



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

ELAINE DE ARAÚJO MOREIRA

**CULPABILIDADE POR VULNERABILIDADE:
FUNDAMENTOS PARA A REANÁLISE DA ATUAÇÃO DO PODER PUNITIVO
ESTATAL NOS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO**

Salvador

2018

ELAINE DE ARAÚJO MOREIRA

**CULPABILIDADE POR VULNERABILIDADE:
FUNDAMENTOS PARA A REANÁLISE DA ATUAÇÃO DO PODER PUNITIVO
ESTATAL NOS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Sebastian Borges de Albuquerque Mello.

Salvador

2018

ELAINE DE ARAÚJO MOREIRA

**CULPABILIDADE POR VULNERABILIDADE:
FUNDAMENTOS PARA A REANÁLISE DA ATUAÇÃO DO PODER PUNITIVO
ESTATAL NOS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Curso de Direito da Universidade Federal da
Bahia – UFBA, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovado em ____ de _____ 2018.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Sebastián Borges de Albuquerque Mello.
Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

Examinador: Fabiano Cavalcante Pimentel.
Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

Examinadora: Fernanda Ravazzano Lopes Baqueiro.
Pós- Doutora pela Universidade de Barcelona.
Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

Ao meu amado Jesus Cristo, autor e consumidor da
minha fé.

Porque Ele vive posso crer no amanhã.

MOREIRA, Elaine Araújo de. **Culpabilidade por Vulnerabilidade: Fundamentos para a Reanálise da Atuação do Poder Punitivo Estatal nos Crimes Contra o Patrimônio.** 2018. 69f. Trabalho de Conclusão de Curso– Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

RESUMO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso tem como objetivo a reanálise da atuação do poder punitivo estatal nos crimes contra o patrimônio por meio da teoria da culpabilidade por vulnerabilidade. A temática ainda é pouco abordada no Direito brasileiro, mas merece atenção diante da realidade de seletividade do sistema penal comprovada pelos dados carcerários, pelas leis que regulam os tipos penais em questão e pela jurisprudência. Para tanto, o presente trabalho, em um primeiro momento, apresentará o desenvolvimento das teorias da culpabilidade até as teoria mais modernas e a necessidade de analisá-la à luz da culpabilidade por vulnerabilidade, realizando, para isso, uma análise conceitual acerca do momento em que cada teoria prevaleceu e as repercussões no sistema penal. Em um segundo momento, realizar-se-á uma exposição acerca da seletividade do sistema penal que ocorre por meio dos processos de criminalização primária e criminalização secundária e a sua relação com os crimes contra o patrimônio. Por fim, far-se-á uma exposição acerca de decisões dos tribunais brasileiros em relação aos crimes em comento, demonstrando a necessidade de reavaliação no tratamento dado aos crimes contra o patrimônio, tanto em relação aos tipos e às sanções penais, quanto na aplicabilidade das leis pelas instâncias judiciais. Por meio do princípio da culpabilidade por vulnerabilidade, que preconiza a avaliação da situação do infrator da norma que regula os crimes contra o patrimônio, levando-se em consideração, inclusive, a omissão estatal e a conseqüente co-responsabilidade na infração, busca-se revestir a atuação do Estado-juiz de maior legitimidade. Por fim, destaca-se que o presente trabalho pretende aprofundar as reflexões sobre o tema, sem, contudo, exaurir as discussões.

Palavras-chave: Culpabilidade por vulnerabilidade. Crimes contra o patrimônio. Seletividade do sistema penal. Processos de criminalização.

MOREIRA, Elaine Araújo de. **Guilt by Vulnerability: Fundamentals for a Reanalysis of the Performance of Public Power in Crimes Against Patrimony**. 2018. 69f. Graduation Work. Law School, Federal University of Bahia, Salvador, 2018.

ABSTRACT

The purpose of this study is to reanalyze the performance of state punitive power in crimes against property through the theory of culpability for vulnerability. The subject is still little discussed in Brazilian law, but it deserves attention in view of the reality of selectivity of the penal system proven by the prison data, the laws that regulate the criminal types in question and the jurisprudence. In order to do so, the present work, in a first moment, will present the development of the theory of culpability to the most modern theory and the necessity of analyzing it in the light of the guilt by vulnerability, realizing, for this, a conceptual analysis about the moment in that each theory prevailed and the repercussions in the penal system. Secondly, an exposition will be held on the selectivity of the criminal system that occurs through the processes of primary criminalization and secondary criminalization and its relation to crimes against property. Finally, there will be an exposition about the decisions of the Brazilian courts in relation to the crimes in question, demonstrating the need for reevaluation in the treatment of crimes against property, both in relation to types and criminal sanctions, as well as in the applicability of laws by judicial bodies. Through the principle of culpability for vulnerability, which advocates evaluating the situation of the violator of the norm that regulates crimes against property, taking into account, even, the state omission and consequent co-responsibility in the infraction, it is sought the role of the State Judge of greater legitimacy. Finally, it should be emphasized that the present work intends to deepen the reflections on the theme, without, however, exhausting the discussions.

KEYWORDS: Vulnerability guilty. Crimes against patrimony. Selectivity of the criminal system. Criminalization processes.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 CULPABILIDADE POR VULNERABILIDADE	10
2.1 DESENVOLVIMENTO DAS TEORIAS DA CULPABILIDADE	10
2.2 DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DO CONCEITO DE CULPABILIDADE	11
2.2.1 Teoria Psicológica da Culpabilidade	12
2.2.2 Teoria Psicológico-Normativa da Culpabilidade	13
2.2.3 Teoria Normativa da Culpabilidade	14
2.2.4 Teoria funcionalista da culpabilidade	16
2.3 PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE: A INEFICIÊNCIA DO ESTADO NA DISTRIBUIÇÃO DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS NO ÂMBITO PENAL	20
2.4 INTRODUÇÃO À CULPABILIDADE POR VULNERABILIDADE	24
2.5 CULPABILIDADE POR VULNERABILIDADE: UMA NOVA PERSPECTIVA SOBRE A CULPABILIDADE	28
3 A SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL E OS PROCESSOS DE CRIMINALIZAÇÃO NOS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO	34
3.1 CRIMINALIZAÇÃO PRIMÁRIA.....	42
3.2 CRIMINALIZAÇÃO SECUNDÁRIA.....	46
4 REALIDADE BRASILEIRA NO TRATAMENTO DOS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO	50
4.1 OS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	50
4.2 OS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA	55
4.3 DA CULPABILIDADE POR VULNERABILIDADE NOS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO E DIREITO PENAL MÍNIMO	59
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	64
REFERÊNCIAS	66

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca uma análise acerca da atuação estatal nos crimes contra o patrimônio, partindo-se da realidade da seletividade do sistema penal que alcança os indivíduos mais vulneráveis nesse tipo de criminalidade, através dos processos de criminalização primária e secundária.

O Direito Penal despontou como resultado do fenômeno social existente em todas as sociedades formadas por seres humanos: a prática de delitos. Não há como presumir a existência de interações entre indivíduos em que não haja conflitos. Alguns desses conflitos, no entanto, são enquadrados na categoria de delito, pois atingem um núcleo essencial denominado de bem jurídico.

Esse ramo do direito, sob a pretensão de exercer controle social capaz de permitir a manutenção da convivência em sociedade, separou determinados valores considerados de maior relevância para serem protegidos por meio de sanção mais rígida. Daí manifesta-se o caráter fragmentário do Direito Penal.

Ocorre que o que se verifica no Direito Penal é uma seletividade insita ao sistema, demonstrando que há um objetivo declarado, que se resume ao papel adotado pelo sistema penal em exercer o controle social por meio da tipificação de condutas lesivas à sociedade e, em consequência, punir em *ultima ratio* os agentes que violam os preceitos por ela descritos. E um objetivo não declarado, que consiste em punir condutas específicas, geralmente praticadas por indivíduos de classes mais subalternas. A realidade social, demonstrada no presente trabalho a partir dos dados do sistema prisional, da população carcerária, da doutrina e jurisprudência, evidenciam essa realidade: o sistema penal tende a punir apenas determinadas condutas que, por suas características, costumam ser praticadas por indivíduos pertencentes a determinada classe social e de um certo perfil estigmatizado.

Esse fato não revela a existência de um perfil de criminoso, muito pelo contrário, revela a existência de um processo de criminalização que alcança apenas alguns.

É nesse ponto que fica claro a questão da seletividade do sistema penal: a existência de processos de criminalização.

A desigualdade também constitui-se em uma marca da sociedade que reflete diretamente no Direito Penal. As oportunidades não são distribuídas igualmente e as garantias constitucionalmente previstas não recaem sobre todos, em total dissonância ao que preconiza o princípio da igualdade. Essa realidade limita a capacidade de autodeterminação do indivíduo privado de direitos básicos (alimentação, saúde, segurança, moradia, etc.). Não é possível analisar o comportamento de indivíduos sem levar em consideração os limites impostos pela privação ao mínimo existencial, principalmente nos crimes patrimoniais, em razão das características do delito.

Esse resultado envolve os processos de criminalização primária (descrição do tipo penal) e criminalização secundária (aplicação da lei penal). A criminalização primária está relacionada à seletividade do sistema penal no primeiro nível. É esse o momento em que o legislador escolhe qual conduta merece a proteção do Direito Penal e conseqüentemente a mais severa das punições em um Estado regido pelo direito. Os crimes contra o patrimônio, nessa fase, recebem destacada atenção, com previsões de sanções rígidas com penas altas e desproporcionais.

A criminalização secundária, por sua vez, demonstra a seletividade do sistema penal na prática, pois no nível da abstração das leis a seletividade ainda não está totalmente clara. Na criminalização secundária, percebe-se a quem o poder punitivo do estado alcança de fato e é o momento em que é possível observar que os crimes contra o patrimônio são o alvo principal dos órgãos judiciais.

Diante disso, objetiva-se a reanálise da atuação estatal tanto na criação dos tipos penais dessa natureza quanto no momento de aplicação das normas.

Por esse motivo, o estudo realizado nesse trabalho mostra-se pertinente, atual e importante para revelar a realidade do sistema penal e demonstrar a necessidade de reavaliação do tratamento conferido aos crimes dessa natureza.

2 CULPABILIDADE POR VULNERABILIDADE

2.1 DESENVOLVIMENTO DAS TEORIAS DA CULPABILIDADE

A culpabilidade é um dos conceitos mais polêmicos e debatidos da teoria do delito¹. Apresenta-se em Direito Penal, geralmente, com triplo sentido, quais sejam: culpabilidade como fundamento da pena, culpabilidade como elemento de determinação ou medição da pena e, por fim, culpabilidade vista como conceito contrário à responsabilidade objetiva.²

A culpabilidade como fundamento da pena “refere-se ao fato de ser possível ou não a aplicação de uma pena ao autor de um fato típico e antijurídico, isto é, proibido em lei penal”³ Nos dizeres de Zaffaroni e Pierangeli⁴ seria a reprovabilidade do injusto ao autor. O motivo da reprovação consiste em o autor não ter se motivado de acordo com a norma, sendo-lhe exigível motivar-se nela. Dessa forma, “uma conduta típica e antijurídica é culpável quando é reprovável ao autor a realização desta conduta porque não se motivou na norma, sendo-lhe exigível, nas circunstâncias em que agiu, que nela se motivasse”⁵. Um exemplo trazido pelos autores é o de um sujeito com certo grau de instrução e posição social que furta um anel em uma relojoaria, tal fato ocorreu sem que ninguém o obrigasse ou ameaçasse a praticá-lo ou, ainda, sem que o autor da ação apresentasse qualquer doença mental. Como nada o impedia a agir conforme a norma, o referido ato é reprovável⁶.

Já a culpabilidade como elemento de determinação da pena nada mais é que o limite desta. Nesse caso, a culpabilidade determina que a pena seja aplicada de acordo com os seus limites, impedindo, assim, o arbítrio do Estado na sua imposição⁷.

¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 539.

² BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral, 1**. 17. ed. São Paulo : Saraiva, 2012, p.947.

³ Ibidem, p.946.

⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 539.

⁵ Ibidem, p. 539.

⁶ Ibidem, p. 539.

⁷ BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral, 1**. 17. ed. São Paulo : Saraiva, 2012, p.945.

O último sentido de culpabilidade abordado acima – culpabilidade como conceito contrário à responsabilidade objetiva – tem por objetivo justamente tornar a responsabilidade do agente subjetiva, posto que, a princípio, a responsabilidade era imputada levando-se em conta apenas o resultado⁸. Esse tipo de responsabilidade não cabe mais no Direito Penal, e como pontua Bitencourt⁹, já foi praticamente erradicada do Direito Penal contemporâneo. Vige, atualmente, o princípio *nullum crimen sine culpa*.

O princípio da culpabilidade, em suas três vertentes, manifesta importante papel de garantia ao acusado, impedindo o abuso do Estado-juiz no exercício de suas prerrogativas.

2.2 DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DO CONCEITO DE CULPABILIDADE

O conceito de culpabilidade apresentou sentidos diversos ao longo do tempo, resultado da sua evolução doutrinária.

Dentro do pensamento sistemático da dogmática jurídico-penal, o delito é atribuído ao agente quando estão presentes determinados atributos. Como dito anteriormente, além da tipicidade e da antijuridicidade, para que haja a configuração do delito, necessário se faz o enquadramento na culpabilidade¹⁰. Os dois primeiros elementos do delito não serão analisados de forma pormenorizada, pois o objetivo é esclarecer o conceito de culpabilidade a fim de formular as bases necessárias ao estudo da culpabilidade por vulnerabilidade. Dessa forma, assinalamos apenas que primeiro deve-se analisar se há a tipicidade do ato, sendo positivo, passa-se a análise da antijuridicidade do ato e, se houver, aí então analisamos a culpabilidade, que, como dito no início do tópico, apresentou diversos sentidos ao longo do tempo, ou como preleciona Zaffaroni e Pierangeli¹¹, “o conceito normativo de culpabilidade é o resultado de uma longa evolução doutrinária, que termina por voltar aos princípios Aristotélicos”.

Para Bitencourt¹², os antecedentes da teoria da culpabilidade, em sua forma

⁸ Ibidem, p. 947.

⁹ Ibidem, p.115.

¹⁰ Ibidem, p. 949 -950.

¹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 540

¹² BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**, 1. 17. ed. rev. ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. – São Paulo : Saraiva, 2012, p.953.

elementar, remontam ao Direito Penal italiano da Baixa Idade Média, no entanto, a sistematização do seu conceito permeia o século XIX com a distinção trazida por Von Liszt entre antijuridicidade e culpabilidade, distinção essa de grande importância para a dogmática jurídico-penal. Essa transformação sistemática, explica o autor, ocorreu no momento em que havia a predominância do método positivista no âmbito das ciências sociais, o que contribuiu para o surgimento da teoria psicológica da culpabilidade.

2.2.1 Teoria Psicológica da Culpabilidade

Por essa teoria, a culpabilidade “é a relação subjetiva entre o autor e o fato”¹³, ou seja, é o vínculo psicológico existente que faz com que o autor esteja diretamente ligado ao resultado que foi produzido a partir da sua conduta, não havendo qualquer elemento normativo.

Bitencourt¹⁴ ensina que o dolo e a culpa na teoria psicológica estão inseridos na culpabilidade e não na tipicidade, como ocorre no entendimento atual sobre o tema. Mais que isso, a culpabilidade era o próprio dolo e culpa, tendo em vista que nenhuma outra espécie compunha o instituto. Até a imputabilidade, que era mais aproximado da culpabilidade, não era tido por elemento desta, mas apenas como pressuposto. Dessa forma, em sua concepção original, a culpabilidade somente poderia ser afastada diante da existência de causas capazes de eliminar esse vínculo psicológico.

A teoria psicológica foi dominante durante parte do século XIX e parte do século XX¹⁵. Apesar de inovadora quanto à sistematização (já que alguns conceitos por ela trazidos, como por exemplo, o dolo, remonta aos romanos¹⁶) manifesta-se insuficiente em alguns aspectos. A teoria não consegue explicar, por exemplo, a culpa inconsciente. Encontra problemas também quanto à imputabilidade. O doente mental, por exemplo, age com uma relação psicológica, de modo que não é possível

¹³ BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**, 1. 17. ed. São Paulo : Saraiva, 2012, p.955.

¹⁴ Ibidem, p. 955.

¹⁵ Ibidem, p.956.

¹⁶ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 219.

negar a existência do delito em sua conduta¹⁷ e a tentativa de colocá-la como pressuposto da culpabilidade não é justificável, posto que, via de regra, o doente mental age com capacidade psicológica para o dolo.

Damásio de Jesus¹⁸ salienta, ainda, que a culpabilidade é um elemento normativo e, por isso, todos os seus elementos também deveriam ser normativos. Além disso, o dolo é um fator psicológico, mas que sofre um juízo de reprovação, não devendo, portanto, fazer parte da culpabilidade.

Diante das limitações apresentadas, a teoria psicológica da culpabilidade cedeu lugar a uma outra teoria que começou a despontar, a teoria psicológico-normativa da culpabilidade.

2.2.2 Teoria Psicológico-Normativa da Culpabilidade

A teoria psicológico-normativa também é conhecida como teoria normativa da culpabilidade e foi fundada por Reinhard Frank que passou a concebê-la como reprovabilidade. No entanto, o dolo e a culpa continuaram a integrar o seu conceito. Ele defendia que a culpabilidade não se encerrava no dolo e na culpa, tendo constatado isso ao perceber que havia condutas dolosas, mas que, apesar disso, que não eram culpáveis¹⁹. Damásio de Jesus²⁰ traz o exemplo clássico do sujeito que mata em estado de necessidade, este age dolosamente, apesar disso, a conduta não é culpável, pois diante da inexigibilidade de outro comportamento, não se torna reprovável. Dessa forma, conclui-se que independente da conduta culposa ou dolosa, a culpabilidade é caracterizada também pela reprovabilidade.

A partir da teoria psicológico-normativa, a culpa e o dolo deixaram de ser conceito de culpabilidade, passando a elementos desta.

A culpabilidade é vista agora como algo que se encontra fora do agente e não mais um vínculo entre este e o fato. Então, ao invés de o agente portar a culpabilidade em seu psiquismo, como previa a teoria anterior, ele passa a ser objeto

¹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. P 541.

¹⁸ JESUS, Damásio de. **Direito Penal, volume 1: parte geral**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p 505.

¹⁹ BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral, 1**. 17. ed. São Paulo : Saraiva, 2012, p.960.

²⁰ JESUS, Damásio de. **Direito Penal, volume 1: parte geral**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 504.

de um juízo de culpabilidade, que é emitido pela ordem jurídica²¹.

Resumindo, os elementos da culpabilidade de acordo com essa teoria, passam a ser: 1) imputabilidade; 2) elemento psicológico-normativo – dolo e culpa; e 3) exigibilidade de conduta diversa.²²

A teoria sofreu diversas críticas, a principal, por considerar o dolo como elemento psicológico, mas também normativo. Esse dolo híbrido, como denomina Bitencourt²³, não é compatível com a culpabilidade, posto que “se a culpabilidade é um fenômeno normativo, seus elementos devem ser normativos”.²⁴ Apesar das limitações da teoria, Zaffaroni e Pierangeli²⁵ ressaltam a importância da concepção de Frank ao considerar que o dolo não era desvalorado, o que permitiu, trinta anos depois, localizar o dolo de maneira mais coerente, ou seja, dentro da teoria do tipo “sem que a culpabilidade normativa sofresse mais do que a depuração de seus elementos estranhos”.

2.2.3 Teoria Normativa da Culpabilidade

A teoria normativa pura está relacionada à teoria finalista da ação e é considerada por alguns doutrinadores, dentre eles Zaffaroni e Pierangeli²⁶, como o ápice da teoria da culpabilidade.

Essa teoria é assim considerada porque retira o dolo da culpabilidade, colocando-o no tipo penal. Dessa forma, todos os elementos subjetivos foram retirados do conceito de culpabilidade, restando apenas os elementos de reprovabilidade da conduta, por esse motivo denomina-se de teoria “pura”. Outra importante alteração é a retirada da consciência de ilicitude do dolo, transferindo-o à culpabilidade²⁷.

²¹ BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**, 1. 17. ed. São Paulo : Saraiva, 2012, p. 965.

²² JESUS, Damásio de. **Direito Penal, volume 1: parte geral**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 506.

²³ BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**, 1. 17. ed. São Paulo : Saraiva, 2012, p. 260.

²⁴ *Ibidem*, p. 506.

²⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 542.

²⁶ *Ibidem*, p. 542.

²⁷ BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**, 1. 17. ed. São Paulo : Saraiva, 2012, p. 965-966.

Bitencourt²⁸ afirma que a culpabilidade pode ser resumida como a reprovação pessoal feita contra o autor de um fato contrário ao Direito, sendo que ao realizar esse fato, o autor havia podido atuar de modo diferente do que fez. Para esclarecer, retomando ao conceito de antijuridicidade, esta seria uma ação que se expressa em desconformidade com o disposto no ordenamento jurídico, mais especificamente, com a norma penal. A culpabilidade, por sua vez, não é a reprovação em relação a um ato contrário ao direito, mas uma reprovação pessoal ao agente que poderia agir de modo contrário à sua vontade típica e antijurídico. É poder agir conforme o direito, em lugar de agir conforme a sua vontade antijurídica.

Enfim, consideram-se elementos da culpabilidade na teoria normativa pura da culpabilidade, trazidos resumida e esquematicamente por Damásio de Jesus²⁹, os seguintes: 1) imputabilidade; 2) possibilidade de conhecimento do injusto (potencial consciência da ilicitude); e 3) exigibilidade de conduta diversa. E, para deixar fixada a proposta da teoria normativa pura, o autor ressalta que os elementos acima dispostos são puros juízos de valor, estando excluído qualquer fator psicológico.

É importante destacar, inclusive levando-se em consideração a abordagem que será feita sobre a culpabilidade por vulnerabilidade, que o juízo de reprovabilidade tão enfatizado pela teoria normativa pura, que é a teoria predominante na atualidade, tem em vista o agente, mas necessariamente em razão da conduta por ele praticada. Então, de acordo com a teoria, o foco é a ação do agente e não o agente em si. Há a culpabilidade do ato e não do autor³⁰.

Para deixar claro a diferença, trazemos um exemplo dado por Zaffaroni e Pierangeli³¹ sobre o que seria a culpabilidade de autor. Imaginemos um homem que comete homicídio e é um sujeito de maus hábitos e reações violentas e imoderadas, esse homem será mais culpável do que se esse mesmo homicídio for cometido por alguém que não tem esse tipo de razões. Desta forma, o primeiro caso é mais reprovável que o segundo, levando-se em conta a personalidade do autor e não o delito por ele cometido. Portanto, na culpabilidade de autor é reprovável a personalidade do autor e não a sua conduta, mas, como bem pontua os autores,

²⁸ Ibidem, p. 976.

²⁹ JESUS, Damásio de. **Direito Penal, volume 1: parte geral**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 507.

³⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 545.

³¹ Ibidem, p. 545.

“resta-nos, agora, reafirmar que nosso direito penal, como direito penal de ato que é, é direito penal com culpabilidade de ato e não direito penal com culpabilidade de autor.”.

Bitencourt (2012, p. 969) também faz importante consideração sobre o assunto:

Toda vez que perdemos de vista uma certa objetividade, ou seja, o fato em si, e nos detivermos fundamentalmente no autor do fato, surge a possibilidade bastante grande de aumentar o arbítrio estatal, ocorrendo um enfraquecimento das garantias individuais.

Então, a fim de evitar possíveis arbítrios, adotou-se a culpabilidade de autor, que conforme será visto posteriormente, ainda guarda resquícios da culpabilidade de ato.

2.2.4 Teoria funcionalista da culpabilidade

Conforme visto anteriormente, a teoria do delito encontrou um importante ponto de evolução: a retirada dos elementos subjetivos da concepção de culpabilidade.³² A partir da teoria finalista da ação chegou-se ao entendimento de que a culpabilidade é “aquele juízo de reprovação dirigido ao autor por não haver obrado de acordo com o Direito, quando lhe era exigível uma conduta em tal sentido.”³³

Ocorre que, apesar da importância da teoria para a dogmática jurídico-penal, já que o finalismo revela-se como uma teoria que busca valorizar o homem enquanto portador de direitos fundamentais ³⁴, ela traz alguns problemas em sua concepção, pois deixa em aberto muitas questões.

A construção da teoria finalista baseado no livre arbítrio, ou seja, no poder atuar de outro modo, não leva em consideração as questões de política criminal necessárias ao assunto³⁵.

³² BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**, 1. 17. ed. São Paulo : Saraiva, 2012, p.975.

³³ Ibidem, p. 997.

³⁴ MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. **O Conceito Material de Culpabilidade: O Fundamento da Imposição da Pena a um Indivíduo Concreto em face da Dignidade da Pessoa Humana**. Salvador: JusPODVM, 2009, p. 174.

³⁵ Ibidem, p. 169.

Ademais, não é possível demonstrar empiricamente o “poder agir de outro modo”³⁶. Nesse sentido, a reprovação de culpabilidade passou, de acordo com as concepções pós-finalistas, de o “poder de agir de outro modo”, para “poder geral de atuar de outro modo”³⁷. Com isso, a reprovação da culpabilidade deslocou-se para os critérios de “homem médio”, a partir da indagação de qual seria a atitude de um homem médio nas circunstâncias em que o autor do delito se encontrava e aí então se fazer um juízo de reprovabilidade³⁸. No entanto, esse juízo de valor não resolve o problema, pois compromete a função individualizadora da pena³⁹.

Nesse sentido, preleciona Mello (2009, p.175):

Deve-se concordar, também, que a expressão “reprovabilidade” pode guardar consigo certo viés moralizante, em que o sujeito é julgado pela sua “maldade” interna (que acaba sendo o sentido conferido pela sociedade em geral, cujos membros associam a ideia de pena muito mais à ideia de castigo do que de prevenção).

Por esse motivo, diante das limitações da teoria, despontou no cenário da teoria do delito o conceito funcional de culpabilidade, cujo os principais expoentes são Roxin e Jakobs. O conceito funcional de culpabilidade está relacionada à justificação social da pena⁴⁰ e refere-se à culpabilidade e prevenção, relação que confere maior legitimidade ao sistema criminal⁴¹.

Para Roxin, a relação entre culpabilidade e prevenção reúne-se na ideia de responsabilidade⁴². Nesse sentido, o terceiro atributo do delito seria a categoria sistemática da responsabilidade em lugar da culpabilidade.

A teoria é explicada por Sebastian Mello⁴³ como uma teoria dialética onde a culpabilidade já não é mais um conceito autônomo, mas um conceito integrado à concepção de responsabilidade. A responsabilidade, por sua vez, seria o juízo de

³⁶ Ibidem, p. 174.

³⁷ BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**, 1. 17. ed. São Paulo : Saraiva, 2012, p. 1005.

³⁸ Ibidem, p. 1005.

³⁹ MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. **O Conceito Material de Culpabilidade: O Fundamento da Imposição da Pena a um Indivíduo Concreto em face da Dignidade da Pessoa Humana**. Salvador: JusPODVM, 2009, p. 174.

⁴⁰ BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**, 1. 17. ed. São Paulo : Saraiva, 2012, p. 1008.

⁴¹ MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. **O Conceito Material de Culpabilidade: O Fundamento da Imposição da Pena a um Indivíduo Concreto em face da Dignidade da Pessoa Humana**. Salvador: JusPODVM, 2009, p. 231.

⁴² Ibidem, p. 231.

⁴³ Ibidem, p.232.

valoração que pode tornar um sujeito penalmente responsável, sendo os requisitos dessa responsabilidade a culpabilidade e a necessidade preventiva da pena (deduzida da lei). Dessa forma, apenas a existência da culpabilidade na terceira categoria do crime não seria suficiente para a responsabilização do agente. Crime seria, nesse conceito, o fato típico, antijurídico e a responsabilização, sendo esse último aferível pela culpabilidade e necessidade de prevenção, em considerável alteração da estrutura da teoria do delito.

Sobre a culpabilidade como uma categoria não mais autônoma, Mello (2009, p. 233) explica:

Cumpramos ressaltar que, para Roxin, a necessidade preventiva não substitui o requisito de culpabilidade nem o converte numa função sua. Prevenção e culpabilidade são requisitos distintos, os quais se limitam mutuamente, sendo que a necessidade preventiva constitui-se num requisito adicional à responsabilidade, como garantia suplementar do cidadão contra o excesso punitivo do Estado, e representa uma alternativa à ideia de pena retributiva e seu caráter moralizante.

A necessidade preventiva da pena é incluída como requisito da responsabilidade porque, para Roxin, a culpa não justifica a pena por si só. Isto apenas seria possível caso fosse adotada uma concepção retributivista da pena, incompatível com um Direito Penal cuja missão é a proteção subsidiária de bens jurídicos [...].

Bitencourt⁴⁴ resume o funcionalismo como uma categoria mista empírico-normativa que, com o apoio de outras categorias do saber: biologia, psicologia, psiquiatria, entre outras ciências, torna possível constatar empíricamente a capacidade do agente infrator em autodeterminar-se de acordo com a norma. Através da imputabilidade e possibilidade de conhecimento da ilicitude, com base na afirmação do primeiro e a ausência de invencibilidade do erro de proibição, confere-se, normativamente, a possibilidade da conduta de acordo com o Direito.

Ademais, a teoria funcionalista, nessa visão, recai tanto na prevenção geral quanto na prevenção especial. No entanto, “assim como a culpabilidade é limitada pela necessidade preventiva (pois não há responsabilidade penal se não houver necessidade preventiva, mesmo que haja culpabilidade), as necessidades preventivo-gerais não podem ultrapassar a medida da culpa”.⁴⁵

⁴⁴ BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**, 1. 17. ed. São Paulo : Saraiva, 2012, p. 1010.

⁴⁵ MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. **O Conceito Material de Culpabilidade: O Fundamento da Imposição da Pena a um Indivíduo Concreto em face da Dignidade da Pessoa Humana**. Salvador: JusPODVM, 2009, p. 237.

Para Günther Jakobs a pena tem a função primordial de estabilização de conflitos. A violação da norma penal gera conflitos sociais que somente a pena é capaz de solucionar através do resgate da confiança normativa.⁴⁶

Jakobs também parte de uma idéia funcionalista da pena, no entanto, numa relação mais intensa, “de modo que o conteúdo material da culpabilidade se vê eclipsado pelas necessidades preventivas”⁴⁷. De acordo com Bitencourt⁴⁸, a culpabilidade em Jakobs alcançou o grau mais alto de funcionalização às necessidades preventivo-gerais da pena.

Nesse sentido, Sebastian Mello⁴⁹ esclarece que Jakobs desenvolveu uma teoria da imputação partindo do ponto de vista da função preventiva da pena, que tem por finalidade a estabilização da norma através da punição do sujeito que culpavelmente se comportou contrário a ela e, por consequência, desestabilizou as expectativas normativas de fidelidade ao direito. Nesta senda, o autor faz a seguinte consideração:

No funcionalismo de Jakobs, portanto, há uma necessidade de fidelidade ao direito para a satisfação das expectativas normativas, e o juízo de culpabilidade permite selecionar, entre as condições de fato que fraudaram a expectativa normativa, aquela que corresponde à necessidade de imposição da pena para estabilização das expectativas normativas: a motivação defeituosa do autor, que justifica a imputação do fato ao sujeito⁵⁰.

Isto é, a pena se justifica em razão de uma reação social ao conflito normativo, que por um lado, desconfirma o sentido do comportamento do infrator e, por outro, reafirma o comportamento determinado pela norma⁵¹.

No entanto, a teoria defendida por Jakobs causa excessiva formalização do conceito de culpabilidade o que gera uma instrumentalização do indivíduo, posto que as expectativas sociais em torno da estabilização por ele proclamada são difíceis de controlar e limitar de maneira racional, não sendo, portanto, a melhor

⁴⁶ Ibidem, p. 244.

⁴⁷ Ibidem, p. 244.

⁴⁸ BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**, 1. 17. ed. São Paulo : Saraiva, 2012, p. 1013.

⁴⁹ MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. **O Conceito Material de Culpabilidade: O Fundamento da Imposição da Pena a um Indivíduo Concreto em face da Dignidade da Pessoa Humana**. Salvador: JusPODVM, 2009, p 245.

⁵⁰ Ibidem, p. 246.

⁵¹ Ibidem, p. 245.

resposta para fundamentar o conceito de culpabilidade⁵².

Posto isto, concluímos o panorama geral das teorias da culpabilidade. O objetivo da abordagem de cada teoria foi o de demonstrar a evolução do conceito e como ele apresentou conteúdos e limites diferentes ao longo da história do Direito Penal. Dessa forma, percebe-se que o conceito de culpabilidade pode apresentar novos delineamentos ainda hoje, acrescentando saber ao que já foi desenvolvido até então.

Assim sendo, está apresentado os fundamentos necessários ao avanço do que vem a ser a culpabilidade por vulnerabilidade que apresenta como passo anterior ao seu entendimento a co-culpabilidade que, por sua vez, analisa o Direito Penal sob a perspectiva dos direitos garantidos constitucionalmente e a co-responsabilidade do estado ao infringir no dever de efetivá-los. Passemos ao seu estudo.

2.3 PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE: A INEFICIÊNCIA DO ESTADO NA DISTRIBUIÇÃO DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS NO ÂMBITO PENAL

O Direito Penal brasileiro está norteado pelos princípios constitucionais⁵³, isso significa que tanto no momento da descrição de uma conduta como crime, ou seja, na tipificação de um ato, quanto na aplicação e execução da lei penal, haverá a preocupação em seguir os preceitos estabelecidos na Lei Maior.

De acordo com Bitencourt⁵⁴ isso significa “submeter o exercício do *ius puniendi* ao império da lei ditada de acordo com as regras do consenso democrático, colocando o Direito Penal a serviço dos interesses da sociedade”. Os princípios que regulam esse ramo do direito constituem-se, por conseguinte, em importante garantia do cidadão perante o poder punitivo estatal⁵⁵.

Dentre os princípios previstos constitucionalmente, encontra-se o princípio da igualdade, que conforme dispõe o *caput* do art. 5º da Constituição Federal de 1988

⁵² BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**, 1. 17. ed. São Paulo : Saraiva, 2012, p. 1014-1015.

⁵³ MOURA, Grégore Moreira de. **Do Princípio da Co-Culpabilidade no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, p. 22.

⁵⁴ BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**, 1. 17. ed. São Paulo : Saraiva, 2012, p. 70.

⁵⁵ MOURA, Grégore Moreira de. **Do Princípio da Co-Culpabilidade no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, p 87.

“todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”, ou seja, a todos os cidadãos é garantido o direito de tratamento jurídico idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico⁵⁶. No entanto, não podemos analisar o princípio da igualdade somente no plano da lei, isto é, buscar apenas a igualdade formal, sob pena de recair em desigualdades fáticas. Essa é a grande questão do princípio da igualdade, pois o legislador deve buscar não só a igualdade formal, mas também a igualdade material, o que nem sempre ocorre e daqui advém as críticas à seletividade e à visão ideológica do Direito Penal, o qual atenderia à igualdade formal, mas não à igualdade material⁵⁷.

Como o Direito Penal não pode ser lido em dissonância com os princípios constitucionais, é relevante a apredizagem do princípio da co-culpabilidade, posto que busca compatibilizar esse ramo do direito ao princípio da igualdade esculpido no texto constitucional.

A teoria da co-culpabilidade ainda é pouco discutida na doutrina e na jurisprudência, mas é de considerável relevância pois faz uma abordagem do Direito Penal sob o ponto de vista social, observando as consequências da aplicação da lei penal.

O princípio da co-culpabilidade leva em consideração o âmbito de determinação do indivíduo que praticou o delito⁵⁸ e a co-responsabilidade do Estado na amplitude desse âmbito de determinação, ou seja, o quanto o Estado contribuiu na situação fática do sujeito ativo de certos crimes. Moura (2006, p. 57) define da seguinte maneira:

O princípio da co-culpabilidade é um princípio constitucional implícito que reconhece a co-responsabilidade do Estado no cometimento de determinados delitos, praticados por cidadãos que possuem menor âmbito de determinação diante das circunstâncias do caso concreto, principalmente no que se refere às condições sociais e econômicas do agente, o que enseja menor reprovação social, gerando consequências práticas não só na aplicação da pena, mas também no processo penal.

Para Zaffaroni e Pierangeli,⁵⁹ todo sujeito age numa circunstância

⁵⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p.50.

⁵⁷ MOURA, Grégore Moreira de. **Do Princípio da Co-Culpabilidade no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, p. 25.

⁵⁸ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 71.

⁵⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 547.

determinada com um âmbito de autodeterminação também determinado, então, seja qual for a ação praticada por um indivíduo, há fatores externos que condicionam o leque de escolhas a serem seguidas.

O indivíduo que cresce e vive em um ambiente social que lhe garante acesso aos direitos fundamentais à educação, serviços de saúde adequados, à moradia digna, à segurança, a emprego, não tem as mesmas oportunidades daquele que vive em condições opostas, sem moradia ou moradia precária, que não possui emprego e nem qualificação para consegui-lo e tantas outras privações que limitam a capacidade de autodeterminação destes.

É certo que o Estado depende de recursos para garantir a prestação dos direitos em questão, é o que preconiza o princípio da reserva do possível⁶⁰ e que não pode deixar de ser considerado, no entanto, há um “núcleo essencial”, tratado pela doutrina como mínimo existencial⁶¹, que deve ser efetivado, pois constitui-se em condições mínimas de vida digna. Torres⁶² afirma que “sem o mínimo necessário à existência, cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais de liberdade. A dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo [...]”. Nas palavras de Canotilho (2001, p.503) :

Das várias normas sociais, econômicas e culturais é possível deduzir-se um princípio jurídico estruturante de toda a ordem econômico-social portuguesa: todos (princípio da universalidade) têm um direito fundamental a um núcleo básico de direitos sociais (*minimum core of economic and social rights*) na ausência do qual o estado português deve se considerar infractor das obrigações jurídico sociais constitucional e internacionalmente impostas.

Então o Estado também torna-se infrator quando deixa de cumprir os deveres que lhe são impostos.

A teoria da co-culpabilidade consiste, portanto, em atribuir ao Estado parcela da responsabilidade em infrações penais cometidas por cidadãos colocados à margem de direitos essenciais, como direito à moradia, educação, emprego e saúde,

⁶⁰ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional administrativo**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 177.

⁶¹ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **O mínimo existencial e o princípio da reserva do possível**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 445.

⁶²TORRES, Ricardo Lobo. **A cidadania multidimensional na Era dos direitos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 266 e 267.

fazendo com que incida sobre estes um grau de reprovabilidade menor, levando-se em consideração a condição desigual e a redução da capacidade de autodeterminação limitada pela realidade de vida daqueles que não tiveram acesso a esses direitos fundamentais⁶³. Batista (2007, p. 105) considera a co-culpabilidade da seguinte forma:

Trata-se de considerar, no juízo de reprovabilidade, que é a essência da culpabilidade, a concreta experiência social dos réus, as oportunidades que se lhes depararam e a assistência que lhes foi ministrada, correlacionando sua própria responsabilidade a uma responsabilidade geral do Estado que vai impor-lhe a pena[...]

É importante ressaltar que a ideia não é considerar o Estado criminoso, referimo-nos a uma divisão, uma responsabilidade conjunta. Não seria razoável que o Estado, ao comprometer-se a oferecer aos seus cidadãos direito à vida, igualmente a um e a outro, direito à saúde adequada, igualmente a um e a outro, a educação de qualidade, igualmente a um e a outro, deva se responsabilizar quando a um é oferecido tais direitos e a outros é negado? Deve-se convir que a capacidade de autodeterminação desses indivíduos não é a mesma, como preleciona Zaffaroni⁶⁴ sobre o assunto, “[...] interagimos socialmente como autodeterminados e é verificável que cada pessoa em diferentes circunstâncias concretas dispõe somente de certo catálogo de possíveis condutas”. Nesse sentido, o catálogo de possíveis condutas daqueles que estão privados de direitos mínimos é menor e reflete diretamente na sua capacidade de autodeterminação.

Apesar da realidade apontada, Zaffaroni⁶⁵ esclarece que a situação do autor do crime não é o único critério a ser analisado, sob o risco de incorrer no erro de considerar que a pobreza é a causa de todos os delitos, de fato não é, deve-se considerar também a situação concreta de vulnerabilidade que este indivíduo se encontra, por isso é imprescindível o estudo a seguir realizado sobre culpabilidade por vulnerabilidade, pois possibilita uma maior compreensão desse fenômeno. No entanto, não devemos nos esquecer ou minimizar o impacto que em determinados crimes, como nos crimes patrimoniais, por exemplo, a omissão do Estado na

⁶³ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro. Renavan, 2007, p. 105.

⁶⁴ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Culpabilidade por Vulnerabilidade**. Revista Discursos Sediciosos n. 14. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p.10 . Disponível em:<http://www.freixinho.adv.br/artigos/descricao.php?id_publicacoes=14>. Acesso em: 29 de maio de 2018.

⁶⁵ Ibidem, p.11.

distribuição das garantias mínimas a uma existência digna assume.

2.4 INTRODUÇÃO À CULPABILIDADE POR VULNERABILIDADE

A culpabilidade por vulnerabilidade é uma teoria construída e desenvolvida por Eugenio Raúl Zaffaroni⁶⁶.

A teoria trata sobre o assunto culpabilidade levando-se em consideração a realidade da seletividade do Direito Penal.

Apesar da construção teórica e dogmática sobre a culpabilidade rechaçar, ao longo do tempo, a idéia de culpabilidade de autor, Zaffaroni⁶⁷ parte do ponto de vista de que ela ainda existe, mesmo que não seja aquela culpabilidade de autor como foi formulada inicialmente (periculosidade e culpabilidade do autor propriamente dita). Mas dentro das bases da culpabilidade de ato (explicada no capítulo anterior) é possível perceber a existência de uma culpabilidade que também leva em conta a personalidade, percebe-se que “embora a lei respeite a legalidade e o direito penal exija seu cumprimento estrito, o exercício do poder punitivo sempre é de autor, por inevitáveis razões estruturais.”⁶⁸

Nesse sentido, Zaffaroni (2004, p.10) explica:

Não resta dúvida de que na culpabilidade pelo ato também se levará em conta a personalidade, porém em um sentido diferente e inverso, pois se reprovará o que fez em função de seu catálogo de possíveis condutas condicionadas por sua personalidade (na culpabilidade de autor reprova-se a personalidade, da qual seu ato é somente um sintoma). Na culpabilidade de ato é reprovado o ilícito em função de sua personalidade e das circunstâncias; na de autor é reprovado o que ele é em função do injusto.

Ou seja, ainda que de modo inverso, a culpabilidade de ato não está desprovida do fator “personalidade do autor” na sua formulação, como pretendeu as teorias mais modernas sobre o tema.

Outro assunto abordado pelo referido autor para introduzir a sua teoria encontra-se na dicotomia entre o Estado de Direito e Estado Polícia.

“O poder de decidir conflitos por parte do estado pode ser exercido de acordo

⁶⁶ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo** . 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 71.

⁶⁷ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Culpabilidade por Vulnerabilidade**. Revista Discursos Sediciosos n. 14. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p.10 . Disponível em:<http://www.freixinho.adv.br/artigos/descricao.php?id_publicacoes=14>. Acesso em: 29 de maio de 2018.

⁶⁸ Ibidem, p.12.

com disposições legais igualitárias (estado de direito) ou decisões arbitrárias do poder (estado de polícia)⁶⁹. O modelo ideal de estado de polícia é basicamente caracterizado por um poder vertical e autoritário, enquanto que o estado de direito caracteriza-se pelo exercício de poder horizontal e democrático, onde os conflitos humanos são resolvidos conforme as regras democráticas estabelecidas⁷⁰. Assim, em matéria penal, o estado de polícia tem por objetivo ampliar o poder punitivo enquanto que o estado de direito tem o dever de contê-lo.

Dentro desse contexto, o Direito Penal é o ramo do direito que tem o papel de conter ou reduzir o exercício do poder punitivo, não devendo ser confundido, portanto, com legislação penal. Por causa do papel limitador, o Direito Penal é um “apêndice do direito constitucional de todo estado constitucional de direito”⁷¹, pois, continua o autor, “o estado de direito desapareceria convertido em puro estado de polícia” se não apresentasse essa função contentora.

Zaffaroni et.al (2011, p.41) definem o tema da seguinte maneira:

O estado de direito é concebido como o que submete todos os habitantes à lei e opõe-se ao estado de polícia, onde todos os habitantes estão subordinados ao poder daqueles que mandam. O princípio do estado de direito é atacado, por um lado, como ideologia que mascara a realidade de um aparato de poder a serviço da classe hegemônica e defendido, por outro, como uma realidade bucólica com alguns defeitos conjunturais. Considerando a dinâmica da passagem do estado de polícia ao estado de direito, é possível sustentar uma posição dialética: não há estados de direito reais (históricos) perfeitos, mas apenas estados de direito que contêm (mais ou menos eficientemente) os estados de polícia nele enclausurados.

Além do mais, toda teoria do Direito Penal deve levar em consideração o binômio delito-pena, onde a ligação entre o delito e a pena deverá ser feita através de uma “conexão punitiva”⁷². Para que o Direito Penal cumpra a sua função contentora, não é aceitável que haja uma ligação direta do delito com pena considerando-se apenas da tipicidade e antijuridicidade, ou seja, que o “conteúdo antijurídico de um ilícito indique diretamente a quantidade da pena”⁷³

⁶⁹ Ibidem, p.1.

⁷⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral – 3º Ed.** Curitiba: IPC; Lumen Juris, 2008, p.473.

⁷¹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Culpabilidade por Vulnerabilidade.** Revista Discursos Sediciosos n. 14. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p.2. Disponível em:

<http://www.freixinho.adv.br/artigos/descricao.php?id_publicacoes=14>. Acesso em: 29 de maio de 2018

⁷² Ibidem, p.4.

⁷³ Ibidem, loc.cit.

Essa conexão punitiva foi construída sobre bases distintas, dentre elas, as teorias da culpabilidade (minudenciadas anteriormente), perpassando desde a teoria psicológica da culpabilidade, até as teorias mais modernas, mas, nesse ponto, deve-se destacar a teoria que baseava a conexão punitiva na personalidade do agente. A apelação à condução da vida, preleciona Zaffaroni⁷⁴, “era um recurso para esquivar a objeção de que a culpabilidade de caráter ou personalidade pretendia reprovar as características biológicas e os genes”, além disso, pretendia que um funcionário estatal julgasse não somente a conduta ilícita como também a própria existência do cidadão.

Diante das impropriedades que a conexão punitiva baseada na culpabilidade de autor trouxe ao sistema penal, posto que esvaziadas de conteúdo ético, mais justo parece ser a culpabilidade de ato, posteriormente adotada pela dogmática jurídico-penal, e que as teorias mais modernas estabeleceram como limite máximo da pena. No entanto, mesmo em um Direito Penal que reprova a conduta em lugar das características do autor, o sistema penal continua atingindo determinadas categorias mais vulneráveis ao seu poder punitivo, isto é, a seletividade penal mantém um sistema que atua de acordo com certas características do autor, sejam elas, sociais, raciais, ou econômicas, o que demonstra que não houve um desligamento completo da culpabilidade do autor⁷⁵.

Zaffaroni (2004, p.8) trata do assunto da seguinte forma:

A sociologia questiona a seletividade inocultável com que o dever ser penal realiza-se na realidade do poder punitivo e do sistema penal, o que obriga a doutrina penal a um grau de sinceridade insólito, que a leva a admitir que a seletividade forma parte da normalidade do poder punitivo, cujo único objeto passaria a ser a renormalização (acalmar a opinião pública e devolver-lhe a confiança no estado).

Por esse motivo, a culpabilidade de ato também se encontra esvaziada de conteúdo ético, posto que, “a reprovação perde legitimidade ética quando é dirigido somente a uns poucos selecionados entre os mais vulneráveis”.⁷⁶

Diante de tantas teorias e conceitos, é possível inferir que o caminho necessário à legitimidade da aplicação da pena diante de um ilícito é, nos dizeres de

⁷⁴ Ibidem, p.6.

⁷⁵ Ibidem, p.10.

⁷⁶ Ibidem, p.8.

Zaffaroni⁷⁷ o “aporte positivo do direito penal à humanidade”, pois dessa forma tornar-se-á possível concretizar a função contentora do Direito Penal. O autor explica da seguinte forma:

Contudo uma culpabilidade de ato, se bem conduz a conclusões díspares e opostas às da culpabilidade de autor, não legitima o exercício do poder punitivo e tampouco tem conteúdo ético porque é derrubado pelo dado da seletividade do poder punitivo. Não obstante, faz-se necessário empregá-la como limite de irracionalidade a conter: seria intolerável pretender habilitar poder punitivo além do limite que assinala a culpabilidade pelo ato⁷⁸.

Assim sendo, não se adotará a culpabilidade de ato quando levar-se em consideração o dado da seletividade do sistema penal, pois se o poder punitivo estatal alcança mais facilmente grupos mais vulneráveis, tal teoria mostra-se insuficiente, já que nesses casos a culpabilidade não é puramente de ato. Por outro lado, a culpabilidade de ato é eficaz na medida em que, se o indivíduo vier a ser alcançado pelo Estado-juiz, a pena não será imposta além dos seus limites.

A solução apresentada pelo autor em razão da insuficiência das demais teorias é a adoção da teoria agnóstica da pena. A teoria proposta segue um novo entendimento, sem, contudo, afastar-se de elementos essenciais da teoria tradicional, como por exemplo, a culpabilidade como limite da pena⁷⁹.

A teoria agnóstica da pena visa diminuir ou neutralizar, na medida do possível, a seletividade existente na estrutura do sistema penal para que a reprovabilidade pela conduta do agente ocorra de maneira contra-seletiva⁸⁰.

A teoria além de ter por fundamento a coexistência desses modelos ideais de estado de polícia e de estado de direito acima descritos, rejeita os discursos oficiais sobre a função da pena – retribuição e prevenção geral e especial (positivo e negativo)- considerando a pena como ato de poder político. Além do mais, sob o ponto de vista da política criminal, a teoria agnóstica da pena tem por objetivo ampliar a segurança jurídica através da contenção do poder de polícia com a consequente ampliação do estado de direito⁸¹.

Dessa forma, a culpabilidade a partir de então será analisada levando-se em

⁷⁷ Ibidem, p.9.

⁷⁸ Ibidem, p. 11.

⁷⁹ Ibidem, p. 10.

⁸⁰ Ibidem, p. 10.

⁸¹ SANTOS, Juez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral – 3º Ed.** Curitiba: IPC; Lumen Juris, 2008, p. 474.

consideração a seletividade criminalizante, mas sem perder de vista o conteúdo contendor da culpabilidade de ato, já que “somente assim resulta ética e racional a divisão do poder jurídico de contenção”⁸².

2.5 CULPABILIDADE POR VULNERABILIDADE: UMA NOVA PERSPECTIVA SOBRE A CULPABILIDADE

Zaffaroni⁸³ explica que há uma tendência de seleção criminalizante que atua de acordo com estereótipos e recai sobre a criminalidade grosseira, praticada por pessoas das classes subalternas, e que não aprenderam as condutas consideradas socialmente sofisticadas e que, por isso, são mais facilmente captáveis pelo sistema penal. A interessante conclusão que o autor chega é a de que, na verdade, os indivíduos são criminalizados não tanto por causa do conteúdo do ilícito, ou seja, não por causa do ato praticado, mas sim pela forma deste, bem como pelas características estereotípicas do agente que o colocam ao alcance do sistema penal.

Assim, há graus diferentes de periculosidade para o sistema penal, que se dispõe de acordo com o status social e características pessoais dos indivíduos. Algumas minorias são mais susceptíveis à punição estatal. É maior o número de jovens, desempregados, habitantes de bairros marginais e negros nas cadeias. A periculosidade do sistema penal atinge segundo a vulnerabilidade das pessoas. Nos países latino-americanos essa realidade é mais perceptível, pois em razão da grande desigualdade social a maioria da população encontra-se em estado de vulnerabilidade ante o poder punitivo, mas somente alguns poucos são realmente criminalizados. Ou seja, mesmo em um ambiente propício a selecionar uma parte significativa da população, a seleção continua restrita a certos grupos⁸⁴.

No entanto, cumpre asseverar que, por essa teoria, o mero estado de vulnerabilidade por si só não determina que o sujeito será alcançado pelo sistema penal, pois “não se seleciona a pessoa por seu puro estado de vulnerabilidade”⁸⁵. Para que isso ocorra, é necessário que o indivíduo em estado de vulnerabilidade se

⁸²ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Culpabilidade por Vulnerabilidade**. Revista Discursos Sediciosos n. 14. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 12-13. Disponível em: <http://www.freixinho.adv.br/_recursos/pdf/artigos/014.pdf>. Acesso em: 01 de jun de 2018

⁸³ Ibidem, p.12.

⁸⁴ Ibidem, p.13.

⁸⁵ Ibidem, loc. cit.

coloque em uma situação capaz de concretizar esse estado⁸⁶. Para ilustrar, imaginemos um jovem, negro, morador de favela que furta uma loja de eletrodomésticos. O jovem em questão encontrava-se em estado de vulnerabilidade antes mesmo do ilícito, posto que o estado de vulnerabilidade é aferido a partir das características que tornam o indivíduo mais apto de ser alcançados pelo sistema penal. No entanto, essa situação apenas se concretizou quando o jovem de fato praticou o crime. Nesse momento ele atingiu a situação concreta de vulnerabilidade. Há, portanto, uma distinção entre estado de vulnerabilidade e situação de vulnerabilidade.

Nesse sentido, resta claro a impossibilidade em punir levando-se em conta apenas o estado de vulnerabilidade. Além disso, para verificar o grau de reprovabilidade da conduta do agente faz-se necessário aferir também o esforço pessoal que este realizou para ser alvo do poder punitivo, pois essa teoria parte do seguinte ponto de vista: o esforço pessoal para atingir a situação concreta de vulnerabilidade apresenta magnitudes diferentes e isso acontecerá de acordo com o estado de vulnerabilidade do indivíduo o que determinará o grau de reprovabilidade da sua conduta⁸⁷

Zaffaroni (2004, p. 14) resume a questão fazendo a seguinte afirmação:

São excepcionais os casos de quem parte de um estado de vulnerabilidade muito baixo e faz um esforço extraordinário até alcançar a situação concreta de vulnerabilidade [...] Também são menos freqüentes os casos de pessoas que, por partir de um estado alto, custar-lhe-ia pouco alcançar a situação de vulnerabilidade, mas mesmo assim realizam um esforço muito alto para atingi-la.

Por fim, argumenta o autor que a maioria dos criminalizados não precisa de muito esforço para alcançar a situação concreta de vulnerabilidade. Partindo de um estado elevado de vulnerabilidade (como no caso do jovem da ilustração acima) um esforço insignificante já concretiza a periculosidade do poder punitivo, posto que “é muito mais fácil selecionar pessoas que circulam pelos espaços públicos com o figurino social dos delinqüentes cometendo injustos de pequena ou média gravidade.”⁸⁸

⁸⁶ Ibidem, loc. cit.

⁸⁷ Ibidem, p.14.

⁸⁸ Ibidem, p.14.

Para ilustrar, citamos o exemplo de tráfico de drogas trazido por Túlio Ponte⁸⁹ em artigo sobre o tema. Imaginemos inicialmente que um rapaz de classe média alta ande pelas ruas com uma pequena quantidade de droga no bolso. A chance de que esse rapaz seja revistado pela polícia e efetivamente incriminado é muito baixa. Agora imagine um rapaz pobre (um morador de rua, por exemplo) andando com a mesma quantidade de droga no bolso, a chance da droga ser descoberta e haver a incriminação é bastante alta.

Pela situação ilustrada percebe-se que a depender das circunstâncias e das características do agente, a culpabilidade por vulnerabilidade dele poderá ser maior ou menor.

Dessa forma, está posto o novo fundamento proposto pela culpabilidade por vulnerabilidade, qual seja, “a administração do poder jurídico de contenção do poder punitivo conforme o grau de esforço pessoal para alcançar a situação concreta de vulnerabilidade, sempre dentro do marco máximo da culpabilidade de ato”⁹⁰. Isto é, a culpabilidade por vulnerabilidade limita o poder punitivo fazendo com que ele somente atue de acordo com o esforço pessoal do indivíduo para alcançar a situação concreta de vulnerabilidade, ou seja, se um indivíduo apresenta alto grau de vulnerabilidade e o seu esforço para alcançar a situação concreta for baixo, o poder punitivo levará esse fator em consideração, tornando a conduta desse indivíduo menos reprovável. Mas, e aquele que se encontra em grau de vulnerabilidade baixo e mesmo assim foi alcançado pelo poder punitivo em razão de um grande esforço feito por ele para alcançar a situação concreta de vulnerabilidade? Esse indivíduo terá uma reprovabilidade maior? Não necessariamente. Por essa teoria, a culpabilidade nunca poderá ser maior do que a culpabilidade de ato, já que a culpabilidade pela vulnerabilidade não é um meio para corrigir a culpabilidade pelo ato, na verdade, é “o reverso dialético, do que surgirá a culpabilidade penal como síntese [...] nunca poderá a culpabilidade penal resultante da síntese superar o grau indicado pela reprovação da culpabilidade pelo ato.”⁹¹ É

⁸⁹ALMEIDA, Túlio Ponte. **Culpabilidade por vulnerabilidade na prática penal brasileira**. Artigo conteúdo jurídico, 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-culpabilidade-por-vulnerabilidade-na-pratica-penal-brasileira,55954.html>>. Acesso em: 02 jun 2018.

⁹⁰ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Culpabilidade por Vulnerabilidade**. Revista Discursos Sediciosos n. 14. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 14. Disponível em: <http://www.freixinho.adv.br/artigos/descricao.php?id_publicacoes=14>. Acesso em: 02 de jun de 2018.

⁹¹ Ibidem, p.15.

por esse motivo que ressaltamos, logo no início, que a proposta da culpabilidade pela vulnerabilidade não rechaça os conceitos de culpabilidade já consagrados. Então a culpabilidade desenvolvida por Zaffaroni atua em consonância com a já conhecida culpabilidade de ato. Uma não exclui a outra, pelo contrário:

[...] o vazio ético que a vulnerabilidade gera na culpabilidade pelo fato fica preenchido no jogo dialético com a culpabilidade pela vulnerabilidade, que se sintetiza na culpabilidade penal, indicadora final da quantia de poder punitivo susceptível de se habilitar.⁹²

A referida proposta mostra-se racional e coerente com o modelo de estado democrático adotado pelo ordenamento jurídico pátrio. “É racional porque deve outorgar-se preferência a quem menos tem feito para ser alcançado pelo poder punitivo⁹³”, isto é, aqueles que apresentem um estado de vulnerabilidade tão alto que um esforço mínimo já é suficiente para concretizar o perigo de criminalização.

Diante do exposto, poder-se-ia pensar que a culpabilidade por vulnerabilidade é uma culpabilidade de autor, já que leva em consideração a vulnerabilidade do autor. A afirmativa não é verdadeira. A culpabilidade até aqui abordada trata do próprio ato praticado, já que “o esforço é um aspecto da conduta do agente.”⁹⁴ Além do mais, a culpabilidade por vulnerabilidade insere-se como mais uma garantia ao exercício limitador do Direito Penal e conseqüente reforço ao estado de direito, uma vez que, como bem pontuado anteriormente, “em nenhum caso habilita mais poder punitivo que o indicado pela culpabilidade pelo ato.”⁹⁵

Esse modelo dialético de culpabilidade mostra-se mais ético e compatível com o ordenamento jurídico-penal pátrio que está fundamentado em um Estado Democrático de Direito. Apenas a culpabilidade de ato conforma um ordenamento formalmente ético, mas que está inserido em uma realidade marcada pela seletividade do sistema penal, tornando-a insuficiente. A dialética proposta garante um ordenamento não somente formal, mas como materialmente ético⁹⁶.

Zaffaroni (2004, p. 17) aborda o assunto esclarecendo o seguinte:

Se a conexão punitiva impõe a elaboração de um vínculo personalizado

⁹² Ibidem, p.17.

⁹³ Ibidem, p. 14.

⁹⁴ Ibidem, p.16.

⁹⁵ Ibidem, loc. cit.

⁹⁶ Ibidem, loc. cit.

entre o ilícito e seu autor que, em seu caso, opere como principal indicador do máximo da magnitude do poder punitivo que se pode habilitar, entendemos que a resposta mais completa é proporcionada por um conceito que respeita a culpabilidade pelo ato e, ao mesmo tempo, encarrega-se do dado mais deslegitimante do exercício do poder punitivo, como é a seletividade pela vulnerabilidade social e pessoal.

Cumprido pontuar que a culpabilidade pela vulnerabilidade, assim como a culpabilidade de ato, é valorativa. Nesta, a valoração encontra-se na reprovabilidade da conduta a partir da interpretação sobre a existência ou não de possibilidade do agente conduzir-se de maneira diversa da conduta adotada. Naquela, a valoração ocorre tendo em vista a reprovabilidade feita a partir da constatação do estado de vulnerabilidade do sujeito, acrescido do grau de esforço realizado para concretizar a situação⁹⁷.

Importa ressaltar que a culpabilidade pela vulnerabilidade não traz uma idéia classista⁹⁸, pois não se apóia apenas na vulnerabilidade do autor (como dito anteriormente, o estado de vulnerabilidade em nada tem a ver com situação de vulnerabilidade), antes, é preciso que o autor tenha agido de forma a tornar-se apto para ser alcançado pelo poder punitivo. Então a teoria é um somatório de estado de vulnerabilidade e concretização deste.

Zaffaroni (2004, p. 24) resume a culpabilidade por vulnerabilidade nas seguintes palavras:

O estado de vulnerabilidade é um fato, que depende do status social da pessoa e, portanto, é perfeitamente verificável e não depende só da classe social, não sendo neste sentido um conceito classista. A periculosidade do poder punitivo para uma categoria de pessoas com certo status é dinâmica, dependendo das empresas morais e da mobilidade dos estereótipos, e restringi-la ao conceito de classe é uma simplificação que deforma a realidade do mundo.

No Brasil, a culpabilidade por vulnerabilidade não é muito discutida e a doutrina pouco discorre sobre o assunto, no entanto, o tema merece ser considerado.

O número de crimes tentados/consumados pelos quais as pessoas privadas de liberdade foram condenadas ou aguardam julgamento no Brasil é, de acordo com

⁹⁷ Ibidem, p.23.

⁹⁸ Ibidem, p.11.

o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias⁹⁹, realizado por meio de coleta de dados referentes a dezembro de 2015 e junho de 2016, em sua grande maioria, relacionados a tráfico de drogas, roubo, furto e homicídio. Tal dado demonstra a seletividade do sistema penal que, apesar da ampla gama de condutas tipificadas, em regra, pune somente algumas delas, além de alcançar determinados grupos com mais frequência: indivíduos entre 18 e 29 anos¹⁰⁰, negros¹⁰¹ e de baixa escolaridade¹⁰².

Por esse motivo, o assunto deve ser discutido, posto que, como se refere Zaffaroni¹⁰³, quando a reprovação é dirigida somente a uns mais vulneráveis, não há a legitimidade ética na responsabilização destes. E é pensando nisso que o presente trabalho passará a abordar a questão da seletividade penal.

⁹⁹ INFOPEN. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Atualização – junho de 2016 – Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública Departamento Penitenciário Nacional, 2017, p. 43. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf>. Acesso em 02 jun 2018.

¹⁰⁰ Ibidem, p.30

¹⁰¹ Ibidem, p.32

¹⁰² Ibidem, p.33.

¹⁰³ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Culpabilidade por Vulnerabilidade**. Revista Discursos Sediciosos n. 14. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 8. Disponível em: <http://www.freixinho.adv.br/artigos/descricao.php?id_publicacoes=14>. Acesso em: 02 de jun de 2018.

3 A SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL E OS PROCESSOS DE CRIMINALIZAÇÃO NOS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO

No capítulo anterior vimos o conceito de Direito Penal relacionado à limitação ao exercício do poder punitivo estatal, ou seja, como uma forma de contenção deste, impedindo arbitrariedades e garantindo os objetivos delineados por um Estado Democrático de Direito.

Nilo Batista¹⁰⁴, por seu turno, afirma que a expressão “Direito Penal” apresenta outras acepções. Pode ser visto como um conjunto de normas jurídicas que descrevem crimes e as respectivas sanções penais, bem como o estudo do Direito Penal, isto é, o estudo desse conjunto normativo ou ainda, “uma acepção segundo a qual direito penal exprime a faculdade de que seria titular o estado para cominar as penas”. Para Bitencourt¹⁰⁵, Direito Penal além de ser um conjunto de normas jurídicas, “apresenta-se como um conjunto de valorações e princípios que orientam a própria aplicação e interpretação das normas penais”. Já Juarez Cirino¹⁰⁶, define Direito Penal como o setor do ordenamento jurídico que define crimes, através da descrição de condutas proibidas; comina penas, delimitando as escalas punitivas aos autores imputáveis e prevê medidas de segurança aos fatos puníveis realizados por inimputáveis, resumindo o objeto do Direito Penal a condutas humanas descritas de forma positiva ou negativa em tipos legais de condutas proibidas.

Diante das várias acepções da palavra, abordaremos a expressão “Direito Penal”, nesse capítulo, predominantemente no sentido de sistema penal como instrumento de controle social, posto que é fácil notar o importante papel que o Direito Penal desempenha no controle social, “sob certas condições, pode o direito enal desempenhar outras funções, (como, por exemplo, a educativa [...]). A preponderância da função de controle social é, contudo, inquestionável”¹⁰⁷.

O ordenamento jurídico brasileiro, na Lei de Introdução ao Código Penal,

¹⁰⁴ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 50.

¹⁰⁵ BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*, 1. 17. ed. São Paulo : Saraiva, 2012, p 57.

¹⁰⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. 3º Ed. Curitiba: IPC; Lumen Juris, 2008, p.3.

¹⁰⁷BATISTA , Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 22.

define crime da seguinte maneira:

infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou detenção, quer isoladamente, quer alternativamente ou cumulativamente com pena de multa; contravenção, a infração a que a lei comina, isoladamente, penas de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente¹⁰⁸.

As contravenções são condutas consideradas pelo legislador de menor gravidade se comparadas ao crime, no entanto, não há “diferença intrínseca, ontológica ou essencial entre eles”¹⁰⁹.

Apesar de a referida Lei trazer apenas a distinção entre infrações penais consideradas crimes das que constituem contravenção penal¹¹⁰, a doutrina e jurisprudência adotam o modelo analítico para conceituar o crime, conforme destacado anteriormente.

Desta feita, o indivíduo que pratica um ato tipificado, antijurídico e culpável, produzindo um dano ou perigo de dano a um bem jurídico-penal, praticou crime e está sujeito a sanção penal¹¹¹. No entanto, o que se verifica é que há uma ampla gama de condutas que apesar de tipificadas, dificilmente são alcançados pelo sistema penal.

Sistema penal, por sua vez, é o “controle social punitivo institucionalizado, que na prática abarca a partir de quando se detecta ou supõe uma suspeita de delito até que se impõe e executa a pena”¹¹². É formado pela instituição policial, instituição judiciária, bem como a instituição penitenciária.¹¹³

Batista (2007, p. 25) explica a atuação de cada instituição da seguinte maneira:

A polícia judiciária investiga um crime sujeitando-se (ou pelo menos, devendo sujeitar-se) às regras que o Código Processo Penal (CPP)

¹⁰⁸BRASIL. **Lei de Introdução ao Código Penal**. Decreto Lei 9.914 de dezembro de 1941.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.htm. Acesso em: 25 jun.2018.

¹⁰⁹ JESUS, Damásio de. **Direito Penal, volume 1: parte geral**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 226.

¹¹⁰ BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral, 1**. 17. ed. São Paulo : Saraiva, 2012, p 592.

¹¹¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 3.ed. Curitiba: IPC; Lumen Juris, 2008, p. 77.

¹¹² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.70.

¹¹³ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 25.

consagra ao inquérito policial e às provas. O inquérito concluído é encaminhado a uma “vara criminal”, ou que outra designação lhe tenha assinado a lei de organização judiciária local. Tratando-se de um crime perseguível por ação penal pública, o Promotor de Justiça oferecerá denúncia, e um procedimento previsto no CPP se seguirá. Condenado o réu a pena privativa de liberdade que deva cumprir-se sob regime fechado, será ele recolhido a uma “penitenciária”, espécie do gênero “estabelecimento penal”, submetido ao que dispõe a Lei de Execução Penal – LEP.

Essa delimitação da atuação das instâncias de poder na persecução penal será de suma importância para entendermos os processos de criminalização nos crimes contra o patrimônio, onde é possível perceber a seletividade do sistema penal desde a tipificação da conduta até a execução da pena.

Ademais, o homem como um ser social tende a agrupar-se, convivendo em comunidade, formando sociedades. A partir dessa interação surgem os conflitos. O Estado assumiu a responsabilidade de solucionar esses conflitos sociais a fim de possibilitar a vida em sociedade. No entanto, o controle social não se dá apenas com a atuação do Estado através das instâncias de poder, dar-se também por meio da estrutura familiar, da religião, da educação, ou seja, há um espectro mais amplo de controle. Portanto, para avaliar o controle social em um determinado contexto, não se deve atentar apenas para o sistema penal, muito menos apenas para a legislação penal.¹¹⁴ Contudo, alguns desses instrumentos são menos explícitos, enquanto que o aparato punitivo estatal, exteriorizado através do sistema penal, é uma das formas institucionalizadas mais escancaradas de realização desse controle e merece especial atenção.

Santos (2008, p. 9) esclarece o assunto da seguinte maneira:

Sem dúvida, a política de controle social instituída pelo Direito Penal e implementada pelo sistema de justiça criminal inclui o conjunto do ordenamento jurídico e político do Estado, além de outras instituições da sociedade civil, como a empresa, a família, a escola, a imprensa, a igreja, os partidos políticos, os sindicatos, etc. As formas jurídicas e políticas do Estado e as organizações da sociedade civil convergem na tarefa de instituir e reproduzir uma determinada formação econômico-social histórica, em que os homens se relacionam como integrantes de classes ou categorias sociais estruturais da sociedade. O Direito Penal e o sistema de justiça criminal constituem, no contexto dessa formação econômico-social, o centro gravitacional do controle social: a pena criminal é o mais rigoroso instrumento de reação oficial contra as violações da ordem social, econômica e política institucionalizada, garantindo todos os sistemas e instituições particulares, bem como a existência e continuidade do próprio

¹¹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 63.

sistema social, como um todo.

Todavia, o sistema penal enquanto entidade institucionalizada aqui mencionada, não significa exclusivamente uma ordem estabelecida de acordo com ditames da ordem jurídica e do Direito Penal, refere-se também aos mecanismos não legais. Isto é, incluem-se no conceito de sistema penal os casos de ilegalidades rotineiras, mais ou menos conhecidas ou toleradas, como “esquadrões da morte”, tortura para a obtenção de confissões na polícia, os espancamentos disciplinares em estabelecimentos penais ou uso ilegal de celas “surdas”, dentre outros métodos utilizados à margem do que dispõe o devido processo legal e as garantias constitucionais.¹¹⁵

Neste sentido, o sistema penal consiste, por um lado, na atuação estatal como meio de controle social, utilizando-se de instrumentos condizentes com as garantias constitucionais. É dessa forma que Bitencourt¹¹⁶ explica o Direito Penal em um Estado Democrático de Direito: “instrumento de controle social limitado e legitimado por meio do consenso alcançado entre os cidadãos de uma determinada sociedade”. Por outro lado, não podemos deixar de atentarmos à realidade do sistema penal, posto que, “o sistema penal a ser conhecido e estudado é uma realidade, e não aquela abstração dedutível das normas jurídicas que o delineiam¹¹⁷”.

É nesse ponto que encontramos a seletividade do sistema penal, pois o aparato estatal de controle social, desde o estabelecimento do tipo penal até a execução da pena, mostra-se uma estrutura formada para estabelecer a ordem e a paz social, mas a realidade contradiz essa aparência.

Assim, Batista (2007, p. 25-26) ao apresentar essa dicotomia, conclui que:

O sistema penal também é apresentado como justo, na medida em que buscaria prevenir o delito, restringindo sua intervenção aos limites da necessidade [...] quando de fato seu desempenho é repressivo, seja pela frustração de suas linhas preventivas, seja pela incapacidade de regular a intensidade das respostas penais, legais ou ilegais. Por fim, o sistema penal se apresenta comprometido com a proteção da dignidade humana [...] quando na verdade é estigmatizante, promovendo uma degradação da

¹¹⁵ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 25.

¹¹⁶ BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*, 1. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 69.

¹¹⁷ Ibidem, p. 25.

figura social de sua clientela.

Então, o discurso contemporâneo aponta no sentido de um sistema penal igualitário, onde as pessoas são igualmente alcançadas em razão do delito praticado, mas na verdade, “seu funcionamento é seletivo, atingindo apenas determinadas pessoas integrantes de determinados grupos sociais, a pretexto de suas condutas”¹¹⁸.

Nesse sentido, o Direito Penal, bem como o sistema penal, apresenta dois objetivos: objetivos declarados e objetivos reais¹¹⁹.

O Direito Penal nasce para proteger, em *ultima ratio*, os bens jurídicos mais relevantes à sociedade. Com o objetivo de regular o convívio social, sob o monopólio estatal, ele seleciona determinados valores eleitos pela sociedade como de fundamental importância e que, por isso, necessitam de especial proteção através de medidas mais gravosas, são exemplos desses valores selecionados a vida, a dignidade sexual, a saúde, a propriedade. Em outras palavras, a lesão ou a ameaça de lesão desses bens jurídicos considerados mais importantes da vida individual ou coletiva selecionados para a proteção penal, provocam as mais graves consequências previstas no ordenamento jurídico, quais sejam, as penas criminais e as medidas de segurança¹²⁰.

O conceito de bem jurídico surgiu por volta do século XIX e, apesar da complexidade que envolve o tema, tem sido entendido como um meio de fundamentação e limitação para a criação de tipos penais, além de limitar o âmbito de interpretação e de punibilidade dos tipos previstos na parte especial do Código¹²¹.

Levando-se em consideração que o ordenamento jurídico pátrio assumiu os ditames de um Estado Democrático de Direito, consagrado na Carta Magna de 1988, bem jurídico-penal é entendido também como o objeto que é legitimamente protegido de acordo com os seguintes parâmetros: preceitos estabelecidos através da norma que tem por objetivo além da garantia de convívio livre e pacífico dos cidadãos, o respeito aos direitos humanos. Quando o objetivo não é alcançado, o

¹¹⁸ Ibidem, p.25-26.

¹¹⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 3. ed. Curitiba: IPC; Lumen Juris, 2008, p.5.

¹²⁰ Ibidem, p.5.

¹²¹ BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**, 1. 17. ed. São Paulo : Saraiva, 2012, p.72.

Estado então intervém com normas de natureza penal e com as instituições estatais necessárias para atingir o objetivo pretendido¹²². Daí surge o caráter fragmentário do Direito Penal que, segundo Santos¹²³, apresenta-se de duas formas. Primeiro, está relacionado à proteção de bens jurídicos apenas em *ultima ratio*, que proíbe o emprego de sanções penais desnecessárias ou inadequadas, seja porque houve lesão a bem jurídico com mínimo desvalor de resultado e, por isso, não devem ser punidas com penas criminais ou porque, apesar da lesão incidir sobre bem jurídico com máximo desvalor de resultado não poderá haver punições com penas criminais desproporcionais ou absurdas. Segundo, porque não protege todos os bens jurídicos definidos pela Constituição da República, mas somente aqueles selecionados para a proteção penal, como anteriormente explicado. Ou seja, “nem todas as ações que lesionam bens jurídicos são proibidas pelo Direito Penal, como nem todos os bens jurídicos são por ele protegidos. O Direito Penal limita-se a castigar as ações [...] contra os bens jurídicos mais importantes.”¹²⁴

Por isso, o bem jurídico no nosso ordenamento não se identifica simplesmente com a *ratio legis*, assume também o sentido de parâmetro e limite do Direito Penal, submetendo o *ius puniendi* aos ditames da lei e às regras do consenso democrático¹²⁵, conforme preceitos estabelecidos pelo modelo de Estado adotado na Lei Maior.

Por todo o exposto, podemos resumir os objetivos do Direito Penal no ordenamento jurídico-penal brasileiro como a proteção de valores relevantes para a vida individual ou coletiva selecionados a partir de critérios político-criminais fundados na Constituição, o documento fundamental do Estado Democrático de Direito.¹²⁶No entanto, esses são os objetivos declarados, manifestos, que escondem outra realidade.

Essa outra realidade não pode deixar de ser considerada, sob pena de não ver-se cumprir os preceitos almejados pelo ordenamento jurídico pátrio. Nilo

¹²² Ibidem, p.75.

¹²³ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 3. ed. Curitiba: IPC; Lumen Juris, 2008, p. 5-6.

¹²⁴ Ibidem, p. 100- 101.

¹²⁵ Ibidem, p. 69- 71.

¹²⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 3. ed. Curitiba: IPC; Lumen Juris, 2008, p.5.

Batista¹²⁷ esclarece que “não pode o jurista encerrar-se no estudo – necessário, importante e específico, sem dúvida – de um mundo normativo, ignorando a contradição das instituições que as executam”, por isso é necessário além de nos determos sobre o estudo do sistema jurídico posto, positivado, nos determos também sobre as entidades que aplicam esse sistema e que, conforme veremos, apresentam uma realidade que se afasta dos ditames legalmente previstos.

Sendo assim, os objetivos reais do Direito Penal devem ser analisados a partir do seu propósito de servir de controle social, mas não o propósito enunciado, mas o que está enconberto nas estruturas de poder que a partir de ideologias “encobridoras” ou de “ocultação” criam uma realidade distinta da qual se propõem declaradamente, já que no sistema penal o controle social “por certo não tem a importância que o discurso jurídico ordinário lhe atribui, ocupando um lugar mais modesto, ainda que esta afirmação escandalize a muitos juristas formados no idealismo ou no positivismo jurídico”.¹²⁸ Por isso, não é possível ignorar que também faz parte do sistema penal os procedimentos contravencionais de controle social de setores marginalizados da população, bem como as faculdades sancionatórias policiais arbitrárias, as penas sem processo, as execuções sem processo, e tantas outras práticas, que conforme pontuado anteriormente, estão à margem das garantias constitucionais mas que, por sua vez, escancaram a realidade do sistema penal.¹²⁹ Nesse sentido, Santos (2008, p. 7-8) afirma que:

Os objetivos declarados do Direito Penal produzem uma aparência de neutralidade do sistema de justiça criminal, promovida pela limitação da pesquisa jurídica ao nível da lei penal, única fonte formal do Direito Penal. Essa aparência de neutralidade do Direito Penal é dissolvida pelo estudo das fontes materiais do ordenamento jurídico, enraizadas no modo de produção da vida material, que fundamentam os interesses, necessidades e valores das classes sociais dominantes das relações de produção e hegemônicas do poder político do Estado.

Alessandro Barata,¹³⁰ em vez de demonstrar a dicotomia existente entre a

¹²⁷ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p.26.

¹²⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 68.

¹²⁹ Ibidem, p.71.

¹³⁰ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à sociologia do direito penal*. 3º ed- Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia,2002,p. 162.

teoria e a realidade do sistema penal diferenciando-os em os objetivos declarados e objetivos reais, trata do assunto afirmando haver um mito de direito penal igualitário. De fato, a Constituição Federal de 1988 traz o princípio da igualdade como valor a ser seguido, postulando que o tratamento deverá ser igualitário tanto sob a perspectiva formal quanto sob a perspectiva material e o ordenamento jurídico-penal declara a observância do referido princípio, no entanto, o sistema penal atua de forma desigual tanto do ponto de vista formal, posto que a seletividade está presente desde a escolha uma conduta passível de punição através do Direito Penal, pois nas tipificações de crime o legislador protege interesses das classes sociais dominantes¹³¹ (os crimes contra o patrimônio são exemplos disso), quanto do ponto de vista material, pois somente algumas pessoas são alcançadas pelo poder punitivo do Estado, nota-se, portanto, que a questão criminal se relaciona com os mecanismos de poder de uma determinada classe social¹³². Sobre esse mito do direito penal igualitário, no qual defendemos, Baratta (1999, p. 162) esclarece muito bem com as seguintes palavras:

O mito da igualdade pode ser resumido nas seguintes proposições:

- a) o direito penal protege igualmente todos os cidadãos contra ofensas aos bens essenciais, nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos (princípio do interesse social e do delito natural);
- b) a lei penal é igual para todos, ou seja, todos os autores de comportamentos anti-sociais e violadores de normas penalmente sancionadas têm iguais chances de tornar-se sujeitos, e com as mesmas consequências, do processo de criminalização (princípio da igualdade). Exatamente opostas são as proposições em que se resumem os resultados da crítica:
 - a) o direito penal não defende todos e somente os bens essenciais, nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos, e quando pune as ofensas aos bens essenciais o faz com intensidade desigual e de modo fragmentário;
 - b) a lei penal não é igual para todos, o status de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos;
 - c) o grau efetivo de tutela e a distribuição do status de criminoso é independente da danosidade social das ações e da gravidade das infrações à lei, no sentido de que estas não constituem a variável principal da reação criminalizante e da sua intensidade.

A seletividade está presente até o momento da aplicação e execução da

¹³¹ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 96.

¹³² BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à sociologia do direito penal*. 3^o ed- Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 165.

pena, onde esse modelo de preferências fica ainda mais perceptível, pois o sistema penal não age na totalidade dos crimes cometidos, mas em apenas alguns deles. Temos, portanto, a chamada criminalização primária, que consiste justamente nessa tipificação de condutas e a criminalização secundária que consiste na aplicação da lei penal, ou seja, é o exercício da atividade estatal na aplicação da lei diante do delito¹³³. Sobre o assunto, Santos (2008, p. 10) ensina que:

O significado político do controle social realizado pelo Direito Penal e pelo sistema de justiça criminal aparece nas *funções reais* desse setor do Direito – encobertas pelas *funções declaradas* do discurso oficial: a *criminalização primária* realizada pelo Direito Penal (definição legal de crimes e de penal) e a *criminalização secundária* realizada pelo sistema de justiça criminal constituído pela polícia, justiça e prisão (aplicação e execução de penas criminais) garantem a existência e a reprodução da realidade social *desigual* das sociedades contemporânea.

Já Alessandro Baratta¹³⁴ considera os tipos de criminalização como sistema dinâmico de funções formado por mecanismos que devem ser analisados separadamente. O primeiro é o mecanismo de produção das normas que corresponde à criminalização primária. O segundo, o mecanismo de aplicação das normas, isto é, o processo penal, compreendendo a ação dos órgãos de investigação e culminando com o juízo, sendo este a criminalização secundária e, enfim, o mecanismo da execução da pena ou das medidas de segurança.

Passemos então a analisar cada uma dessas formas de criminalização.

3.1 CRIMINALIZAÇÃO PRIMÁRIA

Dá-se o nome de criminalização à seleção penalizante que está presente em todas as sociedades contemporâneas que institucionalizaram ou formalizaram o poder (estado) que atua selecionando um reduzido número de pessoas submetendo à sua coação com o fim de impor-lhes uma pena. Essa seleção criminalizante ocorre como resultado da gestão de um conjunto de agências que formam o que se chama de sistema penal.¹³⁵

A criminalização primária, por sua vez, é a criminalização no nível legal. São

¹³³ Ibidem, p. 161.

¹³⁴ Ibidem, p. 162.

¹³⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: teoria geral do direito penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 43.

os tipos legais. Ao incluir uma conduta específica no rol de condutas merecedoras da atuação do Estado-juíz através da aplicação de uma pena, estamos diante desse tipo de criminalização que diz respeito ao primeiro nível ou o primeiro passo da seletividade inserta no sistema penal¹³⁶. É, de acordo com Vera Andrade¹³⁷ a “primeira lógica da desigualdade”, pois o processo de criação de leis penais que define os bens jurídicos protegidos (criminalização primária), as condutas tipificadas como crime e a qualidade e quantidade de pena obedece à referida primeira lógica que está mistificada pelo chamado caráter fragmentário do Direito Penal que pré-seleciona, até certo ponto, os indivíduos criminalizáveis.

Nilo Batista e Zaffaroni ensinam que a criminalização primária “é o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas”, sendo, continuam eles, “um ato formal fundamentalmente programático” e que são exercidos por meio de agências políticas (parlamentos, executivos)¹³⁸, então, nessa fase, são as esferas políticas que atuam, especificamente as casas legislativas.

A criminalização de atos praticados em face do patrimônio são alvo de atuação estatal através da inserção nos códigos penais desde a primeira legislação penal brasileira (o Código Penal do império), demonstrando que há uma tendência do legislador em punir esse tipo de conduta¹³⁹.

Os crimes contra a propriedade dispostos no Código Imperial de 1830 previa as seguintes condutas: crime de furto, art. 257; crime de bancarrota, estelionato, art. 263-265; crime de dano, art. 266-267 e ainda os crimes contra a pessoa, e contra a propriedade, que consistiam nos crimes de roubo com morte, art. 269-274¹⁴⁰.

Já o Código Penal republicano, a propriedade ficou claramente redefinida. Os crimes foram classificados em crimes contra a propriedade pública e contra a propriedade particular. Além disso, o código dedicou nove capítulos para tipificá-los,

¹³⁶ BARATTA, **Alessandro**. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à sociologia do direito penal**. 3^o ed- Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 162.

¹³⁷ ANDRADE, Vera Regina de. **A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 278.

¹³⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: teoria geral do direito penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p.43.

¹³⁹ RIBEIRO, Neide Aparecida. **A Trajetória da Criminalidade Patrimonial nas Legislações Brasileiras à Luz da Criminologia**. p.104. Disponível em: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/RDA/article/view/5083>> Acesso em 25 de jun de 2018.

¹⁴⁰ Ibidem, p. 104..

totalizando trinta e oito condutas¹⁴¹.

Por fim, o Código Penal Brasileiro de 1940, que é a principal lei penal material vigente ainda hoje, trouxe ao todo trinta e três condutas em que o bem jurídico tutelado é o patrimônio, com novos tipos penais adaptados ao sistema econômico político¹⁴². Houve diversas alterações no código e em relação aos crimes contra o patrimônio não foi diferente, mas o excesso punitivo nos crimes em questão permaneceu.

Greco (2017, p. 602) traz importante reflexão sobre a tipificação dos crimes contra o patrimônio:

O legislador, mesmo sabendo que o Estado é o responsável pelo índice assustador de crimes patrimoniais, parece fazer parte do “jogo” da Administração: pune mais severamente aqueles que se veem compelidos a praticar infrações penais patrimoniais, muitas vezes considerados também vítimas do sistema [...]

Os crimes de roubo e furto, por serem as modalidades de crimes contra o patrimônio que mais prendem no Brasil, conforme será demonstrado em outro momento, será discorrido mais detalhadamente. Esses crimes estão tipificados no atual Código Penal Brasileiro¹⁴³ nos artigos 155 e 157, respectivamente, fazendo parte desse rol dos denominados crimes contra o patrimônio.

Os crimes de roubo e furto têm tipificação com penas que demonstram a atenção que o legislador dá aos crimes de conteúdo patrimonial, crimes esses que são praticados em sua maioria por pessoas de classes sociais mais subalternas. Atentemo-nos ao que ensina Baratta (1999, p.165) quanto ao processo de criminalização no Direito Penal:

[...] tende a privilegiar os interesses das classes dominantes e a imunizar do processo de criminalização comportamentos socialmente danosos típicos dos indivíduos a elas pertencentes, e ligados funcionalmente à existência da acumulação capitalista, e tende a dirigir o processo de criminalização, principalmente, para formas de desvio típicas das classes subalternas. Isto ocorre não somente com a escolha dos tipos de comportamentos descritos na lei, e com a diversa intensidade da ameaça penal, que frequentemente está em relação inversa com a danosidade social dos comportamentos, mas com a própria formulação técnica dos tipos legais.

¹⁴¹ Ibidem, p.107.

¹⁴² Ibidem, p.111.

¹⁴³ BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 05 jul.2018.

Verifica-se, dessa forma, a desproporcionalidade do rigor da sanção aos crimes contra o patrimônio ainda mais quando comparado a outros tipos penais.

As penas cominadas aos crimes de furto na modalidade simples ou qualificada (art. 155, caput e § 4º do Código Penal brasileiro), são exemplos. Se compararmos ao crime de lesão corporal (art. 129, caput, §§ 1º e 2º do Código Penal) observamos que se um indivíduo vier a furtar uma coisa qualquer, sua conduta está equiparada, no mínimo legal (um ano de reclusão) ao crime de lesão corporal de natureza grave. Ora, o crime de lesão corporal grave, de acordo com o diploma legal em comento, resulta em perigo de vida ou debilidade permanente de membro, sentido ou função, enquanto que nos crimes de furto se quer há violência contra pessoa ou mesmo grave ameaça. Além do mais, se a subtração da coisa alheia móvel ocorrer mediante concurso de pessoas (art. 155, §4º, IV, do Código Penal) a sanção nesse caso será equivalente a de uma lesão corporal gravíssima, ou seja, com perda ou inutilização de membro, sentido ou função, ou deformidade permanente para a vítima¹⁴⁴. O que se percebe é que o patrimônio privado recebeu excessiva relevância no ordenamento jurídico pátrio.

Essa realidade comprova o que Zaffaroni e Pierangeli (2015, p. 92) manifestam sobre o assunto:

Tudo o que dissemos pode ser objetado com a observação de que, na realidade, a lei penal tutela mais os bens jurídicos de uns do que de outros; que os delitos causam "alarme" a certos grupos e não a outros ou, ao menos, não a todos em igual medida, e que o "sentimento de segurança jurídica da comunidade" seria, em definitivo, um mito, dada a pluralidade de grupos sociais com diversidade e antagonismo de interesses, poder e objetivos.

A criminalização primária, apesar de exercer a seletividade no nível de produção das normas pelos motivos já declarados, não permite uma noção exata de como se dará a seletividade na prática, isto é, quando sair do campo da abstração das leis. Nesse sentido, Zaffaroni et. al (2011, p. 44) ensinam:

Apesar de a criminalização primária implicar um primeiro passo seletivo, este permanece sempre em certo nível de abstração porque, na verdade, as agências políticas que elaboram as normas nunca sabem a quem

¹⁴⁴ CRUZ, Lucas Coelho. **A Desproporção das penas destinadas aos crimes contra o patrimônio**. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/4274/a-desproporcao-penas-destinadas-aos-crimes-contra-patrimonio>>. Acesso em: 22 jun. 2018.

caberá de fato, individualmente, a seleção que habilitam. Esta se efetua concretamente com a criminalização secundária.

Esse campo de indeterminação é melhor preenchido quando da aplicação da norma, onde será possível analisar com mais clareza como o processo de seletividade ocorre na prática, assunto tratado pela criminalização secundária, conforme será visto a seguir.

3.2 CRIMINALIZAÇÃO SECUNDÁRIA

A criminalização secundária consiste no processo de criminalização no nível da aplicação da lei penal, conforme explicam Zaffaroni et. al (2011, p.43):

É a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas, que acontece quando as agências policiais dectam uma pessoa que supõe-se tenha praticado certo ato criminalizado primariamente, a investigam, em alguns casos privam-na de sua liberdade de ir e vir, submetem-na à agência judicial, que legitima tais iniciativas e admite um processo (ou seja, o avanço de uma série de atos em princípio públicos, para assegurar se, na realidade, o acusado praticou aquela ação), no processo, discute-se publicamente se esse acusado praticou aquela ação e em caso afirmativo, autoriza-se a imposição de uma pena de certa magnitude, que no caso de pena de privação da liberdade de ir e vir da pessoa, será executada por uma agencia penitenciária (prisionização).

Isso quando há um processo e quando se desenvolve de acordo com o devido processo legal, pois não podemos nos esquecer das arbitrariedades frequentemente ocorridas no âmbito da aplicação das leis pelas instâncias judiciárias.

O momento da criminalização secundária, portanto, é o momento em que ocorre a saída do campo da abstração da lei e parte-se para a realização desta. É onde percebe-se que a lei não atinge a todos aqueles que se enquadram em algum tipo penal descrito, mas apenas uma pequena parcela. Tal fato é comprovado na verificação de que há uma infinidade de condutas descritas como criminosas tanto no Código Penal quanto em leis esparsas, mas que, por sua vez, a população carcerária é composta por agentes que praticaram delitos que se resumem, na maioria dos casos, em tráfico de drogas, roubo, furto, estelionato, homicídio, conforme pesquisas realizadas pelo Levantamento Nacional de Informações

Penitenciárias (INFOPEN).¹⁴⁵ Somente em alguns crimes há a frequente atuação das instâncias punitivas e somente alguns são criminalizados, ou seja, são de fato alcançados pelo poder punitivo estatal.

O número de crimes tentados/consumados pelos quais as pessoas privadas de liberdade foram condenadas ou aguardam julgamento no Brasil é, de acordo com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias¹⁴⁶ com coleta de dados referentes a dezembro de 2015 e junho de 2016, de 278.809 (duzentos e setenta e oito mil oitocentos e nove) presos por crimes patrimoniais, dentre eles, 154.304 (cento e cinquenta e quatro mil trezentos e quatro) enquadram-se no crime de roubo (simples e qualificado) e 73.781 (setenta e três mil setecentos e oitenta e um) pelo crime de furto (simples e qualificado). O número de presos em razão de crimes patrimoniais apresenta números maiores do que aqueles enquadrados nos crimes previstos na Lei de drogas (Lei 6.368/76 e Lei 11.43/06) que somam 176.691 (cento e setenta e seis mil seiscentos e noventa e um). Os crimes contra o patrimônio são os que mais prendem pessoas no Brasil e os crimes de furto e roubo, visto separadamente entre os crimes patrimoniais, ficam atrás apenas do tráfico de drogas.

Ocorre que os mecanismos que realizam a criminalização secundária acentuam ainda mais o caráter seletivo do sistema penal e o paradigma mais eficaz para verificar a realidade acima descrita é o que assume como variável a posição ocupada pelos indivíduos na escala social, pois “as maiores chances de ser selecionado para fazer parte da ‘população criminosa’ aparecem, de fato, concentradas nos níveis mais baixos da escala social”¹⁴⁷. Santos (2008, p.13) ensina, acertadamente, no mesmo sentido:

[...] a variável decisiva da criminalização secundária é a posição social do autor, integrada por indivíduos vulneráveis selecionados por estereótipos, preconceitos e outros mecanismos ideológicos dos agentes de controle social- e não pela gravidade do crime ou pela extensão do dano.

¹⁴⁵ INFOPEN. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Atualização – junho de 2016 – Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública Departamento Penitenciário Nacional, 2017. <http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf>. Acessado em 21 jun. 2018.

¹⁴⁶ Ibidem, p. 41.

¹⁴⁷ BARATTA, **Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à sociologia do direito penal**. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 165.

Tal fato é demonstrável na pesquisa realizada em comento. A pesquisa traçou o perfil da população prisional da população privada de liberdade no Brasil. Nesse relatório, levou-se em consideração a faixa etária, a “raça”/cor, escolaridade, estado civil, tipo penal, tempo da pena, dentre outros critérios.

Os tipos penais que mais resultam em prisão privativa de liberdade, com ou sem condenação, abordamos acima. No entanto, ainda sobre o assunto, um dado revelador da seletividade demonstrada na pesquisa é a de que, entre as unidades que dispunham sobre o tipo penal foram registradas 620.583 (seiscentos e vinte mil quinhentos e oitenta e três) incidências penais distribuídas entre os grupos do Código Penal e de legislações específicas, dessa soma, a pesquisa concluiu que os crimes de roubo e furto somam 37% das incidências, estando à frente dos crimes de tráfico (28%) e homicídios (11%).¹⁴⁸ Isto é, de todos os tipos penais existentes no ordenamento jurídico brasileiro que são capazes de ocasionar a prisão privativa de liberdade, 37% referem-se unicamente aos crimes de roubo e furto. Os resultados comprovam o que preconiza Andrade (2003, p. 51):

[...] A seletividade do sistema penal se deve à especificidade da infração e das conotações sociais dos autores, pois impunidade e criminalização são orientados pela seleção desigual de pessoas de acordo com seu *status* social, e não pela incriminação igualitária de condutas objetiva e subjetivamente consideradas em relação ao fato-crime, conforme preconiza a Dogmática Penal.

Nesse sentido, a pesquisa demonstra quanto ao perfil dos presos, levando-se em consideração a raça, cor ou etnia, que dos 72% do total da população prisional ao qual foi possível ter acesso a essa informação, 64% é composta por pessoas negras. Esse dado fica ainda mais alarmante com a informação levantada na pesquisa de que na população brasileira acima de 18 anos, em 2015, 53% representa a parcela negra, ou seja, há sobre-representação deste grupo populacional no sistema prisional¹⁴⁹.

Quanto à escolaridade, foram obtidas informações de 482.645 pessoas (70% da população privada de liberdade no Brasil), destes, 51% possuem apenas o

¹⁴⁸ INFOPEN. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Atualização – junho de 2016 – Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública Departamento Penitenciário Nacional, 2017. <http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf>. Acessado em 21 jun. 2018, p. 40-43.

¹⁴⁹ Ibidem, p.32.

ensino fundamental incompleto¹⁵⁰.

Sobre essa realidade, Andrade (2003, p.52) afirma:

[...] a criminalidade, além de ser uma conduta majoritária, é ubíqua, ou seja, presente em todos os estratos sociais. O que ocorre é que a criminalização é, com regularidade, desigual, ou seletivamente distribuída pelo sistema penal. Desta forma, os pobres não têm uma maior tendência a delinquir, mas sim a serem criminalizados.

O que se verifica é que há um perfil de pessoas que tendem a ser alvo da punição prevista para “todos” os que incidem em algum tipo penal. Pessoas de classe social menos privilegiadas, que têm o grau de escolaridade menor, negras, estão mais susceptíveis ao sistema penal, ou como defende Zaffaroni em sua teoria (e no qual compactuamos diante da realidade social), algumas pessoas estão mais vulneráveis ao alcance do poder punitivo estatal¹⁵¹. O autor entende, ainda, ser este o critério seletivo da criminalização secundária, ao afirmar que o estereótipo é o principal critério seletivo da criminalização secundária; sendo este o motivo da existência de certas uniformidades da população penitenciária, pois a aparência, os valores estéticos do indivíduo que antes eram considerados causas do delito são, na realidade, causas da criminalização, “embora possam vir a tornarem-se causas do delito quando a pessoa acaba assumindo o papel vinculado ao estereótipo (é o chamado efeito reprodutor da criminalização ou desvio secundário).¹⁵²

¹⁵⁰ Ibidem, p.33.

¹⁵¹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Culpabilidade por Vulnerabilidade**. Revista Discursos Sediciosos n. 14. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p.8. Disponível em:

<http://www.freixinho.adv.br/artigos/descricao.php?id_publicacoes=14>. Acesso em: 28 mai. 2018.

¹⁵²ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro – I**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 46.

4 REALIDADE BRASILEIRA NO TRATAMENTO DOS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO

Vimos até aqui que o Direito Penal está pautado em objetivos que mascaram uma realidade diferente da anunciada.

O controle social realizado pelo Direito Penal através da positivação e defesa dos chamados bens jurídico-penais, revela-se como um meio de selecionar determinados indivíduos que estão mais vulneráveis ao poder punitivo estatal. Isso se dá através dos processos de criminalização primária e secundária.

Os processos de criminalização merecem especial atenção nos crimes contra o patrimônio em decorrência do que a realidade social demonstra. Os dados prisionais explanados no capítulo anterior, ao tratarmos da criminalização secundária, atestam o quanto afirmado até aqui sobre a seletividade do sistema penal. Nessa fase de criminalização é mais perceptível a seletividade realizada pelas agências penais, mas essa realidade também está revelada nas decisões judiciais e na jurisprudência, conforme será verificada em momento posterior. Agora impende estudar mais detalhadamente a criminalidade a que nos propusemos estudar, sem a pretensão, no entanto, de esgotar o assunto ao qual reconhecemos a complexidade, como assevera Salvador Netto,¹⁵³ um estudo que aborde os crimes patrimoniais “precisam de um aprofundamento, mesmo que de impossível exaustão, de alguns dos elementos que constante e principalmente se apresentam na construção dos tipos objetivos”.

4.1 OS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Há uma racionalidade na disposição dos crimes no Código Penal brasileiro que evidenciam uma hierarquização de valores na sociedade. Por esse motivo, a parte especial do código se inicia com os crimes contra a vida, sendo o primeiro deles o crime de homicídio (art. 121 do Código Penal), elevando a vida, no caso

¹⁵³ NETTO, Alamiro Velludo Salvador. **Direito penal e propriedade privada: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 91.

brasileiro, a bem jurídico mais importante e de primeira proteção penal¹⁵⁴.

Dentro dessa lógica, é possível perceber a relevância dada pelo legislador em relação aos crimes contra o patrimônio, pois, além de apresentarem-se em grande número na legislação penal brasileira, no Código Penal encontra-se em posição de destaque, visto que estão inseridos atrás apenas da proteção penal da pessoa.¹⁵⁵

Esses crimes estão fixados no Título II do Código Penal brasileiro entre os artigos 155 e 183 sob a nomenclatura de “Dos crimes contra o patrimônio”. Sete capítulos estão destinados aos delitos em espécie e o último cuida das disposições gerais a eles aplicáveis¹⁵⁶.

Nesse sentido, Netto (2014, p. 14) afirma:

Trata-se de um bem jurídico importante, especialmente ao se considerar o número de tipos penais aptos à sua tutela e as elevadas margens punitivas, as quais, inclusive, superam a de diversos outros tipos alocados no título precedente.

Também é importante destacar que esse tipo de criminalidade disposta no Título II do Código Penal são infrações de conteúdo essencialmente patrimoniais mesmo quando pluriofensivos, como nos crimes de roubo, extorsão, extorsão mediante seqüestro, pois o legislador considera que há a prevalência da ofensa ao patrimônio, isso ocorre inclusive em razão da finalidade primordial do agente, sendo que a diferença encontra-se substancialmente no *modus operandi*. No crime de furto, por exemplo, alcança-se o patrimônio por meio da clandestinidade, enquanto que no de roubo, há a violência ou grave ameaça para atingir esse fim, já no estelionato, o agente se vale da fraude¹⁵⁷.

É verdade que o assunto não é tão simples assim. Há crimes que parecem desprovidos de características patrimoniais, a apropriação indébita previdenciária (art. 168-A), por exemplo, incluída no Título II do Código Penal pela Lei 9.983 de 2000, aproxima-se mais dos crimes tributários e previdenciários.¹⁵⁸

Os crimes patrimoniais tradicionais, no entanto, possuem uma noção de propriedade privada individual mais arraigada, mesmo nos crimes pluriofensivos, e é

¹⁵⁴ Ibidem, p. 13.

¹⁵⁵ Ibidem, p. 14.

¹⁵⁶ BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 05 jul.2018.

¹⁵⁷ NETTO, Alamiro Velludo Salvador. **Direito penal e propriedade privada: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 18.

¹⁵⁸ Ibidem, p.19 e 20.

o enfoque do presente trabalho, conforme já foi demonstrado, já que está intrinsecamente relacionado à realidade social, ou nas palavras de Netto (2007, p. 23):

Isso significa, sem desprezar as demais modalidades, que são essas as espécies que consubstanciam o núcleo central da criminalidade patrimonial de massas contemporâneas. Por isso mesmo, permitem um diagnóstico mais preciso dos sentidos jurídicos e social que as norteiam.

O Direito Penal atua nos crimes patrimoniais como reforço sancionatório destinado a exigir dos cidadãos a máxima obediência às normas voltadas a defender esse bem jurídico. Portanto, à estrutura dos crimes contra o patrimônio impõe-se a mais incisiva defesa: a via penal. Além disso, esquece-se, no mais das vezes, das relações sociológicas que envolvem esse tipo de criminalidade, pois tende a apoiar-se apenas nos conceitos estritamente jurídicos¹⁵⁹.

Esse raciocínio exclusivamente jurídico leva à “hipertrofia do sistema criminal”¹⁶⁰, pois afasta qualquer conteúdo material de interpretação dos tipos penais.

A intensa proteção do Direito Penal em relação ao patrimônio não é o único motivo capaz de gerar questionamentos. Há de se atentar também ao fato de que o delito patrimonial não tem um enfoque pessoa-coisa, mas apresenta-se como uma relação entre pessoas, nesse sentido, o papel declarado do direito na proteção desse bem jurídico é a defesa da propriedade como relação social¹⁶¹ o que por sua vez legitima a atuação punitiva que oculta o objetivo de manter a estrutura econômica-social através da punição àqueles que atentam contra o patrimônio individual. Pune-se, dessa forma, aqueles que violam as normas que enunciam os crimes contra o patrimônio de maneira exacerbada e voraz. Netto (2014, p. 154) afirma:

A construção da categoria dos direitos subjetivos como vertente jurídica do patrimônio destina-se a mais uma ocultação. A criminalidade patrimonial

¹⁵⁹SPONCHIADO, Jéssica Raquel. **Desafios da dogmática penal frente aos crimes patrimoniais na realidade socioeconômica brasileira**. França : [s.n.], 2015, p. 71. Disponível em: <<https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/135984/000858405.pdf?sequence=1>> Acessado em 29 de jun. 2018.

¹⁶⁰ NETTO, Alamiro Velludo Salvador. **Direito penal e propriedade privada: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio**. São Paulo: Atlas, 2014, p, 53.

¹⁶¹ Ibidem, p. 153.

aparentemente está dirigida a todos, significando isso que proíbe a todo e qualquer um a agressão ao patrimônio alheio. Sua constituição dogmática, contudo, já é um relevante fator de seleção, denotando que, na realidade, existe um perfil de tipificações que, por sua própria essência, já é capaz de filtrar os futuros infratores [...]¹⁶²

Salvador Netto¹⁶³ afirma, ainda, que o argumento de maior insegurança pública devido à criminalidade patrimonial ganha uma proporção de legitimação social da punição dos infratores, especialmente nos crimes de furto e de roubo, que contaminam a atuação das agências responsáveis pela criminalização primária e criminalização secundária, ou seja, há uma atenção desproporcional na elaboração das normas penais dos tipos patrimoniais, com penas altíssimas e uma maior facilidade em prender os indivíduos que violam essas normas mais do que qualquer outra, tudo isso motivado pelo discurso socialmente legitimado de que é preciso punir, e punir cada vez mais, essa criminalidade geradora de insegurança pública.

Exemplo disso é o crime previsto no art. 159 do Código Penal brasileiro - extorsão mediante seqüestro - crime contra o patrimônio privado cuja pena é de reclusão de 8 (oito) a 15 (quinze) anos; se o crime ocorrer de acordo com o que dispõe o §1º (quando o seqüestro dura mais de 24 horas, se o seqüestrado é menor de 18 (dezoito) anos ou maior de 60 (sessenta) anos, ou se o crime é cometido por bando ou quadrilha), a pena será de reclusão, de 12 (doze) a 20 (anos); no caso do §2º (se o fato resulta lesão corporal de natureza grave), reclusão de 16 (dezesseis) a 24 (vinte e quatro) anos e §3º (se resulta morte), reclusão, de 24 (vinte e quatro) a 30 (trinta anos). Esse crime nada mais é que a extorsão qualificada pelo caráter especial do fato constitutivo da violência ou do meio empregado para tornar eficaz a ameaça. Neste dispositivo, protege-se diretamente o patrimônio e indiretamente a liberdade e incolumidade pessoal do sujeito passivo. Antes da alteração introduzida pelo art. 6º da Lei 8.072/90, o Código Penal previa, para o crime de extorsão mediante seqüestro, pena mais branda em relação à previsão atual. Acontece que ocorreu um relevante agravamento das penas, além da exclusão da pena pecuniária¹⁶⁴. Tal fato decorreu do mencionado crime ter invadido os meios de

¹⁶² Ibidem, p. 154.

¹⁶³ NETTO, Alamiro Velludo Salvador. **Direito penal e propriedade privada: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 170.

¹⁶⁴ CRUZ, Lucas Coelho. **A desproporção das penas destinadas aos crimes contra o patrimônio**. 2017. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/4274/a-desproporcao-penas-destinadas-aos-crimes-contr-patrimonio>>. Acesso em: 02 de jul de 2018.

comunicação em razão de vitimizar pessoas conhecidas e da alta escala social, conforme explica Franco¹⁶⁵:

Sob o impacto dos meios de comunicação de massa, mobilizados em face de extorsões mediante seqüestro, que tinham como vitimizado figuras importantes da elite econômica e social do país (caso Martinez, caso Salles, caso Diniz, caso Medina, etc), um medo difuso e irracional, acompanhado de uma desconfiança para com os órgãos oficiais de controle social, tomou conta da população, atuando como um mecanismo de pressão ao qual o legislativo não soube resistir. Na linha de pensamento do *Law and Order*, surgiu a Lei 8.072/90, que é, sem dúvida, um exemplo significativo de uma posição político-criminal que expressa, ao mesmo tempo, radicalismo e passionalidade.

Do quanto exposto, é notório os processos de criminalização e de seletividade do sistema penal que visam punir e punir com sanções cada vez mais graves os indivíduos que praticam crimes contra o patrimônio, além da força que o sentimento de insegurança tem nos processos de tipificação de condutas e na cominação de sanções quando esse sentimento atinge, principalmente, as classes dominantes.

No entanto, os argumentos de cunho político, ou seja, não dogmático, em torno da questão da segurança pública “não podem ser considerados aptos a justificarem a intervenção punitiva exacerbada no campo patrimonial, sob o risco de aumentar, ainda mais, a seletividade de classes ao sistema prisional¹⁶⁶.

É dentro desse contexto que os crimes contra o patrimônio estão dispostos, conforme explicitado no início do capítulo, no Título II do Código Penal brasileiro, trazendo em sua configuração os seguintes tipos penais: Capítulo I – Do furto – arts. 155 e 156; Capítulo II – Do roubo e da extorsão – arts – 157 a 160; Capítulo III – Da usurpação – arts. 163 a 167; Capítulo IV – Do dano – arts. 163 a 167; Capítulo V- Da apropriação indébita – arts. 168 e 170; Capítulo VI – Do estelionato e outras fraudes – art. 171 a 179; Capítulo VII – Da receptação – art. 180 e, por fim, o capítulo que traz as disposições gerais (Capítulo VIII – Disposições gerais – arts. 181 a 183)¹⁶⁷.

Passemos agora a análise dos crimes patrimoniais no campo da jurisprudência pátria.

¹⁶⁵ FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. 2. ed. São Paulo: Revista Tribunais, 1992, p. 37.

¹⁶⁶ SPONCHIADO, Jéssica Raquel. **Desafios da dogmática penal frente aos crimes patrimoniais na realidade socioeconômica brasileira**. França : [s.n.], 2015, p. 322. Disponível em: <<https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/135984/000858405.pdf?sequence=1>> Acessado em 29 de jun. 2018.

¹⁶⁷ BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 05 jul.2018.

4.2 OS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

A jurisprudência nacional caminha no mesmo sentido da criminalização primária e secundária. Atua com rigor nas decisões que envolvem condutas tipificadas como crimes contra o patrimônio. Pautada em um formalismo jurídico, restringe-se a mecanismos de subsunção do fato ao tipo penal, perpetuando os mecanismos de seletividade do sistema penal, sendo necessária a integração entre Criminologia e dogmática jurídico-penal capaz de realizar uma crítica criminológica à utilização das concepções tradicionalistas a fim de regular o excesso de punitivismo penal na aplicação dos tipos patrimoniais por parte dos tribunais.¹⁶⁸

Vejamos alguns casos apreciados pelos Tribunais brasileiros que revelam o intenso punitivismo da instância judicial nos crimes contra o patrimônio.

A Sétima Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo¹⁶⁹ condenou Moisés Alves de Souza a dois anos de detenção por ter furtado R\$ 0,15 centavos do bolso de uma pessoa caída ao chão. O caso chegou ao STJ que somente então concedeu o Habeas Corpus em favor do paciente. O ministro relator do caso, Paulo Medina, afirmou que “por óbvio, o furto de R\$ 0,15 não gera considerável ofensa ao bem jurídico patrimônio.” No entanto, vejam que a acertada decisão somente veio com o julgamento no Tribunal Superior, antes disso, a Justiça de São Paulo condenou Moisés Alves de Souza em primeira e segunda instância pelo furto de R\$ 0,15 centavos. Nem sequer foi levado em consideração o princípio jurídico-penal da insignificância que aduz que a tipicidade penal exige, além do que determina o conceito analítico do crime, “uma ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico”¹⁷⁰, deve, portanto, haver uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a

¹⁶⁸SPONCHIADO, Jéssica Raquel. **Desafios da dogmática penal frente aos crimes patrimoniais na realidade socioeconômica brasileira**. França : [s.n.], 2015, p. 383- 384. Disponível em: <<https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/135984/000858405.pdf?sequence=1>> Acessado em 29 de jun. 2018.

¹⁶⁹SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **RECURSO DE HABEAS CORPUS: HC 23904/SP**. Relator: Ministro Paulo Medina, Sexta Turma, Julgado em 10/08/2004 DJ: 30/08/ 2004. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19428680/habeas-corporus-hc-23904-sp-2002-0099796-9/inteiro-teor-19428681>> Acesso em: 05 de jul. 2018.

¹⁷⁰ BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral, 1**. 17. ed. São Paulo : Saraiva, 2012, p. 109.

drasticidade da intervenção estatal¹⁷¹ e claramente não foi observado no caso em espeque.

No mesmo sentido é o acórdão proferido pela 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro¹⁷², que condenou um furto a estabelecimento comercial de 10 barras de chocolates no valor total de R\$ 34,00 (trinta e quatro reais). A condenação foi de dois anos de reclusão e dez dias de multa. Além do fato, que já chama a atenção pela desproporção da atuação punitiva, chama a atenção também a fundamentação dada pelo Tribunal em questão para condenar o réu. Segundo a relatora, o princípio da bagatela não é reconhecido pelo legislador, mas ainda que fosse, o referido instituto não poderia ser aplicado, isso porque “o objeto jurídico do crime de furto é o patrimônio, sendo garantida sua incolumidade pela Constituição Federal.¹⁷³”. A decisão revela a desproporção na condenação dos crimes patrimoniais, onde o bem jurídico patrimônio, ainda que seja no valor de R\$ 34,00 e sem violência alguma à pessoa, tem muito mais valor do que a liberdade do indivíduo. Além disso, continua a relatora:

O furto, em tese, se deu num estabelecimento comercial que, de certo, não teria sido vítima só do recorrido, mas também de outras pessoas, comércio que se mantém, paga seus empregados e seus tributos com o lucro auferido na venda de suas mercadorias e livrar todos os furtadores e roubadores da punição, baseado no princípio da bagatela, seria deixar a cargo do comerciante o prejuízo sofrido e impune quem subtrai patrimônio alheio¹⁷⁴.

Nesse sentido, o autor do fato estaria respondendo não somente pela sua conduta, mas pela conduta de outros que atuaram no mesmo sentido ou que poderão vir a atuar.

Ainda sobre os fundamentos utilizados para negar a aplicação do princípio em casos semelhantes aos elencados acima, um dos principais argumentos utilizados é o da insegurança coletiva causada pelos crimes em questão. Outro argumento que impede o reconhecimento do princípio é a verificação de antecedentes criminais do

¹⁷¹ Ibidem, p. 109.

¹⁷² TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **APELAÇÃO CRIME nº 0022201-42.2015.8.19.0038**. Relatora: Desembargadora Maria Sandra Kayat Direito, Primeira Câmara Criminal, Data de Julgamento: 09/12/2015, Publicação em 16/12/2015. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00047DD466B888D6C2435914EF4273123A07C5043F4A3F18>> Acesso em 11 jul. 2018.

¹⁷³ Ibidem, p. 6.

¹⁷⁴ Ibidem, loc. cit.

agente¹⁷⁵, conforme pode-se notar nas decisões a seguir:

APELAÇÃO. TENTATIVA DE FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. Aesar (sic) de a res furtiva ter sido avaliada em R\$79,00, que representava 12,70% do salário-mínimo vigente à época do fato, a certidão criminal do acusado evidencia que ele vem fazendo do crime seu estilo de vida, por isso merece a reprovação do Direito Penal. CRIME IMPOSSÍVEL. DESCABIMENTO. CONDENAÇÃO MANTIDA. O fato de o policial estar observando a movimentação do acusado não retira a possibilidade de lograr êxito na consumação do crime. Recurso desprovido. (Apelação Crime Nº 70066071994, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jucelana Lurdes Pereira dos Santos, Julgado em 17/09/2015)¹⁷⁶.

APELAÇÃO CRIMINAL - FURTO TENTADO - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - REINCIDÊNCIA - INAPLICABILIDADE.

1- A reincidência do réu impede a incidência do princípio da insignificância, pois a aplicação deste princípio deve ser reservada para casos excepcionais nos quais, além da ínfima lesão ao bem jurídico tutelado, deve ser analisado o grau de reprovação da conduta e os antecedentes do acusado¹⁷⁷

Tanto em uma decisão quanto na outra o não reconhecimento da insignificância baseou-se nos antecedentes dos agentes.

Quanto ao assunto, o Supremo Tribunal Federal¹⁷⁸ recentemente reconheceu a tese de que a reincidência, por si só, não é motivo suficiente para impedir a aplicação do princípio da insignificância. Em decisão publicada em 23/03/2017, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Habeas Corpus 17.422/SC, trancou a ação contra um homem denunciado por furto qualificado por levar 12 barras de chocolate de um supermercado, avaliadas em R\$ 54,28, no total. O ministro relator do Habeas Corpus, Ricardo Lewandowski, afirmou que mesmo que a pessoa tivesse antecedentes criminais, a atipicidade da conduta deveria ser

¹⁷⁵SPONCHIADO, Jéssica Raquel. **Desafios da dogmática penal frente aos crimes patrimoniais na realidade socioeconômica brasileira**—Franca : [s.n.], 2015, p. 384. Disponível em: <<https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/135984/000858405.pdf?sequence=1>> Acessado em 29 de jun. 2018.

¹⁷⁶ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **APELAÇÃO CRIME 70066071994**. Relatora: Desembargadora Jucelana Lurdes Pereira dos Santos, Setima Câmara Criminal, Data de Julgamento: 17/09/2015, Publicação em 01/10/2015. Disponível em <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/238450417/apelacao-crime-acr-70066071994-rs?ref=serp>> Acesso em 02 jul. 2018.

¹⁷⁷ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. **APELAÇÃO CRIME 10223110065404001**. Relatora: Desembargadora Denise Pinho da Costa Val, Sexta Câmara Criminal. Data de Julgamento 09/06/2015, Publicação em 19/06/15. Disponível em <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/200482196/apelacao-criminal-apr-10223110065404001-mg?ref=serp>> Acesso em 04 jul 2018.

¹⁷⁸ GALLI, Marcelo. **Reincidência não impede a aplicação do princípio da insignificância**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-abr-10/reincidencia-nao-impede-aplicacao-principio-insignificancia>>. Acesso em 02 de jul de 2018.

reconhecida, porque a aplicação da lei penal seria desproporcional.

O ministro citou também o precedente de caso relatado pelo ministro Dias Toffoli – HC 137.290/MG¹⁷⁹ – julgado em fevereiro de 2017. Na ocasião, julgava-se sobre a conduta de mulher que tentou subrair de um supermercado 2 frascos de desodorante e 5 frascos de goma de mascar, avaliados no total de R\$ 42,00 e, no caso, a ré possuía antecedentes criminais. A turma, por maioria dos votos, também reconheceu a atipicidade da conduta, independente dos registros criminais passados.

De fato, viola o ordenamento jurídico-penal fundado no Estado Democrático de Direito condenar o réu pelo crime se, mesmo reconhecido a valor ínfimo e os demais requisitos que revelam a necessária aplicação do princípio da indignificância, devido a reincidência, o princípio for afastado e o réu, conseqüentemente, condenado.

No entanto, apesar da decisão do Supremo Tribunal Federal estar em consonância com o ordenamento jurídico-penal, impende destacar que o Tribunal de Justiça de Santa Catarina não reconheceu o princípio em questão, condenando o réu pelo furto de 12 barras de chocolate avaliadas, no total, em R\$ 54, 28, o que comprova a postura dos Tribunais em punir severamente as condutas relacionadas ao patrimônio.

Dessa forma, em relação às instâncias judiciárias nos crimes dessa natureza, o que se evidencia é a atuação punitiva demasiada e desproporcional, que conserva a seletividade no sistema penal, em flagrante desobediência ao propósito para o qual o Direito Penal subsiste: conter as arbitrariedades do Estado no exercício do seu poder punitivo, de modo que o controle social ao qual ele se propôs a firmar, não adentre nas garantias do indivíduo submetido à sua atuação¹⁸⁰.

Visto a tendência criminalizante por parte do Judiciário nos crimes contra o patrimônio, importante se faz o exame das conseqüências da ingerência estatal nesse tipo de crime. Constatamos em momento anterior que a omissão estatal na

¹⁷⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HABEAS CORPUS 137. 290/MG**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma. Data de Julgamento: 07/02/2017, Publicação em 02/08/2017. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13268724>> Acesso em 02 jul. 2018.

¹⁸⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Culpabilidade por Vulnerabilidade**. Revista Discursos Sediciosos n. 14. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p.1. Disponível em: <http://www.freixinho.adv.br/artigos/descricao.php?id_publicacoes=14>. Acesso em: 28 mai. 2018.

efetivação de direitos constitucionais (principalmente nos direitos sociais) torna-o co-responsável pelo cometimento de certos delitos por parcela da sociedade, mas é revelante uma breve apresentação dessa interferência no plano dos crimes contra o patrimônio para que cheguemos aos fundamentos da redução da pena a partir do reconhecimento da necessidade de um Direito Penal Mínimo nesse tipo de criminalidade.

4.3 DA CULPABILIDADE POR VULNERABILIDADE NOS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO E DIREITO PENAL MÍNIMO

Já sabemos que os crimes contra o patrimônio figuram na lista das infrações penais mais criminalizadas em nossa sociedade, mas é relevante entendermos que essa criminalidade está intrinsecamente ligada à ingerência do Estado na prestação das políticas públicas. A má administração da coisa pública gera desigualdade social, criando bolsões de miséria que separam, cada vez mais, as classes sociais que compõem o Estado brasileiro.¹⁸¹ Nesse sentido, a ausência do Estado é fator preponderante para a prática dos crimes contra o patrimônio¹⁸². Levando-se em consideração que a população carcerária está composta, na maioria, por indivíduos de classe baixa e que estão alijadas de diversos direitos necessários à subsistência digna, é evidente que a criminalidade patrimonial é reflexo direto dessa realidade.

Greco (2017, p. 602) traz pertinente reflexão sobre o assunto:

Talvez o leitor nunca tenha se perguntado por que no Japão o índice de crimes patrimoniais é tão baixo. Será porque os tipos penais japoneses são mais bem redigidos do que os nossos, e com isso, a mensagem punitiva do Estado chega melhor ao conhecimento de todos ou será porque o Japão cumpre com suas funções sociais, proporcionando a quase todos uma vida digna?

Obviamente que o cumprimento das funções sociais inibe essa espécie de criminalidade. Aqueles que possuem uma condição financeira razoável, que lhes permite a satisfação de alguns desejos (pois satisfazer todos seria impossível, pelo menos para a maioria absoluta da população), não estarão propensos a praticar quaisquer dos crimes previstos no Título II da Parte Especial do Código Penal. Você imagiaria, por exemplo, alguém com uma renda superior a 20 salários mínimos roubando um turista em plena luz do dia, arrancando-lhe das mãos a sua câmera fotográfica ou, mesmo, sequestrando alguém com o fim de obter um resgate? Isso aconteceria somente como exceção, justificando a regra geral.

¹⁸¹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial, volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa**. 14. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017, p. 601.

¹⁸² Ibidem, p. 602.

Sendo assim, conclui-se que os crimes contra o patrimônio, previstos no Título em questão, surgem da ausência do Estado Social, que cria, dada a má administração, um abismo entre as classes sociais, gerando, conseqüentemente, um clima de tensão, que resulta no desenvolvimento de uma mentalidade voltada à prática de crimes contra o patrimônio¹⁸³.

Por esse motivo, não é razoável punir pessoas que ocupam papéis diferentes na estrutura social com a mesma intensidade, levando-se em consideração a distribuição desproporcional dos direitos constitucionalmente previstos¹⁸⁴. Punir os crimes patrimoniais com as penas altas geralmente aplicadas para esse tipo de crime no Código Penal, gera descaracterização do princípio da igualdade, pois viola a igualdade material. Somente seria possível estabelecer juízos igualitários de reprovabilidade individual pela infração cometida se, na análise do autor dos crimes contra o patrimônio, fosse constatado que existiu, por parte do Estado, a satisfação do mínimo existencial¹⁸⁵

Que o sistema punitivo brasileiro conduz à severa punição dos crimes contra o patrimônio, já sabemos. Que esse paradigma advém da estrutura social que privilegia o patrimônio em razão das classes sociais mais elevadas que detêm interesses prevaletentes quanto a esse bem jurídico, também. No entanto, há de ser observado que a Constituição Federal de 1988 traz como valor fundamental o direito à propriedade (art. 5º, XXII, CRFB/88)¹⁸⁶, mas apesar disso, ele não é absoluto e nem prevaletente sobre os demais, posto que o mesmo diploma legal, ao tratar do assunto, traz também a função social da propriedade (art. 5º, XXVIII, CRFB/88)¹⁸⁷, o que revela a importância em ponderar outros valores ao tratar da temática em questão.

Dentro desse contexto, deve-se analisar que a atuação do Direito Penal na criminalidade patrimonial resulta, no mais das vezes, no cerceamento da liberdade do indivíduo infrator por meio de penas desproporcionais.

Com o redimensionamento dos valores a serem garantidos com o advento da

¹⁸³ Ibidem, loc.cit.

¹⁸⁴ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. 2. ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2002, p. 71.

¹⁸⁵ Ibidem, p. 72.

¹⁸⁶ BRASIL. **Constituição Federal da República do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 05 jul. 2018.

¹⁸⁷ Ibidem.

atual Constituição, impõe-se necessário o redimensionamento também no plano jurídico-penal através da reavaliação do tipos penais, bem como das penas cominadas a esse tipo de criminalidade. Por esse motivo, é pertinente também analisar a criminalidade patrimonial também sob a perspectiva de um Direito Penal Mínimo.

O discurso sobre a necessidade de punições mais severas âncora-se, além da pressão social exercida sob a justificativa da insegurança pública que a criminalidade patrimonial gera no seio social, na necessidade também de prevenção da criminalidade. Ocorre que o discurso crítico reconhece que essas justificativas, na verdade, constituem-se em “retórica legitimadora da repressão seletiva de indivíduos das camadas sociais inferiores, fundada em indicadores sociais negativos de marginalização, desemprego, pobreza, etc., que marca a criminalização das massas excluídas.¹⁸⁸”

A concepção minimalista de Direito Penal está norteado por diversos princípios, dentre eles destaca-se o princípio da intervenção mínima¹⁸⁹. De acordo com Bitencourt¹⁹⁰, o princípio da intervenção mínima orienta e limita o poder incriminador do Estado na medida em que determina que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a intervenção diante da violação de um bem jurídico. Dessa forma, se para restabelecer a ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, por exemplo, não será necessário a intervenção penal. Rogério Greco¹⁹¹, por sua vez, afirma que o referido princípio faz com que ocorra também a chamada descriminalização, posto que o legislador deverá estar atento às mutações na sociedade capazes de gerar esse fenômeno. Sendo assim, o Direito Penal deverá interferir o menos possível na vida em sociedade e, se na prática de um crime contra o patrimônio ficar claro que o mesmo pode ser reparado de outro modo, como com a restituição do patrimônio

¹⁸⁸SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 3 ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, p. 716.

¹⁸⁹ TELLES, Juliana Maria Marfins. **Direito penal mínimo: A influência da tutela penal mínima no combate á criminalidade** – Fortaleza, 2009, p. 30. Disponível em: <[http://www.mpce.mp.br/wpcontent/uploads/ESMP/monografias/d.penal-d.proc.penal/direito.penal.do.minimo.a.influencia.da.tutela.penal.minima.no.combate.a.criminalidade\[2010\].pdf](http://www.mpce.mp.br/wpcontent/uploads/ESMP/monografias/d.penal-d.proc.penal/direito.penal.do.minimo.a.influencia.da.tutela.penal.minima.no.combate.a.criminalidade[2010].pdf)>. Acesso em 03 jul 2018.

¹⁹⁰ BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**, 1. 17 ed. São Paulo : Saraiva, 2012, p. 96.

¹⁹¹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – parte geral, vol 1**. 17 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p. 97.

afetado ou reparação civil nos crimes de furto, por exemplo, onde nem violência à pessoa há, outra medida que não a Penal deverá ser adotada.

Outro princípio que é necessário à perspectiva dos crimes patrimoniais é o princípio da adequação. O princípio em comento, de acordo com Bitencourt¹⁹² leva em consideração que certos comportamentos típicos carecem de relevância social, pois muitas vezes não há harmonia entre a conduta tipificada e o que é socialmente tolerado:

A tipicidade de um comportamento proibido é enriquecida pelo *desvalor da ação* e pelo *desvalor do resultado* lesando efetivamente o bem juridicamente protegido, constituindo o que se chama de *tipicidade material*. Donde se conclui que o comportamento que se amolda a determinada descrição típica formal, porém materialmente irrelevante, adequando-se ao socialmente permitido ou tolerado, não realiza materialmente a descrição típica¹⁹³.

A aplicação das sanções aos crimes patrimoniais encontra-se em descompasso ao que preconiza o princípio da adequação social, posto que, muitas vezes não há tipicidade material para a sua justificação, já que o meio é muito mais gravoso do que a infração praticada.

O princípio da lesividade ou ofensividade também merece destaque, posto que atua também limitando a atividade do legislador ao tipificar as condutas puníveis penalmente, orientando as condutas que não devem sofrer os rigores da norma penal¹⁹⁴. Além disso, serve de critério interpretativo, levando o intérprete da lei a encontrar em cada caso concreto uma importante lesividade ao bem jurídico em questão.¹⁹⁵ Nesse sentido, Bitencourt (2012, p. 113) esclarece:

[...]a primeira função do princípio da ofensividade é limitadora do *ius puniendi* estatal, dirigindo-se especificamente ao legislador, antes mesmo de realizar sua atividade-fim, qual seja, elaborar leis; a segunda configura uma limitação ao próprio Direito Penal, destinando-se ao aplicador da lei, isto é, ao juiz, que é, em última instância, o seu intérprete final.

O que nos remonta à criminalização primária e secundária já abordada. No capítulo anterior demonstramos como ocorre os processos de criminalização nos

¹⁹² BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**, 1. 17 ed. São Paulo : Saraiva, 2012, p. 103.

¹⁹³ Ibidem, p. 103-104.

¹⁹⁴ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – parte geral, vol 1**. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p. 101.

¹⁹⁵ BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**, 1. 17. ed. São Paulo : Saraiva, 2012, p. 112.

crimes contra o patrimônio. O legislador tende a punir de maneira mais rígida os crimes dessa natureza, demonstrando a criminalização primária que envolve esse tipo de crime. Da mesma forma, a aplicação da lei penal também revela-se intensa. Por esse motivo o princípio da ofensividade merece destaque, em razão da sua necessária observação para a reanálise do instituto.

Portanto, diante da atuação punitiva excessiva tanto no plano da criação dos tipos penais relativos aos crimes contra o patrimônio, bem como na cominação das sanções e na respectiva aplicação das normas, é imperiosa a revisão das referidas normas à luz dos princípios em questão, de maneira a limitar o poder punitivo estatal em relação aos crimes patrimoniais, uma vez que não é razoável que a valoração deste bem jurídico esteja muito acima da liberdade.

Então, ainda nesse sentido de reanálise da atuação do poder punitivo estatal nos crimes contra o patrimônio, é importante não esquecermos de que é necessário considerar a situação do infrator da norma dos tipos patrimoniais. Se constatado que a privação do mínimo existencial interferiu no âmbito de autodeterminação desse indivíduo em agir de acordo com a norma, a reprovabilidade deste será menor, pois é o mais coerente em um Estado Democrático de Direito.

Vimos no primeiro capítulo que a teoria da culpabilidade foi ganhando novos delineamentos ao longo da evolução histórica do Direito Penal. Hoje, é imperioso que o referido instituto venha a moldar-se à luz do que preconiza a teoria Culpabilidade por Vulnerabilidade a fim de que o poder punitivo estatal não perpetue os processos de criminalização que refletem em um sistema penal seletivo com dados prisionais alarmantes.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ordenamento jurídico pátrio, conforme vimos ao longo do trabalho, está pautado pelos princípios constitucionais, revelando motivar-se de acordo com os parâmetros definidos em um Estado Democrático de Direito. Tal fato garante um leque de direitos que, além de proteger as liberdades individuais, garantem a atuação do Estado para assegurar direitos mínimos a uma existência digna através da implementação de políticas públicas.

Ocorre que o Estado infringe o dever de efetivação desses preceitos e tal fato reflete na criminalidade patrimonial, pois a privação dos direitos mínimos em questão interfere na capacidade de autodeterminação do indivíduo privado dos direitos necessários e que praticam esse tipo de criminalidade.

Dessa forma, o Estado torna-se co-responsável diante do delito cometido. Apesar da realidade demonstrar que sim, aqueles que estão privados do direito à moradia digna, a educação, a saúde e impossibilitados de prover a subsistência própria e dos seus familiares estão muito mais propensos ao cometimento de crimes patrimoniais, esse não é o único dado aferidor desse tipo de criminalidade, apesar da relevância do assunto. Nesse ponto, a teoria da culpabilidade por vulnerabilidade supre a lacuna deixada pela teoria anterior (teoria da co-culpabilidade).

O indivíduo que se encontra nas condições acima descritas, está, junto com outros fatores –posição social, etnia, grau de escolaridade – mais vulnerável ao alcance do sistema penal. Deve-se convir que a população carcerária composta na maioria por indivíduos que cometeram crimes contra o patrimônio não revela a tendência de determinadas pessoas na prática desses crimes, mas os processos de criminalização que envolvem a punição estatal relativa aos crimes contra o patrimônio.

Sendo assim, deve-se verificar além do estado de vulnerabilidade do agente que praticou o crime patrimonial, a situação concreta de vulnerabilidade ao qual ele se encontra no momento da infração às referidas normas.

Os processos de criminalização manifestam a seletividade do sistema penal brasileiro. As leis que disciplinam os tipos penais relacionados à criminalidade em comento são editadas com previsões rigorosas e apresentam teor que miram principalmente as classes sociais mais desfavorecidas e marginalizadas. Do mesmo

modo, as agências responsáveis pela aplicação da lei penal tendem a punir os infratores que praticam crimes contra o patrimônio mais do que quaisquer outros crimes. Tal fato é comprovado a partir dos dados da realidade carcerária brasileira e da jurisprudência nacional, que revelam a sanha dos órgãos estatais em alcançar aqueles que praticam esse tipo de criminalidade.

O discurso que legitima a realidade social demonstrada ao longo do trabalho, afirma o caráter necessário de controle social por parte do Direito Penal, além da insegurança pública gerada por aqueles que atentam contra as normas que regulam os tipos penais em comento.

Ocorre que esse discurso encombe a real motivação do rigor na tipificação e aplicação dessas normas. Visa-se manter a estrutura que privilegia certos estratos da sociedade.

Diante do tratamento desproporcional e do excesso punitivo realizado pelos órgãos estatais aos infratores dos tipos patrimoniais, necessário se faz a reanálise das normas penais e das sanções cominadas a esse tipo penal, além da necessária reanálise da atuação das instâncias judiciais que atuam na aplicação das normas em comento, posto que, pelas características dos crimes contra o patrimônio, determinados sujeitos estarão mais vulneráveis ao alcance do poder punitivo do Estado, que, ao atingir a situação concreta de vulnerabilidade, terá a liberdade cerceada com a aplicação de penas altas, perpetuando a realidade carcerária que demonstra os processos de criminalização, e que, por sua vez, reflete a seletividade do sistema penal.

Por esse motivo, é necessário analisar os crimes contra o patrimônio sob a perspectiva dos princípios preconizados pelo Direito Penal Mínimo, observando princípios como o da adequação social e intervenção mínima. Não perdendo de vista, principalmente, a situação do infrator da norma em questão que, se tiver um alto grau de vulnerabilidade e atingir, sem maiores esforços, a situação concreta de vulnerabilidade, deverá ter uma reprovabilidade menor, posto que o âmbito de autodeterminação desse indivíduo está limitado ou reduzido em razão do cerceamento de direitos essenciais a uma sobrevivência digna.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Tulio Ponte. **Culpabilidade por vulnerabilidade na prática penal brasileira**. Artigo conteúdo jurídico, 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-culpabilidade-por-vulnerabilidade-na-pratica-penal-brasileira,55954.html>> Acesso em: 02 jun. 2018.
- ANDRADE, Vera Regina de. **A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 2º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à sociologia do direito penal**. 3º ed- Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia,2002.
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral, 1**. 17. ed.São Paulo : Saraiva, 2012.
- BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>.
- BRASIL. **Constituição Federal da República do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 05 jul. 2018.
- BRASIL. **Lei de Introdução ao Código Penal**. Decreto Lei nº .914 de dezembro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.htm>. Acesso em: 25 jun. 2018.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Lisboa: Almedina, 2001.
- CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo** .2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- CRUZ, Lucas Coelho. **A Desproporção das penas destinadas aos crimes contra o patrimônio**. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/4274/a-desproporcao-penas-destinadas-aos-crimes-contra-patrimonio>>. Acesso em: 22 jun. 2018>
- FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. 2 ed. São Paulo: Revista Tribunais, 1992.

GALLI, Marcelo. **Reincidência não impede a aplicação do princípio da insignificância.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-abr-10/reincidencia-nao-impede-aplicacao-principio-insignificancia>>. Acesso em: 02 de jul de 2018.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – parte geral, vol 1.** 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial, volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa.** 14. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

INFOOPEN. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOOPEN.** Atualização – junho de 2016 – Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública Departamento Penitenciário Nacional, 2017. Disponível em <http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2018.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal, volume 1: parte geral.** 32.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

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

MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. **O Conceito Material de Culpabilidade: O Fundamento da Imposição da Pena a um Indivíduo Concreto em face da Dignidade da Pessoa Humana.** Editora JusPODVM, 2009.

MOURA, Grégore Moreira de. **Do Princípio da Co-Culpabilidade no Direito Penal.** Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 13.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional administrativo.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

RIBEIRO, Neide Aparecida. **A Trajetória da Criminalidade Patrimonial nas Legislações Brasileiras à Luz da Criminologia.** p,104. Disponível em:<<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/RDA/article/view/5083>> Acesso em 25 de jun de 2018.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral.** 3.ed. Curitiba: IPC; Lumen Juris, 2008.

SPONCHIADO, Jéssica Raquel. **Desafios da dogmática penal frente aos crimes patrimoniais na realidade socioeconômica brasileira.** França : [s.n.], 2015. Disponível em: <<https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/135984/000858405.pdf?sequence=1>> Acessado em 29 de jun. 2018.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **RECURSO DE HABEAS CORPUS: HC 23904/SP**. Relator: Ministro Paulo Medina, Sexta Turma, Julgado em 10/08/2004 DJ: 30/08/ 2004. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19428680/habeas-corporus-hc-23904-sp-2002-0099796-9/inteiro-teor-19428681>> Acesso em: 05 de jul. 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HABEAS CORPUS 137. 290/MG. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma. Data de Julgamento: 07/02/2017, Publicação em 02/08/2017. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13268724>> Acesso em 02 jul. 2018.

TELLES, Juliana Maria Marfins. **Direito penal mínimo: A influência da tutela penal mínima no combate á criminalidade** – Fortaleza, 2009, p. 30. Disponível em: <[http://www.mpce.mp.br/wpcontent/uploads/ESMP/monografias/d.penal-d.proc.penal/direito.penal.do.minimo.a.influencia.da.tutela.penal.minima.no.combate.a.criminalidade\[2010\].pdf](http://www.mpce.mp.br/wpcontent/uploads/ESMP/monografias/d.penal-d.proc.penal/direito.penal.do.minimo.a.influencia.da.tutela.penal.minima.no.combate.a.criminalidade[2010].pdf)>. Acesso em 03 jul 2018.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TORRES, Ricardo Lobo. **A cidadania multidimensional na Era dos direitos**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. **APELAÇÃO CRIME 10223110065404001**. Relatora: Desembargadora Denise Pinho da Costa Val, Sexta Câmara Criminal. Data de Julgamento 09/06/2015, Publicação em 19/06/15. Disponível em <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/200482196/apelacao-criminal-apr-10223110065404001-mg?ref=serp>> Acesso em 04 jul 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **APELAÇÃO CRIME 70066071994**. Relatora: Desembargadora Jucelana Lurdes Pereira dos Santos, Setima Câmara Criminal, Data de Julgamento: 17/09/2015, Publicação em 01/10/2015. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/238450417/apelacao-crime-acr-70066071994-rs?ref=serp>> Acesso em 02 jul. 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **APELAÇÃO CRIME nº 0022201-42.2015.8.19.0038**. Relatora: Desembargadora Maria Sandra Kayat Direito, Primeira Câmara Criminal, Data de Julgamento: 09/12/2015, Publicação em 16/12/2015. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00047DD466B888D6C2435914EF4273123A07C5043F4A3F18>> Acesso em 11 jul. 2018.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Culpabilidade por Vulnerabilidade**. Revista Discursos Sediciosos n. 14. Rio de Janeiro: Revan, 2004. Disponível em: <http://www.freixinho.adv.br/artigos/descricao.php?id_publicacoes=14>. Acesso em: 28 mai. 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: teoria geral do direito penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.