

## Senso Incomum: Dirfarçou-se, furtou doce e pena é por quadrilha

### Spacca



#### ção que se dirfarçou de “cliente”

Um sujeito cujas iniciais são E.J.F. foi processado por furto, duas vezes qualificado por usar meio fraudulento. O fato ocorreu no interior do RS. Em dois supermercados diferentes, E.J.F. tentou furtar barras de chocolate e um litro de whisky (sobrevalorizado no auto respectivo), tudo avaliado, nos dois fatos, em R\$ 82,00. Em face da vigilância do supermercado, E.J.F. foi detido e as mercadorias apreendidas na hora.

O que impressiona é que o promotor denunciou-o por furto consumado. Ah, e, claro, com a qualificadora de “fraude”. Afinal, o indivíduo “fez-se passar por cliente”. E isso dobra a pena. Ao fim e ao cabo, a juíza desclassificou o crime para tentativa, mas qualificado. Rejeitou a insignificância e tascou-lhe a pena de 3 anos e 2 meses de prisão mais multa. Detalhe: o promotor não esteve na audiência de instrução. Portanto, sequer houve acusação *stricto sensu*.

A juíza fez uma longa sentença para justificar essa condenação. Minha pergunta: como é essa coisa de “se fazer passar por cliente”? Será que os clientes de um supermercado têm um modo próprio de se vestir e os ladrões, não? Logo, se o ladrão “se faz passar por um cliente”, a pena do furto dobra. Mais ainda, a denúncia diz, no frontispício, que a ação de E.J.F. causou prejuízo ao estabelecimento. Como assim, se toda a mercadoria foi apreendida, conforme o auto de fls (adoro a frase “auto de folhas”)?

Poderia, aqui, elencar centenas ou milhares de casos desse tipo que ocorrem no vasto território de Pindorama. E o braço longo e firme do direito penal, manejado pelo Ministério Público e Magistratura (e pala polícia, seletivamente), é duro e firme... contra os pobres. Contra a patuleia.

E isso é histórico. Sentenças desse tipo são “paradigmáticas”. Por tentar furtar chocolates e whisky, a pena é maior do que se associar para cometer crimes.

### Cenário 2. A sonegação de tributos e a isenção de pena

Historicamente, em *terrae brasilis* nunca se tratou os chamados crimes de colarinho branco como se tratam os crimes do “andar de baixo” cometidos pelos patuleus. Para fins de mera exemplificação da asserção, a Lei 4.729/65 estabelecia penas de detenção de 6 meses a 2 anos ao crime de sonegação fiscal. Ou seja, a desproporcionalidade era tanta que às condutas que configuravam crimes-meio para a prática da sonegação fiscal (tais como a falsificação e o uso de documento falso) era cominada, no Código Penal, sanção autônoma bastante superior à cominada à prática do crime-fim. Então, apenas em 1990, a Lei 8.137 agravou as penas, tendo sido, contudo, o aumento da sanção acompanhado da previsão da extinção da punibilidade ante o pagamento do tributo antes do recebimento da denúncia.

Na (des)proteção da ordem tributária, em retrocessos e avanços legislativos, chegou-se ao artigo 9º da Lei 10.684/03 em que se determina a suspensão da pretensão punitiva — com o parcelamento — e a extinção da punibilidade — com o pagamento dos débitos oriundos de tributos e de contribuições sociais. Em caso emblemático, quando do julgamento de *Marcos Valério* — Recurso Especial 942.769 – MG (2007/0046519-5), o Superior Tribunal de Justiça decidiu pela extinção da punibilidade de crime de

---

sonegação fiscal pelo pagamento das parcelas não recolhidas em momento posterior ao recebimento da denúncia, consagrando o entendimento que o pagamento do tributo a qualquer tempo enseja o fim da possibilidade de responsabilização penal. O (mero) parcelamento do débito oriundo de crimes contra a ordem tributária e previdência extingue a punibilidade (artigo 9º da Lei 10.684/03), mas ainda se resiste em estender semelhante benefício aos autores de furto (em que se restitui a *res furtiva*). Fui o primeiro a escrever sobre isso, em 1990. E o TJ-RS acatou parecer de minha lavra por diversas vezes, aplicando isonomicamente a extinção da punibilidade dos crimes de sonegação para os casos de furto sem prejuízo (com devolução da *res furtivae*).

Pronto. Esse é o contraponto. Tudo isso acontece no mesmo país. Ah: o Ministério Público (estadual), que denunciou o sujeito dos chocolates e depois nem compareceu à audiência, emitiu parecer favorável (no âmbito federal) à extinção de punibilidade de Marcos Valério.

Vejam: a lei diz que a devolução deve ser feita antes do recebimento da denúncia... Mas, mesmo feita depois, vale. Para o andar de cima, é claro. Já no caso de furto, o acusado pode devolver que nada lucrará. No máximo, por vezes, ser-lhe-á aplicado o artigo 16 do Código Penal.

### **Origens disso? A crise do Direito (Penal) e a Constituição: o seu caráter estamental**

Partirei de uma tese. Em *terrae brasiliis*, o poder político se articula a partir de um Estado que é *patrimonialista* em seu conteúdo e *estamental* em sua forma. Os estamentos, vistos a partir de Faoro, mostram-nos que, em determinadas circunstâncias, o Brasil é ainda pré-moderno. Temos uma sociedade de estamentos, que “ficam de fora” da classificação tradicional de classes sociais. Ninguém faz lei contra si mesmo! Só para os outros.

Há, assim, brasileiros “diferentes” de outros brasileiros. Essa constatação assume ares dramáticos, quando percebemos que, passados 25 anos desde a promulgação da Constituição, não há indicativos de que tenhamos avançado no sentido da superação da crise por que passa a operacionalidade do Direito. Persistimos atrelados a um paradigma penal de nítida feição liberal-individualista, corrompido e potencializado pela estrutura patrimonialista e estamental do Estado brasileiro. Isto é, preparados historicamente para o enfrentamento dos conflitos de índole interindividual (Caio versus Tício mais o idiota do Mévio), não engendramos, ainda, as condições necessárias para o enfrentamento dos delitos de feição transindividual (bens jurídicos supraindividuais), que compõem majoritariamente o cenário desta fase de desenvolvimento da sociedade brasileira.

Um pouco de história faz bem. Outorgada a Constituição em 1824, permanecemos com as Ordenações Filipinas (talvez o diploma penal mais emblemático em termos de criminalização da pobreza, eis que estabelecia ao fim de cada tipo uma pena diferente para cada “qualidade” de autor) até o ano de 1830, quando foi editado o Código Criminal, nitidamente direcionado a escravos e congêneres (aliás, havia uma inconstitucionalidade que jamais pôde ser decretada: a Constituição aboliu as penas cruéis, já o Código impunha a conversão de qualquer pena distinta da morte ou das galés em açoites quando o condenado fosse escravo). A seletividade penal também se fazia clara na desproporção das penas entre os crimes “de senzala” e os da “casa grande”. Basta ver que as lideranças do crime de insurreição (reunião de vinte ou mais escravos objetivando a obtenção da liberdade por uso da força) tinham para si reservadas a pena capital, enquanto às do de rebelião (reunião de mais de vinte mil pessoas de uma ou mais povoações visando o cometimento de crimes como tentar destruir o Império, provocar nação

---

estrangeira a declarar guerra contra o Brasil e outras) se destinava prisão perpétua. Como isso é atual, não?

Proclamada a República, já no ano seguinte tínhamos um novo Código, agora dirigido aos ex-escravos e congêneres. Mais uma vez “se olvidou” dos setores empoderados, afinal, centenas de anos de escravidão marcaram indelevelmente o sentido de classe do direito, em especial o direito penal. Por isso, a ausência histórica de punições mais efetivas contra crimes contra o erário público, corrupção entre outros. E não esqueçamos a relevante circunstância de que criminalizar a pobreza é um eficaz meio de controle social. É nesse tempo que têm vez os ditos “crimes contra a ordem pública”, tais como a vadiagem, a embriaguez, a mendicância e a capoeira. Todos seguindo a mesma lógica moralista e com o mesmo intuito de reprimir os elementos destoantes da patuleia que se recusassem (ou não conseguissem) à inserção no sistema.

*Mutatis mutandis*, a preocupação maior sempre foi com a proteção da propriedade privada e dos interesses *lato sensu* das camadas dominantes, questão que ficou bem visível no Código de 1940, que surge em pleno Estado Novo, agora com a preocupação de atingir a um outro tipo de “clientela”: um Brasil que aos poucos se urbanizava e que passava pela segunda fase do processo de substituição de importações (não esqueçamos que até 1930 o Brasil se sustentava na base da economia agrário-exportadora). Inspirado no modelo fascista, o Código Penal apontou efetivamente para o “andar de baixo”, com especial preocupação com os crimes contra o Estado, o “livre desenvolvimento” do trabalho, a “proteção dos costumes” entre outros, mas sempre dando ênfase à propriedade privada: o furto recebeu uma qualificadora de chave falsa, uma vez que as pessoas guardavam dinheiro em suas casas, problemática também presente (e protegida) pela qualificadora da escalada (os muros grandes não cercavam os cortiços do proletariado. A pena fora duplicada (2 a 8 anos). Vejam: aqui está a qualificadora da fraude aplicada ao EJM há poucos dias no RS...

Nem quero falar, aqui, da Lei das Contravenções Penais, um *behaviorismo* criminal. E que continua em vigor. Mas que o porteiro dos tribunais já deveria ter declarado como não recepcionada. Bingo. Aqui é interessante notar o modo como aparece o componente de “classe” no direito criminal: enquanto se punia criminalmente a mendicância, também se punia, na área cível, o pródigo; com isso, cria-se um elo entre o mendigo e o pródigo; o primeiro denuncia o sistema injusto, a divisão em classes (como não poderia ser diferente, era requisito subjetivo do tipo que o autor não tivesse renda ou meios para o próprio sustento, o que permite concluir que era um crime próprio, unicamente possível de ser praticado por pobres) entre outros; já o segundo decepciona o sistema, d’onde se pode dizer que o pródigo é o *lumpen da burguesia* nacional). Escrevi isso pela primeira vez em 1986.

Ao (atual) Código Penal de 1940 foram sendo acrescentadas leis, sendo que parcela considerável sem qualquer sistematicidade. Na medida em que o crime se organizava e mudava de feição, foi-se legislando de forma *ad hoc*, como, por exemplo, a lei do Colarinho Branco (Lei 7492/86), a da Lavagem de Dinheiro (Lei 9.613/98), do Crime Organizado (Lei 9.034/95), dos Crimes Hediondos (Lei 8072/90). E por aí afora.

### **Confissão: sim, criminalizamos a pobreza e mantemos um direito penal de “classe”**

Já é de certa forma um lugar-comum qualificar o Direito Penal como conservador e ideológico, típico de um modelo de Estado em que a produção das leis (e do Direito em geral) segrega a pobreza, afastando-a

---

da sociedade civil (composta por pessoas “de bem”?), a pretexto de garantir a almejada “paz social”. Não há, pois, como dizer que o Direito Penal “clássico” não seja mesmo refém de um paradigma liberal-individual-patrimonialista, que o colocou a serviço da proteção do patrimônio, da propriedade e, sobretudo, dos proprietários.

Ora, se nos quadros de um modelo de Direito Liberal fazia algum sentido o privilégio da defesa do patrimônio e segurança individuais, agora nós devemos (deveríamos) ter em mente a presença de novos bens jurídicos. Afinal, não há (mais) oposição entre Estado e sociedade, pois não? A defesa do Estado (isto é, de um Estado que passa da condição de “inimigo” para a de “amigo dos direitos fundamentais”, bem entendido) é a defesa da cidadania. E, no interior dessa “reviravolta”, é evidente que as baterias do Direito Penal deve(ria)m ser voltadas para aquelas condutas que se coloquem como entrave à concretização do projeto constitucional. Nesse contexto, *desvela-se* (em sentido hermenêutico) uma nova criminalidade a ser combatida, aquela que atinge bens jurídicos *supra individuais*, que afetam toda a coletividade (sonegação, corrupção, lavagem entre outros).

Nesse sentido, vale lembrar que Constituição efetivamente determina ao Legislativo e ao Judiciário que orientem o seu agir para esta direção, dando *proteção suficiente* aos bens jurídicos que foram catalogados em destaque (não só a ordem econômico-financeira, mas também o meio ambiente e a infância e juventude, por exemplo). E, afinal, se o Direito Penal é a *ultima ratio*, a mais grave das redes sancionatórias do aparato estatal, o mínimo que se espera é que trate desigualmente os crimes desiguais. Contudo, a “baixa constitucionalidade” do Legislativo e da comunidade jurídica faz com que a *sua almejada integridade seja uma quimera*. Uma rápida pesquisa nos principais sítios eletrônicos dos Tribunais do Brasil nos dá provas incontornáveis disso.

Não vou traçar uma analítica da incongruência dos tipos penais. E nem do modo como o Ministério Público e o Judiciário olham para isso. Basta referir, neste momento, que ao crime de furto qualificado é cominada pena abstrata muito superior à sanção prevista ao crime de lesão corporal de natureza grave. Se para o primeiro a pena em abstrato varia de 3 a 8 anos de reclusão, no segundo caso limita-se em 1 a 5 anos. Conclusão: a subtração de bem patrimonial do interior da residência da vítima realizada por mais de uma pessoa implica sanção superior à ofensa à integridade corporal de que resulte debilidade permanente de membro, sentido ou função, ou ainda que coloque em perigo a vida da vítima. Aliás, o crime de adulteração de chassi ou sinal de veículo automotor, fruto de eficiente *lobby* das seguradoras de veículos, tem um apenamento de 3 a 6 anos de reclusão e multa. Essa pena mínima é maior do que às cominadas aos crimes de lesão corporal permanente com perda de membro, de instigação ao suicídio, se vier a ocorrer a morte, e de infanticídio (2 anos em todos). E assim por diante (explanarei isso em outro dia).

### **Como conter o gozo da sociedade sem ser tirânico?**

O legislador não pode se guiar por pragmatismos inconsequentes que destroem a diferença. Esse pragmatismo vira ceticismo, porque, na medida em que cada ato humano tem um conteúdo fático, torna-se absolutamente problemático o processamento da validade desse ato. Com efeito, se elimino o elemento diferencial que identifica cada ato (valorado como delito), caio no cinismo, uma vez que “tanto faz qual o delito que cometo”. Isso porque, muito embora o direito penal deva ser utilizado apenas como *ultima ratio*, parece evidente que existem situações e hipóteses em que o bem jurídico não estaria suficientemente protegido, mormente em uma comparação com outras formas de proteção. Deveria

---

causar espanto à comunidade jurídica o fato de o legislador não abrir mão do Direito Penal para combater delitos menos relevantes — no que diz respeito a sua danosidade social — como o furto e apropriação indébita, e, nos casos de crimes mais graves como os de cariz supra individual, agir de modo absolutamente contrário. E parece que o Projeto do novo Código Penal vai nessa mesma linha. Como é difícil nos desvencilharmos de nossa tradição patrimonialista-estamental...!

Por fim, qual é o papel do Direito Penal? O direito penal não trata de “coisas boas”. Isso é evidente. Nem é instrumento de transformação da sociedade ou do indivíduo. A concepção de um direito garantidor é uma conquista da humanidade. Mas, em tempos de novos paradigmas, ficamos no entremeio de uma aporia: os penalistas (e não somente eles) são praticamente uníssonos (com exceção dos discursos *law and order*) em apontar o direito penal como discriminatório, seletivo, estigmatizador e “protetor dos interesses das camadas dominantes”. Aliás, já não há qualquer novidade em dizer isso.

Talvez tenhamos que, enfim, enfrentar de vez essa criminalização da pobreza e passar a falar da “pobreza da criminalização” dos setores que, de fato, colocam em xeque os bens jurídicos mais relevantes. E, para tanto, não é preciso pensar em estender as graves penas aos crimes do “andar de cima”. A aplicação da Constituição no plano penal por certo não exige que se use o direito penal como uma vingança dos setores dominados da sociedade contra a histórica criminalização dos pobres. Parece evidente que não. Mas, com certeza, a Constituição não abre mão do direito penal.

Neste curto período de democracia, já deveríamos ter feito muito mais. Os juristas não são legisladores. Mas a doutrina e a jurisprudência podem e devem ter um papel muito mais relevante nesse processo de institucionalizar a integridade, a coerência e a igualdade no direito, em especial no Direito Penal, que lida com conflitos resultantes de resquícios de um país de modernidade tardia. E ainda não se encontrou uma explicação maior para a criminalidade do que as disparidades sociais. Talvez por isso a criminalidade de países como a Suécia não seja maior do que a criminalidade na Somália, como já bem explicava Alessandro Baratta: de uma ponta a outra, as distâncias sociais são muito pequenas!

O grande desafio talvez seja — para utilizar uma frase do psicanalista Alfredo Jerusalinsky — “*como conter o gozo da sociedade sem ser tirânico*”. É nesse fio da navalha que caminha o jurista/penalista/constitucionalista. É verdade que, quando a Constituição determina que um dos seus objetivos da República é erradicar a pobreza, não significa que isso será alcançado utilizando o Direito Penal; mas, convenhamos, isso também não quer dizer que a pobreza continue a ser criminalizada como se estivéssemos no século XIX ou nos anos 1940.

Certamente alguma coisa mudou com o advento do novo paradigma constitucional! Espero que o novo Código Penal leve em conta todas essas questões aqui discutidas. Espero que, passados alguns anos de vigência do novo Código Penal (que não se sabe quando vem), não precisemos dar (ainda) razão ao camponês salvadorenho e dizer que “*todavía la ley es como la serpiente; solo pica al descalzos*”. A palavra *todavía* (que, em espanhol, quer dizer “ainda”, foi por mim colocada para dar um efeito temporal à discussão...!

*Post scriptum:*

Não quero que os sonegadores sejam presos; não prego a prisão como solução. Somente quero que os demais crimes contra o patrimônio (como o furto e estelionato) tenham o mesmo tratamento. Só isso! Na verdade, quero isonomia no tratamento de quem comete crimes. E que o Ministério Público e o

Judiciário ajam com coerência e integridade. É pedir muito?

**Date Created**

03/07/2014