipóteses de vedação legal de parcelamento.

§ 6º As disposições contidas no caput do art. 34 da Lei 9.249, de 26 de dezembro de 1995, aplicam-se aos processos administrativos e aos inquéritos e processos em curso, desde que não recebida a denúncia pelo juiz.

Com essa lei, o parcelamento do débito suspende a pretensão punitiva somente quando celebrado antes de o Juiz receber a denúncia; quanto ao pagamento do débito como forma de extinção da punibilidade permanece a mesma regra, desde que não seja parcelado. A diferença entre as leis anteriores e essa, portanto, está no momento em que se deve promover esse parcelamento. Antes ele poderia ser feito a qualquer tempo e a

partir de 2011 deve ser realizado antes do recebimento da denúncia. Entretanto essa lei não menciona o pagamento integral, o que faz com que ele tenha o condão de extinguir a punibilidade do agente se realizado em qualquer tempo.

Resumidamente, temos, portanto, o seguinte quadro em relação à criminalização primária (tratamento legislativo): no caso do cometimento de delitos contra o patrimônio público na forma de sonegação de tributos ou apropriação indébita tributária, é possível que a punibilidade da conduta seja extinta por meio da devolução dos débitos, inclusive de forma parcelada, ainda que sejam enormes quantias de dinheiro. Não são analisados critérios de reincidência tampouco a existência de processos em curso contra a mesma pessoa. Enquanto isso, uma pessoa pode ser encarcerada por um crime patrimonial de pouca monta, apenas por ser reincidente (vide Anexo II).

Se voltarmos aos dados referentes à criminalização secundária, os números, mais uma vez, falam por si só: no mesmo levantamento do DEPEN mencionado inúmeras vezes no presente trabalho, referente ao número de presos em junho de 2013, apenas 170 pessoas estavam presas pelo crime de apropriação indébita tributária em todo o Brasil. Por furto, 308.994 pessoas.

VII. O BEM JURÍDICO TUTELADO X O BEM JURÍDICO SUBTRAÍDO (PATRIMÔNIO X LIBERDADE)

Neste capítulo a proposta é valorar os dois bens jurídicos em conflito: o patrimônio da vítima e a liberdade do criminoso.

Os direitos fundamentais em geral são compreendidos como os direitos humanos que foram positivados, reconhecidos nas constituições e legislação dos países ao redor do mundo. Sua classificação mais comum na doutrina, em dimensões, remonta sua evolução e conquista no mundo jurídico.

A liberdade é um direito fundamental de primeira dimensão, anunciada a partir do lema da Revolução Francesa, em 1789, e elencada no art. 5º da Constituição brasileira. Esse direito tem por finalidade limitar a atuação e intervenção do Estado na vida dos cidadãos, trazido como alicerce do pensamento liberal-burguês do século XVIII. Entretanto, o direito à liberdade remonta toda a existência humana, já que, conforme a doutrina, “os direitos fundamentais, ou pelo menos os imediatamente conexos com a dignidade da pessoa humana, radicam no Direito natural”⁷⁶.

É natural do ser humano estar em liberdade, portanto a doutrina e jurisprudência brasileira e internacional em geral não negam esse direito, como se denota, por exemplo, da não tipificação da conduta de fugir da prisão na legislação penal (no Brasil e em outros países, como Alemanha, México e Estados Unidos, por exemplo) e do reconhecimento do direito de resistência perante o Estado.

De outro lado, temos o direito à propriedade, também elencado como um direito fundamental na Constituição. Entende-se que, assim como a liberdade, não é um direito absoluto, podendo ser restringido quando não cumprir sua função social. Ocorre que, por mais que esse tema não seja muito debatido, a positivação do direito à propriedade se traduz na escolha de uma ideologia política: o capitalismo.

A propriedade norteia toda a legislação dos países capitalistas: o Direito Civil é o ramo destinado à regulação das formas de proteção, alienação, transferência e mantimento da propriedade e a Magna Carta de todos os Estados carrega em seu texto o direito a ela, geralmente como cláusula pétreia, como no caso do Brasil. Até mesmo os países que adotam outro sistema político-econômico não escapam por completo da

⁷⁶MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. 3. ed. tomo. IV. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 53. In: RUIZ, Thiago. O direito à liberdade: uma visão sobre a perspectiva dos direitos fundamentais. Revista de Direito Público, Londrina, V. 1, N. 2, maio/agosto, 2006, p. 138.

propriedade – ele é apenas restringido ou regulado de outra maneira -, afinal a convivência no mundo é regida através de relações econômicas (que são geradas pela propriedade). Na história não houve países comunistas, e as tentativas de alcançá-lo através do socialismo foram frustradas. A propriedade rege a história da existência humana há muitos séculos e pensar a humanidade sem ela é uma tarefa árdua atualmente, mas já não o foi.

Como explica Engels⁷⁷, as sociedades pré-Revolução Neolítica, quando não haviam se desenvolvido as forças produtivas – não existindo, portanto, a exploração do homem pelo homem nem classes sociais, tampouco Estado e família (como a entendemos hoje) -, não havia propriedade. Seu surgimento se dá com essa revolução, que o homem desenvolve a capacidade de acumular riquezas, facilitando sua sobrevivência, vez que não depende mais do deslocamento para outras terras nem do clima para alimentar-se.

Enquanto a liberdade nasce com o homem, sendo imanente à condição de existência animal, a propriedade é um direito fundamental ficto, criado a partir do momento em que a humanidade percebeu que obteria maior conforto no acúmulo constante. Ainda que, em termos jurídicos, o direito à propriedade seja aceito como um direito humano, a história da humanidade demonstra que essa é uma percepção irreal: não é natural possuir, não faz parte da condição humana fazê-lo. Tendo em vista o desenvolvimento desse raciocínio lógico, a única conclusão a que se pode chegar é a de que, se for de alguma forma possível colocar os direitos fundamentais em uma escala de importância, o direito à liberdade deve estar localizado superiormente ao direito à propriedade, por ser aquele um direito inerente à condição humana e esse, uma ficção político-jurídica.

Para além da discussão abstrata e filosófica quanto ao direito à propriedade, esmiucemos o entendimento doutrinário que demonstra a prevalência de um em relação ao outro quando ambos entram em conflito. Vejamos como isso é estudado a partir de dois exemplos.

Manoel (nome fictício) é sequestrado por um bando de criminosos e trancafiado em uma casa. Quando os criminosos saem do cômodo, Manoel espera algum tempo e enfim decide quebrar uma janela para fugir. É a janela – patrimônio do dono do

⁷⁷ ENGELS, Friedrich. A origem da família, da propriedade privada e do Estado. Editora Expressão Popular: São Paulo, 2010.

apartamento cujos inquilinos são os criminosos – um bem superior à liberdade de Manoel?

Pedro (nome fictício), morador de rua, é levado à força para um carro da prefeitura por agentes do Estado, com o intuito de ser encaminhado para um abrigo. Mesmo contra sua vontade, os agentes fecham as portas do veículo, que somente podem ser abertas pelo lado externo. Desesperado, quebra a janela do veículo e foge. É, mais uma vez, a janela desse patrimônio – dessa vez, público – um bem superior à liberdade de Pedro?

Em ambos casos, o primeiro fictício e o segundo real⁷⁸, a resposta é a mesma: não. As janelas não são bens superiores ao bem jurídico da liberdade. Em ambos casos, a ilicitude das condutas dos supostos agentes que quebraram os vidros – Manoel e Pedro – é afastada, porque os dois encontravam-se em estado de necessidade, querendo proteger-se de perigo atual a direitos – nesses casos, próprios.

Para entender melhor, esmiuçaremos o estado de necessidade. Esse instituto é definido pelo Código Penal brasileiro em seu artigo 24 da seguinte forma: “Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.”

A doutrina preleciona que só pode se valer do estado de necessidade aquele que pratica um ato típico para proteger bem jurídico superior àquele que ele coloca em risco ou agride. Nesse sentido, destacamos a lição de Cezar Roberto Bitencourt⁷⁹:

Embora nosso Código Penal tenha adotado a teoria unitária, o princípio da razoabilidade nos permite afirmar, com segurança, que quando bem sacrificado for de valor superior ao preservado, será inadmissível o reconhecimento do estado de necessidade.

Greco⁸⁰ explica:

Assim, por exemplo, é razoável que a vida (bem de maior valor) seja preservada em prejuízo de patrimônio alheio (bem de menor valor): há possibilidade, ainda, no confronto entre bens de igual valor (vida versus vida, patrimônio versus patrimônio, integridade física versus integridade física etc.), que um deles prevaleça em detrimento de outra. Contudo, quando o bem que se preserva é de valor inferior ao

⁷⁸ Processo 0148736-69.2011.8.19.0001 julgado no Rio de Janeiro.

⁷⁹ BITENCOURT, Cezar. Manual de Direito Penal – Parte Geral., p. 279-280. In: GRECO, Rogério. Op. cit., p. 323.

⁸⁰ GRECO, Rogério. Op. cit., p. 323.

que se sacrifica, v.g. Para garantir o seu patrimônio o agente causa da morte de alguém, já não mais poderá se socorrer do estado de necessidade, uma vez que o princípio da razoabilidade impede a aplicação dessa causa excludente de ilicitude.

Ou seja, para afastar a ilicitude de uma conduta, não basta que alguém tenha seu direito ameaçado – o Direito precisa reconhecer que o bem jurídico que essa pessoa quis proteger com sua conduta é mais valioso que o bem jurídico ofendido por ela. Resulta da análise do tratamento jurídico conferido a ambas situações exemplificadas acima, portanto, que no ordenamento, embora reconhecida a fundamentalidade de ambos direitos, o patrimônio e a liberdade, é conferida a esse último maior importância quando há entre eles um conflito.

Nos resta concluir, portanto, que, ao se tratar de crimes patrimoniais – que se propõem a tutelar o bem jurídico patrimônio – a aplicação da pena de prisão não é adequada, por desrespeitar a proporcionalidade que deve existir entre a punição e a conduta tipificada, vez que o próprio ordenamento os colocou em patamares diversos de valor.

VIII. REFORMULANDO A FORMA DE PENSAR A JUSTIÇA: RETRIBUIÇÃO X RESTAURAÇÃO

Na busca por alternativas que ofereçam um retorno mais eficiente que o cárcere, vem crescendo o interesse de estudiosos ao redor do mundo em relação a novas formas de dirimir conflitos. Destacaremos dentre elas as que parecem mais interessantes para o debate em comento.

Uma das iniciativas para a substituição da nossa forma de pensar a justiça, que é baseada na penalização e punição, é a Justiça Restaurativa. Sua presença é restrita, infelizmente, há alguns poucos projetos pontuais pelo país⁸¹ e pelo mundo⁸². Essa forma de solucionar conflitos foi inspirada na experiência de povos historicamente anteriores à sociedade atual, como, por exemplo, determinadas tribos indígenas norte-americanas⁸³. É sabido que muitas delas tinham suas regras, que funcionavam, como hoje ocorre com nossos textos legislativos, para balizar condutas, determinar o que deve e o que não pode ser feito. Quando alguém desrespeitava essas normas - conduta análoga ao que hoje temos como crime - toda a comunidade se reunia para enfrentar a questão, devendo estar presentes - e com direito à fala - o ofensor e, havendo, o ofendido, de forma a reequilibrar as relações e reparar os danos gerados, restaurando a paz. As mesmas tribos, quando em confronto com outras ou até mesmo com o homem branco, recorriam à guerra e ao extermínio.

Desse quadro, denotam-se as duas formas de solucionar conflitos: através do embate, quando se trata de um inimigo, diferente e externo à comunidade, e a que mais se assemelha à proposta da Justiça Restaurativa, o diálogo e a reparação dos danos.

Nossa justiça é entendida como Retributiva. Um autor de grande referência para essa forma de solução de conflitos é Immanuel Kant. Ele explica⁸⁴ que, antes da instituição de um Estado legal, pairava sobre as pessoas e os estados isolados um ar de insegurança, devido à ausência de regramentos, o que possibilitava a um estado de

⁸¹ Em 2005, três projetos-piloto tiveram início: São Caetano do Sul, SP; Porto Alegre, RS; Brasília, DF.

⁸² O método é recomendado pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas desde 2002. É adotado em algumas localidades do Canadá e Nova Zelândia.

⁸³ MELO, Eduardo Rezende; EDNIR, Madza; YAZBEK, Vania. Justiça Restaurativa e Comunitária em São Caetano do Sul – Aprendendo com os conflitos a respeitar direitos e promover cidadania. CECIP, SP - Brasil, 2008, p. 10. Disponível em: http://www.tjsp.jus.br/Download/CoordenadoriaInfanciaJuventude/JusticaRestaurativa/SaoCaetanoSul/Publicacoes/jr_sao-caetano_090209_bx.pdf

⁸⁴ Ibid, p. 41.

violência constante. Dessa forma, na busca de maior segurança, as pessoas encontraram na formação de um Estado com leis racionais a resposta para seu problema: havendo uma fonte única de poder, que atuasse externamente sobre os conflitos, através da imposição de regras abstratas e inquestionáveis, tudo estaria resolvido. Daí a necessidade de uma Constituição e da consonância dos demais textos legislativos com ela.

O problema dessa forma de resolver conflitos é que ela é impositiva – de quem detém o poder sobre quem a ele é subordinado. É, portanto, um modelo verticalizado e hierárquico, não admitindo oposição ou resistência. Sua adoção tem gerado os problemas elencados nos capítulos anteriores. Quem descumpra as regras é encarado como um inimigo; é ignorado o contexto em que praticou o delito e, ao invés de buscar os motivos, de forma a acabar com eles e, dessa forma, reinseri-lo na sociedade, é proposto seu banimento e segregação.

Ora, o cárcere acaba por gerar diversos problemas: 1. afasta as pessoas de seu ambiente doméstico, causando enorme fragmentação da vida em família (quando há filhos, um dos pais acaba por ter que trabalhar o dia inteiro - quando já não o fazia - para manter o sustento, ausentando-se da educação dos filhos, sem prejuízo do enorme trauma que geralmente é deflagrado pela prisão de um familiar); 2. interrompe ou impede o acesso à educação, direito fundamental e aspecto primordial para a ascensão na qualidade de vida; 3. interrompe ou impede a participação da vida em sociedade, além dos direitos decorrentes dela, tais quais a participação política, o acesso a informação etc.; 4; afasta do ambiente de trabalho, criando defasagem profissional; 5. devolve à sociedade pessoas despreparadas, esquecidas, machucadas e não desenvolvidas.

A partir da década de setenta, muitos estudiosos ao redor do mundo passaram a estudar e investigar as antigas formas de solucionar conflitos, devido aos sinais de esgotamento do modelo retributivo. Assim, teve início a redescoberta da Justiça Restaurativa porque ela se propõe a dar fim aos problemas gerados pela forma adotada por nosso Direito hoje.

O método é complexo, pois depende do envolvimento de diversas partes - o autor, o ofendido e os mediadores, principalmente, mas não só: toda a comunidade afetada deve colaborar. Sua implementação é dificultada por carecer da reestruturação

da forma de se pensar a justiça: ela deve deixar de ser entendida como algo em separado, um terceiro maior e mais poderoso que chega para impor regras; deve passar a ser parte de todo o cotidiano através de percepção de que, onde há conflito, há espaço para o crescimento.

Cabe lembrar, entretanto, que a dificuldade na adoção do método não implica na sua impossibilidade. A coexistência social é complexa por si só - mas não é por isso que devemos desistir de almejá-la. Pelo contrário, as soluções que abarcam toda a complexidade da vida humana em sociedade são as mais propensas a dar certo. Toda solução simples para problemas penosos não passa de falácia. E, como na hipótese da aplicação de uma pena de prisão, pode ocasionar mais problemas que soluções.

A Justiça Restaurativa importa na mobilização de toda a comunidade para que o objetivo final seja a integração e não a segregação. Nesse sentido, busca o extremo oposto do que a pena privativa de liberdade acaba por gerar. Para tal, o crime passa a ser definido a partir dos danos que provoca às pessoas e relações e não de forma abstrata a partir da conduta. Através da intervenção de profissionais treinados para mediar o debate, o ofensor e o ofendido - partes principais do conflito - apontam suas necessidades e direitos, o que acaba por dar espaço para as dimensões interpessoais ligadas ao crime. O Estado deixa de ter papel central, dando lugar à vítima, principal atingida pelo delito.

O crime deixa de ser entendido, então, como mero desrespeito ao ordenamento e passam a ganhar relevância os aspectos social, econômico, político e moral envolvidos. Para além disso, ele deixa de ser deflagrador de culpabilidade e punição para ser precursor de responsabilidade e obrigação de reparação.

Os benefícios dessa técnica são diversos. Logicamente, dentre eles, o principal é a valorização da vítima. Atualmente, a legislação não prevê qualquer reparação para o ofendido: o dano que lhe é causado é ignorado, devendo o ofensor cumprir uma pena que em nada o beneficia, para supostamente reparar o Estado. Acontece que, além de não reparar nada, a vida na prisão acaba por gerar custos: não somente monetários, mas também sociais. Ao ser estigmatizado como um criminoso e ser afastado da vida em sociedade, o indivíduo perde o contato com a realidade: não trabalha, não convive, não se informa, não se educa, não se aprimora. Dessa forma, quando de sua saída do cárcere, está, em oposição ao que se acredita (ou a que se finge crer), menos inserido do

que antes. Além do estigma, que já diminui suas chances de encontrar um emprego, seu desenvolvimento educacional e profissional está estagnado; sua família (no caso de ser ele o provedor) está em dificuldades financeiras; sua percepção do mundo externo está alterada por completo. Por essas e outras razões, a reincidência muitas vezes é a única saída viável ou, pelo menos, visível (para ele).

Ao manter o foco no passado - isto é, na conduta delituosa pretérita - a Justiça Retributiva, utilizada pelo nosso Direito Penal, acaba por ignorar o futuro. Futuro esse que não tem como ser mais assustador, dado ao índice de reincidência já existente atualmente, destacado no capítulo V. Encarar qualquer delito como precursor de uma batalha a ser travada entre Estado e indivíduo, ao invés de procurar o diálogo, não tem criado benefícios e, como exaustivamente demonstrado, tem proporcionado muitos males. Colacionamos aqui a visão de Nils Christie⁸⁵ sobre a necessidade da adoção de uma nova perspectiva:

Devemos sempre tentar negociar. Antes e, de preferência, ao invés da violência, deve-se buscar condições para o diálogo. Devemos nos encontrar com aqueles que, em nossa opinião, cometeram um ato terrivelmente errado; devemos tentar entender por que o fizeram, tentar apresentar formas alternativas de perceber tais atos e buscar algum ponto comum de entendimento. Caso contrário, como poderemos conter a violência, se deixamos as partes oponentes aumentarem o fosso que as separa na situação? Vistos da perspectiva da prevenção da violência, os EUA provavelmente estarão mais protegidos pela conversa do que pelas bombas. Talvez nada resulte de tais entendimentos. Ainda assim, seria eticamente válido e, quiçá, útil tentar conhecer como as partes vêem a questão, antes de recorrer às armas. Talvez, quem sabe, fosse possível que as partes, pouco a pouco, viessem a reconhecer um pouco de razão nos argumentos vindos do outro lado.

A proposta da Justiça Restaurativa é portanto a busca do consenso entre ofensor, ofendido e toda a comunidade ao redor. Nietzsche⁸⁶ destaca que a Justiça surge a partir da relação de confronto, que exige a capacidade de avaliação dos envolvidos, de forma a negociar as vontades que se encontram em oposição. Um projeto-piloto fora realizado em São Caetano do Sul, no qual deu-se início à adoção da Justiça Restaurativa em algumas escolas, na tentativa de reduzir o número de conflitos entre jovens que chegava à justiça. No relatório elaborado após a experiência, os autores explicam como funciona

⁸⁵ CHRISTIE, Nils. Uma razoável quantidade de crime. Rio de Janeiro: Revan, 2011. Coleção pensamento criminológico, v. 17, p.

⁸⁶ MELO, Eduardo Rezende; EDNIR, Madza; YAZBEK, Vania., Op. Cit., p. 42.

essa técnica, opondo os resultados das duas formas de Justiça, Restaurativa e Retributiva:

Dá-se, com isto, a oportunidade à emergência de um outro modo de entendimento da postura que se há de ter face ao conflito. E mais: há uma diversa percepção do outro com quem se confrontou, e, sobretudo, da relação com a norma. De fato, a agressão sofrida pela vítima causa-lhe não apenas dor, privação de direitos, como, sobretudo, ressentimento, que pode passar a se expressar como desejo de vingança. O causador dessas sensações deixa de ser visto como sujeito e passa a ser encarado como alvo de ações, como objeto (uma coisa) sobre o qual há de recair sua represália. Da parte do agressor, a vítima é igualmente despersonalizada (coisificada, reificada). Ela é vista como repositório de valores materiais ou imateriais dos quais se vê privado e dos quais deseja se apossar. Ou então é encarada como alvo de descarga de um ressentimento que igualmente marca o agressor, por que a relação interpessoal ou social o está excluindo e, como tal, lhe reserva apenas um não-lugar. Colocá-los um frente ao outro para avaliarem o conflito faz com que tenham necessariamente de atentar à perspectiva do outro e, com isto, de reavaliar suas próprias condutas, de reavaliar a si mesmos.⁸⁷

A respeito da coisificação e despersonalização do outro, característica inegável da Justiça Retributiva, Nils Christie explica que a grandeza geográfica dos Estados a possibilita em maior grau:

Comparados ao que se passa na maioria dos países altamente industrializados, nossos [noruegueses] políticos são consideravelmente moderados. Da mesma forma, nos órgãos persecutórios e judiciários. Não é fácil combinar bem-estar e punição em países pequenos, onde não se consegue deixar de considerar o próximo como ser humano.⁸⁸

Foucault⁸⁹ também fez suas críticas à Justiça Retributiva, baseando-as, principalmente, no fato de a mediação dos conflitos ser resolvida, nesse caso, pelo Estado através da retirada da autonomia das partes.

Ambos estudiosos, Nietzsche e Foucault, portanto, criaram as bases para uma forma menos agressiva de pensar a justiça: a busca pelo consenso. Aqui se cria a possibilidade de redefinir o que é justo a partir da pluralidade de vontades e direitos, uma forma mais horizontal de encontrar saídas para as questões que opõem as partes. O foco passa para as singularidades de cada um. Tanto vítima como agressor passam a entender um ao outro. A desigualdade social, muitas vezes – ou em todas -, é fato

⁸⁷ MELO, Eduardo Rezende; EDNIR, Madza; YAZBEK, Vania., Op. Cit., p. 43.

⁸⁸ CHRISTIE, Nils. Op. Cit, p. 43.

⁸⁹ Ibid, p. 45.

ignorado na Justiça Retributiva. A conduta criminosa é atribuída a uma falsa ideia de imoralidade, relacionada ao livre arbítrio, ou então, em outros casos, é pelo contrário entendida como fruto de um determinismo social⁹⁰. Em ambos casos, não se propõe o repensar do modelo econômico e político em que a sociedade se insere, o que impossibilita o abandono do direito liberal. Com a Justiça Restaurativa, acima de tudo, a sociedade passará a incorporar a perspectiva social, fazendo com que toda a coletividade seja impulsionada a refletir formas de solucionar e também prevenir situações de conflito.

Como a lógica retributiva é hoje parte da nossa cultura, obviamente a implantação de um novo modelo dependeria de um esforço comum entre Estado, escolas e muitas outras instituições-base. Seria preciso que o raciocínio da inclusão e do diálogo fossem implementados nas escolas, e que pais e responsáveis pelas crianças e adolescentes também fossem instruídos a aplicá-la na educação em ambiente doméstico. Isso, primeiramente, porque a mediação só faz sentido a partir do momento em que é abandonada a ideia de que um erro deve ser imediatamente punido, gerando dor a quem o cometeu. Em segundo lugar, porque a escola e o Direito são duas das mais poderosas armas de reprodução de privilégios e de desigualdades na sociedade, como destaca Baratta:

A homogeneidade do sistema escolar e do sistema penal corresponde ao fato de que realizam, essencialmente, a mesma função de reprodução das relações sociais e de manutenção da estrutura vertical da sociedade, criando, em particular, eficazes contra-estímulos à integração dos setores mais baixos e marginalizados do proletariado, ou colocando diretamente em ação processo marginalizadores.⁹¹

Ainda que distante da nossa realidade, essa forma de pensar a justiça já foi trazida para alguns dos nossos dispositivos legais. A Lei 9.099/95, por exemplo, trouxe algumas inovações nesse sentido, ao estabelecer medidas despenalizadoras para crimes de menor potencial ofensivo, definidos como aqueles cuja pena máxima não ultrapassa dois anos, conforme o art. 61 da Lei em comento. São elas: a composição civil dos danos, a transação penal e suspensão condicional do processo.

⁹⁰ A realidade do ofensor é considerada como condicionante do delito, ele é entendido como objeto-parte da miséria e da falta de acesso a direitos, o que anula sua subjetividade e dá força aos argumentos higienistas e preconceituosos.

⁹¹ BARATTA, Alessandro. Op. Cit., p. 175.

Apesar de representarem um avanço, tais medidas são insuficientes. Primeiramente, porque as medidas despenalizadoras têm como condição para sua concessão a inexistência de outro processo criminal em face do réu; caso contrário, são inaplicáveis. Em segundo lugar, porque muitas vezes a forma como são aplicadas não solucionam o problema do réu, pois não são analisadas suas condições de vida, e o que o levou a cometer o delito. Vejamos.

Aplicar a suspensão condicional do processo para um réu pobre, que furtou um celular, por exemplo, exigindo que ele compareça uma vez ao mês a um Fórum para prestar contas de suas atividades, é ignorar os seguintes fatos: muitas vezes, essa pessoa não possui sequer o dinheiro da passagem para se locomover até o local; mesmo que encontre um trabalho fixo, o horário de funcionamento das serventias judiciais é muito restrito (no Rio de Janeiro, por exemplo, de 11h às 18h), o que dificulta sua relação com o empregador ou com a Justiça. Além disso, o mero comparecimento a um cartório não transforma o contexto em se insere o acusado: as subjetividades que o levaram a delinquir não se alteram – o Estado não age no sentido de transformá-lo. Da mesma forma, permanece inerte em relação à vítima, na maioria dos casos.

No mesmo sentido, quando se trata de prestação de um serviço comunitário, por exemplo. Na maioria dos casos é indicada uma instituição ao réu, não necessariamente num local que lhe é acessível, sem que seja fornecida para ele uma forma de transporte. Da mesma forma, a prestação do serviço geralmente é exigida em horário comercial, dificultando, novamente, sua relação com um suposto empregador ou com a Justiça. E, mais uma vez, a vítima não se vê contemplada; as subjetividades que levam uma pessoa a delinquir não são consideradas.

Vale ressaltar que, uma vez descumpridos os acordos de transação ou suspensão condicional do processo, o réu é julgado. Após a provável condenação, os benefícios dessa Lei já não lhe fazem jus. Portanto, ao cometer outro delito, ainda que de menor potencial ofensivo, provavelmente seu lugar será o cárcere. Dando início ao ciclo que expusemos anteriormente.

Com a formação de círculos para enfrentamento do problema, através do diálogo e da busca de um consenso, é possível encontrar formas de reparar o delito patrimonial. Primeiramente, nos casos mais simples, o patrimônio pode ser devolvido e o círculo mediador pode, através da análise do ambiente em que o ofensor está inserido,

encontrar formas de modificar a realidade do agente, para que ele tenha outras saídas para além da delinquência. Isso sem atribuir-lhe o rótulo de “condenado penalmente”. Vale lembrar que essa proposta é quase uma analogia ao que já ocorre em relação aos crimes tributários e econômicos (que nada mais são que crimes patrimoniais de outra natureza), como demonstrado no capítulo VI. Já houve na justiça brasileira a tentativa de fazê-lo, mas esse entendimento ainda é pouco difundido. A sentença mencionada no capítulo VI⁹² do presente trabalho extinguiu a punibilidade de um furto. Segue outro exemplo do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

Ementa: Furto de energia elétrica. Artigo 155, §§ 3º e 4º, inciso II, do Código Penal. Extinguição da punibilidade. Artigos 168-A, § 2º, do Código Penal e artigo 34 da Lei nº 9.249/95. Apelo do Assistente Acusação: anulação da sentença, a fim de ser respeitado o preceituado no artigo 400 do Código de Processo Penal, aduzindo que ". a reparação do prejuízo causado pelo furto da energia elétrica, ainda que ocorra antes do recebimento da denúncia, não é suficiente para afastar o crime, razão pela qual deve apenas atenuar a pena a ser imposta, nos moldes do art. 16 do Código Penal." Não seria justo, nem razoável, ser possível ao juiz declarar extinta a punibilidade em se tratando de ressarcimento de valor relativo a tributo ou contribuição social, e não poder aplicar igual solução na hipótese de ressarcimento de dívida originada de subtração de energia elétrica, pois, nesse caso, seria desrespeitado o princípio da isonomia, previsto no artigo 5º da Constituição Federal, que significa aplicar tratamento diferenciado às situações desiguais e homogêneo às iguais. No direito penal moderno, em que se buscam cada vez mais medidas despenalizadoras de modo a evitar, sempre que possível, o processo e o encarceramento, cabível a aplicação da analogia *in bonam partem* e da interpretação extensiva, em benefício do réu, mormente quando socialmente recomendável, como se afigura no caso em questão. Apelo improvido. (APELAÇÃO APL 03608915220138190001 RJ 0360891-52.2013.8.19.0001 - TJ-RJ - Data de publicação: 21/01/2015)

Essa forma de resolução, apesar de mais vagarosa por exigir a movimentação e toda a máquina estatal no sentido de se criar um processo criminal para depois extingui-lo, já é uma saída mais razoável a curto prazo.

Um exemplo interessante é o adotado na Fundação de Atendimento Socioeducativo do Jaboaão⁹³, em que adolescentes infratores recebem educação e instrução, além de acompanhamento psicológico e pedagógico.

⁹² Magistrada Fernanda Afonso de Almeida, em sentença proferida no processo 0025535-92.2011.8.26.0050 na 27ª Vara Criminal Capital –SP.

⁹³ Mais informações em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62380-modelo-inovador-garante-menor-idade-de-reincidencia-criminal-de-jovens-em-pernambuco>.

Um outro método de resolução de conflitos de semelhante aplicação à Justiça Restaurativa é o método da Constelação, criado pelo alemão Bert Hellinger, que após 20 anos vivendo na África, dedicou-se a estudos sobre o comportamento humano, psicanálise, análise transacional etc. Percebeu que traumas costumam se repetir na histórias das famílias e do meio em que se vive. Sua técnica baseia-se em compreender o homem como parte de um contexto maior que sua própria individualidade, o que nos conecta à proposta da Justiça Restaurativa. É atualmente aplicado ainda muito preliminarmente em alguns projetos pelo mundo, principalmente nas Varas de Família, como na Bahia, pelo juiz Sami Storch, em que ele alcançou um número enorme de conciliações⁹⁴.

Como foi possível perceber, para repensar a Justiça Retributiva, há diversos métodos. Infelizmente não será possível esmiuçá-los todos no presente trabalho. Importa salientar que para uma formação jurídica mais completa e, principalmente, para maior eficiência da justiça, por melhores condições de vida em sociedade, a busca por novos paradigmas é essencial.

Paralelamente, enquanto essas respostas se desenvolvem vagarosamente ao redor do mundo, algo deve ser feito já em relação à realidade carcerária. A supressão da liberdade e de uma infinidade de direitos fundamentais é fato inaceitável num Estado Democrático de Direito. Ainda que a resposta para crimes com violência possa exigir mais tempo e estudo, o mesmo não é necessário para os delitos tratados aqui, patrimoniais sem violência. Uma solução paliativa, para dar um pontapé inicial numa nova forma de justiça é conceder a liberdade a todos os condenados por crimes patrimoniais sem violência no decreto anual de indulto natalino. Um belo passo para um futuro em que a liberdade se sobrepõe ao patrimônio.

Por fim, um inspirador trecho de Nils Christie para impulsionar novos caminhos:

[N]ão devemos começar com crimes e criminosos, e depois perguntar o que se pode fazer a respeito. Devemos virar as coisas de pernas para o ar. Devemos começar com o sistema de sanções e, nesse terreno, estabelecer valores básicos como ponto de partida. Devemos perguntar: que tipo de sofrimento e mecanismos de inflição de sofrimento achamos aceitáveis para a nossa sociedade. Até quando podemos permitir que o sistema penal cresça, sem colocar em risco valores como bondade e o caráter civilizado e coeso da nossa

⁹⁴ Mais informações no artigo disponível em: <http://epoca.globo.com/vida/noticia/2014/12/conseguiu-b100-de-conciliacoesb-usando-uma-tecnica-terapeutica-alema-afirma-juiz-baiano.html>

sociedade Então, uma vez assentados os limites, sempre que observarmos que eles estão ameaçados ou foram extrapolados, devemos aconselhar sobre o que fazer. O nível de punição deve ser equiparado ao da variável independente. As condições que criam o comportamento indesejado, seguidas pela demanda por pena, devem ser rebaixadas à condição de variáveis dependentes, aquelas que devem ser mudadas. Não podemos dizer, pelo menos não de forma concreta ou exta, quando o bastante é o bastante, mas podemos dizer que a punição é uma atividade que está no sopé do ranking de valores. Portanto, a punição deve ser a última alternativa, não a primeira.⁹⁵

⁹⁵ CHRISTIE, Nils. Op. Cit., p. 163.

IX. REFLEXÕES FINAIS

As alternativas ao cárcere e ao modelo restaurativo de justiça continuam aparecendo, ainda que pontualmente, ao redor do país e do mundo. Alguns projetos-piloto e iniciativas pontuais têm se mostrado eficazes em reduzir o índice de reincidência através da garantia ao acesso à educação, tratamento humanitário e inclusão, mostrando que, ao contrário do que se tem feito na justiça comum atualmente, conceder mais direitos e mais humanidade no tratamento dos acusados traz mais benefícios que sua supressão.

Para abandonar a ideia penitencial de justiça adotada hoje é preciso que toda a sociedade seja confrontada quando da ocorrência de um delito. Não só o ofensor deve vir à tona para reparar os danos gerados pela sua conduta, patrimoniais ou não, como as vítimas dos delitos devem se aproximar mais da realidade de quem delinque, podendo perceber os nuances existentes entre o determinismo social e o livre arbítrio, máscaras que encobrem a realidade da desigualdade social e da ausência do Estado de forma plena nas camadas mais pobres. É preciso diminuir a distância entre ofensor e vítima, para que sua relação deixe de ser pautada pelo conflito – que leva ambos a entender o outro a partir da ótica da coisificação, do inimigo a ser punido ou confrontado.

Para tanto, é necessária também a reformulação do método educacional, ainda muito arcaico, que tem por base relações hierárquicas, autoridade e verticalidade, em descompasso com a sociedade da era da informação e da tecnologia.

Quando os delitos patrimoniais forem compreendidos em toda sua subjetividade – a partir da percepção de que são resultado da adoção de um modelo político-econômico supressor de direitos, excludente por natureza, desigual e opressor – toda a sociedade sairá ganhando. O esforço conjunto e novas formas de encarar a justiça são um dos passos – mas não o único – necessários para essa transformação, por aproximarem duas realidades distantes num mesmo espaço.

Não se pode mais compreender o patrimônio como bem jurídico de igual ou maior relevância que o direito à liberdade. Para isso, a única saída é o esforço conjunto de todo o aparato social na construção de um novo paradigma econômico, político e social, que amplie o acesso aos direitos e garanta que o Estado alcance as classes mais baixas para garantir seu bem-estar e não o aprisionamento em massa.

X. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOVAY, Pedro Vieira. MALAGUTI BATISTA, Vera. Seminário depois do grande encarceramento. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

ALVAREZ, Marcos César. Bacharéis, criminologistas e juristas. Saber jurídico e Nova Escola Penal no Brasil. São Paulo, 2003.

ANIYAR DE CASTRO, Lola. Criminologia da reação social. Tradução Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Forense, 1983b.

ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. O Princípio da Proporcionalidade Aplicado ao Direito Penal: Fundamentação Constitucional da Legitimidade e Limitação do Poder de Punir. Revista da EMERJ, v. 12, nº 45, 2009.

BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BARROCAL, André. Artigo “Se cadeia resolvesse...”, Revista Carta Capital, p. 28, número 838, de 25 de fevereiro de 2015.

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Direito Penal Brasileiro. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BATISTA, Vera Malaguti. Dífceis ganhos fáceis – Drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Crimimologia, 2003.

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. E-book. Ed. Ridendo Castigat Mores.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, Volume 1: parte geral. São Paulo, Saraiva, 2008.

BITENCOURT, Cezar. Manual de Direito Penal – Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRASIL. Código Penal. Decreto-lei 2.848 de 7 de dezembro de 1948.

BRASIL. Lei 8.137 de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências.

BRASIL. Lei 12.382 de 25 de fevereiro de 2011. Dispõe sobre o valor do salário mínimo em 2011 e a sua política de valorização de longo prazo; disciplina a representação fiscal para fins penais nos casos em que houve parcelamento do crédito tributário; altera a Lei nº9.430, de 27 de dezembro de 1996; e revoga a Lei nº12.255, de 15 de junho de 2010.

BRASIL. Ministério da Justiça. Mapa das prisões, 2013. Disponível em <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/transparencia-institucional/estatisticas-prisional/anexos-sistema-prisional/total-brasil-junho-2013.pdf>

BRASIL. Ministério da Justiça. Sistema integrado de informações penitenciárias – INFOPEN, 2013. Disponível em <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/transparencia-institucional/estatisticas-prisional/anexos-sistema-prisional/total-brasil-junho-2013.pdf>

CHRISTIE, Nils. Uma razoável quantidade de crime. Rio de Janeiro: Revan, 2011. Coleção pensamento criminológico.

CNJ. Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil, 2014. Disponível em http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf

CÓRDOBA RODA, Juan. Culpabilidad y pena. Carcelona: Bosch, 1977.

Dados do CNJ apontam taxa de reincidência de 70% entre os presidiários brasileiros. Reportagem divulgada em 12 de dezembro de 2014, disponível em <http://globov.globo.com/rede-amazonica-ac/jornal-do-acre/v/dados-do-cnj-apontam-taxa-de-reincidencia-de-70-entre-os-presidiarios-brasileiros/3829269/>

ENGELS, Friedrich. A origem da família, da propriedade privado e do Estado. Editora Expressão Popular: São Paulo, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002

FERRARI, Eduardo Reale. Parecer sobre suposta prática de delito tributário por determinada empresa. São Paulo. 2006.

GARLAND, David. A cultura do controle – Crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Revan, 2009.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Geral. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

GRECO, Rogério. Direito penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal. Niterói: Impetus, 2015, 8. ed.

HASSEMER, Winfried e MUNÓZ CONDE, Francisco. Introduccion a la Criminologia y al Derecho Penal. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1989.

HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Direito Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955, v.1, t. 2.

IINSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Sistema Carcerário brasileiro, 2013. Disponível em <http://d2kefwu52uvymq.cloudfront.net/uploads/2015/02/LEVANTAMENTO-SISTEMA-PENITENCI%C3%81RIO-2013-JUNHO2.pdf>.

KHALED JR., Salah H.. Introdução aos Fundamentos do Direito Penal. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 75, abr 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7411>.

MAIA, Clarissa Nunes; NETO, Flávio de Sá; COSTA, Marcos; BRETAS, Marcos Luiz. História das Prisões no Brasil. Rio de Janeiro: Rocco, 2009, vol. I.

MANZINI, Vincenzo. Trattato di dritto penale italiano. 4. ed. Torino, UTET, 1961, v. 1 e 2.

MARX, Karl. *Il Capitale*, cit., I, 3.

MELO, Eduardo Rezende; EDNIR, Madza; YAZBEK, Vania. *Justiça Restaurativa e Comunitária em São Caetano do Sul – Aprendendo com os conflitos a respeitar direitos e promover cidadania*. CECIP, SP - Brasil, 2008, p. 10. Disponível em: http://www.tjsp.jus.br/Download/CoordenadoriaInfanciaJuventude/JusticaRestaurativa/SaoCaetanoSul/Publicacoes/jr_sao-caetano_090209_bx.pdf

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica – As origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX) – Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2006. Coleção Pensamento criminológico; v.11.*

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. tomo. IV. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 53. In: RUIZ, Thiago. *O direito à liberdade: uma visão sobre a perspectiva dos direitos fundamentais*. *Revista de Direito Público, Londrina, V. 1, N. 2, maio/agosto, 2006.*

ONU. *Declaração Universal de Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>.

PNUD. *Estudio comparativo de población carcelária*. 2013. Disponível em [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/CD82EA370D3484C405257C36007934A9/\\$FILE/Estudiocomparativodepoblaci%C3%B3ncarcelariaPNUD.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/CD82EA370D3484C405257C36007934A9/$FILE/Estudiocomparativodepoblaci%C3%B3ncarcelariaPNUD.pdf)

PNUD. *Relatório Regional de Desenvolvimento Humano 2013-2014*. Disponível em <http://www.pg.undp.org/content/dam/rblac/docs/Research%20and%20Publications/IDH/UNDP-RBLAC-ResumoExecPt-2014.pdf>

PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. V.1. São Paulo: RT, 2008.

SALILLAS, Rafael. *La vida penal em Espanha*. Madri: 1888, p. 54. KROPOTKINE, Pedro. *Las prisiones*, trad. Da Juventud Literaria, Buenos Aires, s.d. (circa). *Sistema Carcerário brasileiro realizada em Junho de 2013*, disponível em

<http://d2kefwu52uvymq.cloudfront.net/uploads/2015/02/LEVANTAMENTO-SISTEMA-PENITENCI%C3%81RIO-2013-JUNHO2.pdf>

TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos do Direito Penal. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

WACQUANT, Loïc. Punir os pobres – a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. 3ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 2007.

VASCONCELOS, Emerson Diego dos Santos; QUEIROZ, Ruth Fabrícia de Figueroa; CALIXTO, Gerlania Araujo de Medeiros. A Precariedade no sistema penitenciário brasileiro – violação dos direitos humanos . Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id10363&revista_caderno=3.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O Inimigo no Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2007, 2. ed.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Em busca das penas perdidas. Rio de Janeiro, Revan, 1991.

ANEXO I

<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/04/justica-firma-acordo-para-diminuir-superlotacao-nos-presidios>

<http://g1.globo.com/pa/para/noticia/2015/04/precariedade-do-sistema-prisonal-do-para-preocupa-defensoria-publica.html>

<http://www.ifronteira.com/noticia-brasil-63515>

<http://www.otempo.com.br/cidades/justi%C3%A7a-interdita-pres%C3%ADdio-em-bar%C3%A3o-de-cocais-por-superlota%C3%A7%C3%A3o-1.1018948>

<http://mp-ma.jusbrasil.com.br/noticias/100577540/reuniao-discute-situacao-dos-estabelecimentos-prisionais-do-estado>

<http://g1.globo.com/mato-grosso/noticia/2015/03/presos-de-cadeia-superlotada-de-cidade-de-mt-fazem-greve-de-fome.html>

<http://g1.globo.com/mato-grosso/noticia/2015/03/apos-greve-de-fome-25-presos-sao-transferidos-de-cadeia-publica-de-mt.html>

<http://cgn.uol.com.br/noticia/132015/presos-continuam-greve-pedindo-melhorias>

<http://www.ijuiurgente.com/noticia/495/presos-da-modulada-de-ijui-estao-em-greve-de-fome>

<http://www.gazetadigital.com.br/conteudo/show/secao/9/materia/444973/t/presos-fazem-greve-de-fome-em-protesto-contrasuperlotacao>

<http://www.ofluminense.com.br/editorias/policia/presos-dao-inicio-greve-de-fome-em-sao-goncalo>

<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2014-10/presos-de-pinheiro-fazem-greve-de-fome-em-solidariedade-detentos-de-pedrinhas>

<http://oglobo.globo.com/brasil/crece-mortalidade-nos-presidios-paulistas-11957719>

<http://www.jogodopoder.com/blog/politica/violencia-maranhao-lidera-numero-de-mortes-em-presidios/>

<http://www.clebertoledo.com.br/estado/2014/08/21/63136-governo-diz-que-denuncias-sobre-alimentacao-em-presidios-sao-039-uma-situacao-pontual-039>

<http://www.clebertoledo.com.br/estado/2014/08/20/63107-presos-denunciam-alimentacao-como-de-quot-pessima-quot-qualidade-nas-unidades-do-estado-defensoria-p>

http://www.adepmg.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=161:defensoria-consegue-suspensao-de-fornecimento-de-alimentacao-de-ma-qualidade-para-presidio&catid=6&Itemid=124

ANEXO II

APELAÇÃO CRIMINAL. ARTIGO 155, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. RECURSO DEFENSIVO ALEGANDO ATIPICIDADE DA CONDUTA E RECONHECIMENTO DA TENTATIVA. INAPLICÁVEL O PLEITO DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA, EM VIRTUDE DE O VALOR DA RES NÃO SER CONSIDERADO ÍNFIMO E O ACUSADO OSTENTAR CONDENAÇÃO PELA PRÁTICA DE CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA CRIME TENTADO. DOSIMETRIA QUE MERECE REPARO. Do cotejo da prova dos autos sobressai a conclusão inequívoca de que o agente não chegou a desfrutar da posse mansa e pacífica e desviada do bem subtraído da vítima, não chegando a perder a disponibilidade sobre a coisa, eis que iniciada a perseguição e em seguida detido pelo Policial Militar, logo após a subtração. A aplicação da fração de 1/2 (metade) é a que se mostra em consonância com o iter criminis percorrido no caso em comento, PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO. (TJ-RJ , Relator: DES. JOAQUIM DOMINGOS DE ALMEIDA NETO, Data de Julgamento: 14/04/2015, SÉTIMA CAMARA CRIMINAL)

EMENTA - PENAL - FURTO INSIGNIFICÂNCIA
TIPICIDADE MATERIAL - TENTATIVA - REINCIDÊNCIA
CONFISSÃO - PENA BASE

– REGIME O moderno conceito de tipicidade não se satisfaz com a simples adequação da conduta ao tipo penal (tipicidade formal), exigindo resultado jurídico relevante e intolerável, além da presença de outros elementos como a

antinormatividade, imputação objetiva e subjetiva. Diante deste quadro geral da teoria do crime, prevalece o entendimento de que a insignificância do resultado leva ao reconhecimento da atipia material. Tal princípio sustenta que o Direito Penal não deve se preocupar com "bagatelas", sendo desconsiderada a tipicidade quando o bem jurídico protegido foi atacado de forma mínima, sem qualquer relevância. Todavia, não havendo critério rígido na valoração daquele princípio, o Juiz não pode deixar de considerar no exame respectivo o desvalor da conduta e o próprio comportamento anterior do agente, com isso avaliando a periculosidade social e o grau de reprovabilidade daquele agir, evitando a idéia de que o Estado tolera a prática de reiteradas pequenas condutas atentatórias ao ordenamento jurídico formal, o que evidentemente afetaria a vida coletiva, sem esquecer que a forma privilegiada do furto não pode ser confundida com o furto insignificante. No caso concreto, além do valor das coisas subtraídas, cerca de 80% do salário mínimo, o que é suficiente para afastar a tese da bagatela, tratando-se de acusado reincidente, na linha da atual jurisprudência majoritária, não é possível o reconhecimento da atipicidade da conduta. Apesar de não se tratar de questão pacífica na doutrina e na jurisprudência, prevalecendo no STJ e no STF o entendimento de que o crime de roubo ou o de furto se consuma com a subtração, independentemente da posse mansa e desvigiada pelo agente, até mesmo por política criminal e por força de regras da razoabilidade e da proporcionalidade, tenho decidido de forma diversa, sempre na linha de que tal infração se consuma quando o agente, ainda que por pouco tempo, tenha tido a posse mansa, pacífica e desvigiada da coisa subtraída. Nesta linha, havendo imediata perseguição e êxito na prisão do agente e na recuperação da coisa subtraída, o crime não saiu da esfera da tentativa. No caso presente, seja qual for à posição adotada, o

furto restou consumado, eis que não houve imediata perseguição, tendo o agente tido, ainda que por pouco tempo, a posse desvigiada da coisa subtraída, tendo sido procurado e não perseguido por todo o tempo. O juiz possui manifesta discricionariedade no calibre da pena base, devendo justificar eventual acréscimo nas circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, sempre escorado em dados concreto, não bastando a simples referência abstrata àqueles elementos moduladores da pena. No caso concreto, tratando-se de acusado duplamente reincidente, pode ser uma das condenações considerada na pena base e a outra na fase intermediária. De outro giro, o aumento por força da agravante, na linha da jurisprudência da Câmara, não deve ser superior a 1/6, certo que a reincidência, a princípio, deve preponderar sobre a atenuante da confissão, admitindo-se a compensação quando a confissão for de grande relevância na apuração do fato, o que não ocorreu na hipótese vertente. Por último, a dupla reincidência impede a substituição da PPL por PRD ou a aplicação do sursis, justificando o regime semi-aberto aplicado na sentença. (APL 00316495820128190001 RJ 0031649-58.2012.8.19.0001 TJ/RJ; Desembargador-relator Marcus Henrique Pinto Basilio; Publicação: 30/11/2012)

EMENTA: APELAÇÃO - FURTO NA MODALIDADE TENTADA – ART.155 C/C ART. 14, II, AMBOS DO CP -SENTENÇA ABSOLUTÓRIA - PROVIMENTO AO PEDIDO MINISTERIAL PARA CONDENAR O APELADO ÀS PENAS DE 1 ANO, 9 MESES E 10 DIAS DE RECLUSÃO E 17 DIAS-MULTA - MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS - IMPOSSIBILIDADE DE SE INVOCAR O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA TENTATIVA DE FURTO DE UMA CAIXA DE BOMBOM - ALÉM DO VALOR DO BEM SUBTRAÍDO, TAMBÉM DEVE SER

CONSIDERADA A PERSONALIDADE DO FURTADOR - APELADO REVEL, QUE OSTENTA MAUS ANTECEDENTES E DUPLA REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. O apelado foi denunciado por ter tentado subtrair uma caixa de bombom das Lojas Americanas. Ao final, foi absolvido, em razão do princípio da insignificância. Ocorre que, a materialidade e a autoria foram comprovadas pelos depoimentos das testemunhas de acusação. O princípio da insignificância é uma construção doutrinária e jurisprudencial mais liberal, que permite a exclusão da tipicidade, na ocorrência de lesão que seja considerada insignificante e sem qualquer significação social. De fato, o laudo de exame avaliou a caixa de bombom subtraída em R\$28,00. No entanto, para se levar em conta a incidência do princípio ora analisado, não basta o exame isolado do valor da coisa subtraída, mas também deve ser feita uma valoração subjetiva do furtador. No caso em tela, constata-se que o apelado é revel e não iniciante na prática desses ilícitos contra o patrimônio, constando em sua extensa FAC diversas anotações e três condenações por crimes de furto e roubo tentados, o que revela uma personalidade voltada para a prática de subtrações ao patrimônio alheio. Além disso, conforme depoimento do guarda municipal, no momento da abordagem, o vigilante do estabelecimento lesado reconheceu o recorrido como autor de outro furto àquela mesma loja. PROVIMENTO DO APELO. (APL 04824166920118190001 RJ 0482416-69.2011.8.19.0001; TJ/RJ; DES. MARIA SANDRA KAYAT DIREITO ; Data da publicação: 07/01/2014)

APELAÇÃO CRIMINAL. TENTATIVA DE FURTO QUALIFICADO PELO CONCURSO DE AGENTES (ART. 155, § 4º C.C 14, II DO C.P.) EM ESTABELECIMENTO

COMERCIAL. PLEITO ABSOLUTÓRIO, FULCRADO EM ALEGADA PRECARIEDADE PROBATÓRIA, OU NA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA OU BAGATELA. ALTERNATIVAMENTE, PUGNA A DEFESA A DESCLASSIFICAÇÃO DA IMPUTAÇÃO PARA FURTO SIMPLES, ANTE A NÃO DEMONSTRAÇÃO DO VÍNCULO ASSOCIATIVO DO APELANTE VALDEIR FERREIRA COELHO E DA CORRÉ GEORGETE GOMES, BEM COMO A REVISÃO DA DOSIMETRIA, COMPENSANDO-SE O AUMENTO EM FACE DA REINCIDÊNCIA COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO E EXASPERAÇÃO DA FRAÇÃO REDUTORA DA TENTATIVA. APELO CONHECIDO E PROVIDO PARCIALMENTE.

Não há que se falar em precariedade probatória, visto que o próprio apelante confessa em sede policial a prática da subtração da peça de queijos e das três peças de file mignon, reservando-se, em Juízo, ao direito de permanecer em silêncio. A confissão extrajudicial encontra-se corroborada pelos uníssonos depoimentos das testemunhas Marcos Antonio Ribeiro e Andros do Couto Rodrigues, Fiscais de Salão do Supermercado Supermarket. No que concerne ao reconhecimento do crime famélico com aplicação do princípio da insignificância ou bagatela, segundo entendimento do E. STF "este incide quando presentes, cumulativamente, as seguintes condições objetivas: (a) mínima ofensividade da conduta do agente, (b) nenhuma periculosidade social da ação, (c) grau reduzido de reprovabilidade do comportamento, e (d) inexpressividade da lesão jurídica provocada; b) a aplicação do princípio da insignificância deve, contudo, ser precedida de criteriosa análise de cada caso, a fim de evitar que sua adoção indiscriminada constitua verdadeiro incentivo à prática de pequenos delitos patrimoniais." (1ª Turma - HC112262/MG -

Rel. Min. LUIZ FUX) No caso concreto dos autos, o apelante além de registrar maus antecedentes, é reincidente específico em crime patrimonial, fazendo do furto um meio de vida, não havendo como se acolher o referido benefício. Melhor sorte não lhe socorre o pleito desclassificatório. A prova dos autos é uníssona em afirmar a efetiva participação material da corre Georgete Gomes na subtração dos alimentos, a demonstrar a qualificadora do concurso de agentes, prevista no inc. IV do § 4º do art. 155 do C.P. No que tange ao pleito de compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão, este não merece acolhida. Apesar de se cuidar de questão conflitante junto ao E. STJ, o entendimento prelecionado pelo E. STF, é pacífico no sentido de que a agravante da reincidência prepondera sobre a atenuante da confissão (1ª TURMA - HC 96063/MS MIN. DIAS TOFFOLI -; 2ª TURMA - HC 108138/MS - MIN. JOAQUIM BARBOSA). Levando-se em conta o iter criminis percorrido, exaspera-se a redução em face da tentativa em 1/2 (metade), restando o apelante Valdeir Ferreira Coelho, condenado às penas de 01 (um) ano e 06 (seis) meses de reclusão e 07 (sete) dias-multa, mantida no mais a d. sentença monocrática. APELO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (APL 01707533620108190001 RJ 0170753-36.2010.8.19.0001 TJ/RJ; DES. ELIZABETE ALVES DE AGUIAR; Data de publicação: 31/10/2012)